

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO**

**Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici**

**Dottorato di ricerca in “*Diritto dei contratti pubblici e privati*” – XXVI° Ciclo**

**NULLITÀ PARZIALE ED ETEROINTEGRAZIONE DEL CONTRATTO**

(s.s.d. IUS/01)

**Tesi di dottorato di:**

**Dott. Stefano Bernardi**

**Coordinatore del corso:**

**Prof. Mario Savino**

**Tutor:**

**Prof. Nicola Corbo**

*A Cristina*

## CAPITOLO I

### PREMESSA: LA SORTE DEL CONTRATTO PARZIALMENTE NULLO TRA DISCIPLINA CODICISTICA E DISCIPLINA SPECIALE

1. La nullità come rimedio per la correzione del contratto. Verso il superamento dell'art. 1419, primo comma, c.c. ....6
2. La molteplicità di tecniche di correzione del contratto: la sostituzione con norme imperative e la salvezza del regolamento residuo.....8
3. La difficoltà di salvezza del regolamento residuo in caso di nullità di clausole essenziali. ....11

## CAPITOLO II

### LA DISCIPLINA CODICISTICA DELLA NULLITA' PARZIALE

1. La nozione di clausola come precetto unitario inscindibile. ....13
2. Giudizio di nullità parziale su base esclusivamente strutturale. ....18
3. Tesi volontaristica e tesi oggettiva. ....22
4. Giudizio di nullità parziale ed integrazione del contratto secondo buona fede. ....28
5. La tesi del frazionamento del giudizio di nullità parziale. ....33
6. Sui tentativi di salvare il contratto parzialmente nullo mediante l'applicazione analogica delle norme civilistiche sulla riconduzione ad equità. ....35
7. Conclusioni .....39

## CAPITOLO III

### NULLITA' PARZIALE NECESSARIA NELLE INVALIDITA' DI PROTEZIONE

1. Caratteristiche comuni delle nullità anomale: fonte europea e finalità protettiva del contraente debole. ....41

|                                                                                                                                                                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2. La nullità parziale necessaria come caratteristica comune alla norme della invalidità di protezione: conseguenza in ordine alla qualificazione delle fattispecie e alla possibilità di applicazione analogica..... | 47 |
| 3. L'alternativa all'applicazione analogica: la tesi della riduzione teleologica della nullità speciale. ....                                                                                                         | 56 |
| 3.1 <i>Segue</i> : critica .....                                                                                                                                                                                      | 66 |
| 4. Nullità virtuale di protezione. ....                                                                                                                                                                               | 67 |
| 5. Legittimazione relativa e rilievo d'ufficio: un'apparente contraddizione.....                                                                                                                                      | 75 |
| 6. Il patto di inscindibilità. ....                                                                                                                                                                                   | 81 |

## CAPITOLO IV

### NULLITA' DI CLAUSOLE ESSENZIALI E INTREGRAZIONE DEL CONTRATTO MEDIANTE NORME DISPOSITIVE

|                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Sull'inidoneità della tecnica della conservazione “per il resto” del contratto ad assicurare la ratio protettiva dell'invalidità. .... | 83  |
| 2. Sui tentativi di applicare l'art. 1339 c.c. alle ipotesi di nullità speciali: critica. ....                                            | 86  |
| 3. La sostituzione delle clausole nulle mediante il ricorso all'art. 1374 c.c.: critica.....                                              | 92  |
| 4.1 Sulla correzione del negozio mediante norme dispositive.....                                                                          | 97  |
| 4.2 <i>Segue</i> : critica. ....                                                                                                          | 110 |

## CAPITOLO V

### RIEQUILIBRIO GIUDIZIALE E ALTRE TECNICHE DI ADATTAMENTO DEL CONTRATTO

|                                                                                                                                                                                                                                               |  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| 1. Fattispecie legali di integrazione giudiziale: la riduzione della penale eccessiva (art. 1384 c.c.); la determinazione del canone di locazione (art. 13 L. 431/98); la riconduzione ad equità dell'accordo iniquo sui termini di pagamento |  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (art. 7 D. Lgs. 231/02).....                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 114 |
| 2. Ipotesi giurisprudenziali di riequilibrio del contratto parzialmente nullo da parte del giudice: il trasferimento degli spazi destinati a parcheggio; la nullità della clausola part-time non stipulata per iscritto nel contratto di lavoro subordinato; retribuzione inadeguata nel contratto di lavoro..... | 128 |
| 3. Potere integrativo e disciplina delle sopravvenienze. ....                                                                                                                                                                                                                                                     | 138 |
| 4. Riequilibrio economico del contratto mediante il risarcimento per equivalente. ....                                                                                                                                                                                                                            | 141 |
| 5. Prospettive <i>de iure condendo</i> sul potere correttivo del giudice. ....                                                                                                                                                                                                                                    | 150 |
| <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 163 |

## CAPITOLO I

### PREMESSA: LA SORTE DEL CONTRATTO PARZIALMENTE NULLO TRA DISCIPLINA CODICISTICA E DISCIPLINA SPECIALE

SOMMARIO: 1. La nullità come rimedio per la correzione del contratto. Verso il superamento dell'art. 1419, primo comma, c.c.; 2. La molteplicità di tecniche di correzione del contratto: la sostituzione con norme imperative e la salvezza del regolamento residuo; 3. La problematicità della salvezza del regolamento residuo in caso di nullità di clausole essenziali.

#### **1. La nullità come rimedio per la correzione del contratto. Verso il superamento dell'art. 1419, primo comma, c.c.**

La sorte del negozio parzialmente nullo<sup>1</sup> costituisce oggi un tema fondamentale nello studio delle invalidità.

È infatti diffusa la convinzione che il criterio volontaristico previsto dal primo comma dell'art. 1419 c.c., per decidere dell'estensione della nullità parziale all'intero contratto, offra soluzioni del tutto inadeguate nel caso in cui la nullità – per eliminare clausole abusive o per regolamentare il mercato - miri ad obliterare una sola parte del contratto, salvando il regolamento contrattuale residuo<sup>2</sup>.

Se fosse la volontà ipotetica delle parti a dover decidere della propagazione della nullità della singola clausola all'intero contratto, il regolamento residuo avrebbe assai poche *chances* di salvezza<sup>3</sup>, essendo

---

<sup>1</sup> Con il sintagma “nullità parziale” si intende la nullità di una parte del contratto. In altri casi l'espressione è utilizzata per indicare l'esito del giudizio di nullità parziale, ovvero la mancata estensione dell'invalidità all'intero contratto.

<sup>2</sup> Il tema della compatibilità del giudizio di nullità parziale (ex art. 1419, secondo comma, c.c.) rispetto alla *ratio* delle nullità parziali è affrontato nel capitolo secondo.

<sup>3</sup> Si veda sul punto S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 47. L'argomento è stato già affrontato in dottrina, ben prima del diffondersi di nullità a scopo di protezione o di regolazione del mercato, nell'ambito del dibattito sulla sorte del contratto nel caso di mancata specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 1341 c.c. Parte della dottrina assicurava la salvezza del contratto ricorrendo alla categoria

improbabile che risulti una volontà di conservazione del contratto in capo a chi veda fortemente ridimensionati i vantaggi contrattuali a causa della nullità parziale.

Si ritiene pertanto che la regola posta dall'art. 1419 c.c. porterebbe a risultati contrastanti con la *ratio* della “moderna” nullità, che è strumento sempre più utilizzato non per la “distruzione” ma per la “ricostruzione” del negozio<sup>4</sup>, essendo volto, non a negare la produzione degli effetti giuridici (come invece ritenuto dai fautori della tesi organicistica della fattispecie che sovrappone nullità ed esistenza<sup>5</sup>), bensì a conformare il contenuto del contratto.

Occorre allora verificare se l'art. 1419, primo comma, c.c. sia effettivamente inidoneo alla realizzazione dello scopo delle nuove nullità, ovvero se l'applicazione della disciplina codicistica sia inadeguata allorché il

---

dell'“inefficacia”. V. G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. Dir. comm.*, 1962, p. 121; D. BARBERO, *Sull'approvazione per iscritto delle c.d. clausole vessatorie*, in *Foro pad.*, 1952, I, p. 456. Contra G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. Dir. civ.*, 1976, I, p. 485, il quale è nel senso di una nullità che deve superare i limiti di cui all'art. 1419 c.c.

<sup>4</sup> Di “nullità funzione” che “modella” il contratto parla V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. privato*, 2002, p. 500. Già con riguardo all'art. 1419, secondo comma c.c., B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979, p. 157 e s., ritiene che “la sostituzione ex 1419, secondo comma, potrebbe essere, quindi, riguardata come una delle possibili sanzioni (lato sensu intese)” previste dall'ordinamento nei confronti di scelte negoziali delle parti. Che la nullità non abbia una funzione sanzionatoria è affermato da N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impresa*, 1987, p. 541; allo stesso modo P. SCHLESINGER, *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, n. Banca, borsa, tit. cred., 1992, p. 726.

<sup>5</sup> Si argomenta che se la produzione di effetti giuridici è subordinata all'esistenza di una fattispecie, la mancanza di uno degli elementi della fattispecie impedisce la produzione di effetti. Dunque “la fattispecie, o è completa e perfetta, oppure non è” (F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*. I, *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004, p. 66) e l'incompletezza e l'imperfezione non lasciano spazio a “mezze misure” quanto alla produzione di effetti negoziali. Dunque, nella logica della fattispecie, nullità ed inesistenza finiscono per coincidere. D'obbligo il riferimento allo studio di A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino 1943.

In realtà è oggi diffusa l'idea che la ricostruzione della nullità come reazione al “difetto di fattispecie” non spieghi le scelte di diritto positivo. Si veda sul punto G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 3 ss., il quale evidenzia come nel nostro ordinamento l'esistenza di fattispecie di nullità produttive di alcuni effetti giuridici consente una distinzione tra fattispecie di nullità e di inesistenza. Su questi problemi si veda altresì S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 38 che riconosce alla nullità dignità di fattispecie e già N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo – onere)*, Napoli, 1973, p. 106 e ss.

legislatore, con evidenti finalità protettive, si limita a prevedere la nullità dei patti abusivi e tace sul regime di estensione del vizio.

Significativo in proposito è l'art. 134 cod. cons. che, in tema di vendita di beni di consumo, prevede la nullità del patto volto ad escludere i diritti dell'acquirente, ma nulla dispone in ordine alla sorte del contratto, limitandosi a prevedere una legittimazione relativa a favore del consumatore (v. anche artt. 5, 6 e 9 l. 192/98; artt. 34, comma 2, 36, commi 2 e 5, 67, 78, 124, 134 e 143 d.lgs. 206/05; art. 46 d.lgs. 385/93; art. 24 d.lgs. 58/98; artt. 44 e 45 d.lgs. 79/11).

Qualora effettivamente la disciplina codicistica della nullità parziale portasse a soluzioni incompatibili con la finalità di tutela delle nuove nullità, occorrerà individuare percorsi alternativi per garantire la salvezza del contratto.

## **2. La molteplicità di tecniche di correzione del contratto: la sostituzione con norme imperative e la salvezza del regolamento residuo.**

Nel nostro ordinamento si rinvencono numerose fattispecie che consentono la salvezza del contratto parzialmente nullo e l'eterointegrazione dello stesso.

Lo stesso articolo 1419 c.c., al secondo comma<sup>6</sup>, impone una “nullità parziale necessaria”, con la finalità di favorire l'inserzione autoritativa di

---

<sup>6</sup> Secondo il quale “la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole sono sostituite di diritto da norme imperative”. Alcuni autori, per salvare la natura negoziale del regolamento, hanno ritenuto che la sostituzione è subordinata a verifiche di compatibilità con gli interessi delle parti. V. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, p. 315 e ss.. V anche A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, pp. 178, 221.

Altri, invece, dubitano che il capoverso dell'art. 1419 disciplini una fattispecie di nullità parziale. Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 53, secondo il quale in questi casi si tratterebbe di un fenomeno di integrazione che previene la nullità. Soluzione analoga è adottata da P. BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 136, il quale sostiene che nell'ipotesi in cui l'ordinamento prevede la sostituzione ovvero la riduzione di una regola pattizia, quest'ultima, piuttosto che nulla, sarebbe “inqualificata”.

Tuttavia da tempo non pare dubbio (si vedano le osservazioni di G. PATTI E S. PATTI, *Inserzione automatica di clausole*, in *Commentario Schlesinger*, Milano 1993, p. 253 e 267 e ss.) che la scelta del capoverso dell'art. 1419 c.c. postuli una nullità ma nel contempo, grazie alla sostituzione cogente, deroghi alla disciplina generale sull'estensione del vizio. E ciò secondo la prospettiva tradizionale della “nullità parziale necessaria” già evocata da A. FEDELE, *La*

clausole legali. In questa prospettiva, il secondo comma dell'art. 1419 c.c. non costituisce un'inutile duplicazione dell'art. 1339 c.c., poiché permette l'inserzione di clausole imposte anche nel caso di un'eventuale volontà contraria delle parti, escludendo così il giudizio di essenzialità di cui all'art. 1419, primo comma, c.c.<sup>7</sup>

Tuttavia negli ultimi tempi il legislatore, tenendosi ben lontano da canoni equi o altri contenuti imposti<sup>8</sup>, ha mostrato di preferire tecniche alternative a quella della sostituzione imperativa, che consentono comunque l'intervento sul negozio senza comprometterne totalmente la produzione di effetti giuridici.

Si pensi a regole come quella contemplata dall'art. 36 cod. cons. (già prevista dall'art. 1469 *quinquies* c.c.), che nel sancire la nullità delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore, dispone la conservazione "per il resto" del contratto (c.d. "parziarietà necessaria"). Questa tecnica, garantendo la caducazione delle sole clausole invalide, assicura in modo semplice l'adattamento del negozio al fine di tutelare la parte debole dai patti abusivi od ingiusti.

---

*invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 541. Nella stessa direzione anche B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, cit. p. 157, per cui "l'art. 1419, secondo comma, è pur sempre costruito intorno alla nullità di una parte più o meno rilevante del contratto".

Nella linea di ridimensionamento della logica integrativa, è da aggiungere che per taluno - per via della diversa formulazione del primo e del secondo comma della norma, che menziona solo la sostituzione di "clausole" e non di "parti" - la sostituzione di una "parte" del contratto, ed essenzialmente la riduzione quantitativa del contenuto del patto dovrebbe sempre sottostare alle verifiche volontaristiche del primo comma; sulla vicenda v. il cenno di M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 509.

<sup>7</sup> Così D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit. p. 176. *Contra*, per una sostanziale sovrapposizione tra i significati dell'art. 1339 c.c., v. E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., pag. 127; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 226.

<sup>8</sup> Il necessario accertamento, per il funzionamento degli artt. 1339 c.c. e 1419, secondo comma, c.c. - e per taluno persino di un'espressa previsione di sostituzione della parte invalidata - rende il modello difficilmente operante per le nuove ipotesi di nullità di protezione che non solo di frequente tacciono quanto alla sostituzione, ma nemmeno prevedono regole idonee a garantirla. Per un'indagine approfondita, anche in prospettiva storica, delle modalità con cui si atteggia l'intervento pubblico sull'autonomia privata, con particolare riguardo ai rapporti di locazione, v. B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, cit., p. 125 e ss.

Nel silenzio del legislatore circa l'estensione della clausola nulla all'intero negozio e in mancanza di norme imperative sostitutive di cui agli articoli 1339 c.c. e 1419, secondo comma, c.c., occorrerà comprendere se, ritenuto eventualmente inapplicabile il primo comma dell'art. 1419 c.c., siano estensibili in via analogica le norme che prevedono la nullità parziarietà necessaria o se comunque la *ratio* della nullità consenta di ricavare una disciplina applicabile diversa da quella codicistica (c.d. "riduzione teleologica")<sup>9</sup>.

Qualora all'esito dello studio riuscisse possibile assicurare la salvezza del regolamento residuo, dovrà essere poi affrontato l'ulteriore problema di individuare l'eventuale disciplina volta a colmare la lacuna determinata dalla nullità<sup>10</sup>. Perché il legislatore che intende correggere il contratto, in alcuni casi prevede soltanto la salvezza per il resto del regolamento residuo (art. 36 d.lgs. 206/05; art. 23 d.lgs. 58/98; artt. 117, 120-ter, 120-quater e 125-bis d.lgs. 385/93); in altri casi dispone la sostituzione della clausola nulla con regole legali (art. 7 d.lgs. 231/02; artt. 117 e 125-bis d.lgs. 385/93; art. 13, commi 3 e 5, l. 431/98); in altri casi ancora prevede una riconduzione ad equità da parte del giudice (art. 7 d.lgs. 231/02, nella versione previgente alla sua modifica ad opera dell'art. 1 d.lgs. 192/1257; art. 13, comma 5, terzo periodo, l. 431/98; v. anche, nell'ambito della soft law, gli artt. 3.2.7 dei Principi Unidroit e 4:109 dei *Principles of European Contract Law*).

---

<sup>9</sup> Già G. PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, in *Diritto civile italiano*, 1936, parte II, vol. II, p. 179, riteneva che scopo della previsione di nullità potesse interferire sulla disciplina generale dell'azione di nullità, specie in tema di legittimazione (normalmente assoluta) dell'azione e di disciplina della nullità parziale. L'Autore, in particolare, si interrogava sulla nozione, che si andava elaborando, di nullità relativa, chiedendosi "se, in mancanza di esplicite ed inequivoche disposizioni di legge, si debba ammettere [...] questo terzo tipo di invalidità". L'incidenza della *ratio* nella nullità sulla disciplina della nullità parziale è affrontato anche da P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1996, p. 278, n. 193.

<sup>10</sup> Affronta il problema G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 230 e ss. V. anche S. POLIDORI, *Discipline dalla nullità ed interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 246 e ss. che reputa eccezionali scelte come quella del nuovo capoverso dell'art. 1815 che priva di ogni effetto il patto usurario, ed invece generalmente applicabili le soluzioni "riequilibratrici" ad opera del Giudice.

### **3. La difficoltà di salvezza del regolamento residuo in caso di nullità di clausole essenziali.**

Sotto un diverso profilo occorre capire se la tecnica di correzione del contratto mediante la salvezza del regolamento residuo possa sempre assicurare il mantenimento del regolamento contrattuale epurato dalla clausola invalida.

Un'indagine approfondita potrebbe mettere a dura prova l'entusiasmo con cui in letteratura è stata spesso accolta una simile innovativa disciplina dell'invalidità parziale.

Ed invero, da un lato, se si conviene con la tesi secondo la quale l'integrazione legale può avvenire anche mediante "sottrazione" di clausole contrattuali (e non solo mediante "addizioni")<sup>11</sup>, è evidente che una siffatta integrazione – che lascia un vuoto a differenza delle discipline che dispongono una sostituzione – può compromettere la tenuta strutturale del negozio nel caso in cui la nullità riguardi una clausola essenziale; se così fosse, la disciplina in questione si rivelerebbe inidonea ad assicurare la *ratio* della nullità protettiva.

E allora, se la disciplina dell'art. 1419, primo comma, c.c. appare per taluno inadeguata nel caso in cui la nullità a scopo di protezione colpisce patti ingiusti o abusivi, escludere l'operatività di tale regola non è di per sé garanzia di significativi risultati.

Per altro verso, se la dottrina si è mostrata consapevole di tali rischi cercando soluzioni idonee a garantire la salvezza del contratto – ipotizzando la sostituzione di clausole nulle con "materiale dispositivo"<sup>12</sup> – siffatte soluzioni meritano un'attenta verifica.

---

<sup>11</sup> Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 202, con cui conviene V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1971, p. 709.

<sup>12</sup> In questo senso, con riguardo alle clausole vessatorie non specificamente approvate, G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, cit., p. 486. *Contra* v. F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, p. 418, che precisa la propria posizione in F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impresa*, 2006, p. 693. Ma sul punto v. capitolo quarto.

Una riflessione sul superamento della regola “ordinaria” di cui all’art. 1419 c.c.<sup>13</sup> e sulle diverse tecniche di “conformazione” del negozio è allora al centro di questo studio, che non può prescindere dall’esame del primo comma dell’art. 1419 c.c.

---

<sup>13</sup> Tra i primi a soffermarsi sul problema S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell’art. 1469 quinquies, comma 1 e 3)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 56; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 38; S. MAZZAMUTO, *L’inefficacia delle clausole abusive*, cit., pag. 50; C. PILA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p. 214 e ss.

## CAPITOLO II

### LA DISCIPLINA CODISTICA DELLA NULLITA' PARZIALE

SOMMARIO: 1 La nozione di clausola come precetto unitario inscindibile. 2. Giudizio di nullità parziale su base esclusivamente strutturale. 3. Tesi volontaristica e tesi oggettiva. 4. Giudizio di nullità parziale ed integrazione del contratto secondo il criterio della buona fede. 5. La tesi del frazionamento del giudizio di nullità parziale. 6. Sui tentativi di salvare il contratto parzialmente nullo mediante l'applicazione analogica delle norme civilistiche sulla riconduzione ad equità. 7. Conclusioni.

#### **1. La nozione di clausola come precetto unitario inscindibile.**

Lo studio della nullità parziale codicistica è di importanza cruciale per il tema della ricerca perché, solo dopo aver accertato secondo quali regole si moduli il giudizio di nullità, si potrà valutare la compatibilità tra la nullità “ordinaria” e le nullità “speciali”.

L'esame del giudizio di nullità deve necessariamente muovere dall'indagine sulla nozione di “clausola”, poiché prima di verificare se senza la porzione invalida le parti avrebbero comunque stipulato il contratto, occorre comprendere quale sia l'estensione della parte nulla.

La dottrina offre due diverse interpretazioni del termine “clausola”: secondo alcuni la clausola sarebbe ogni proposizione linguistica compiuta distinguibile in via autonoma dalle altre proposizioni presenti nel testo contrattuale (a prescindere dalla sua interpretazione)<sup>14</sup>; altri, invece, identificano

---

<sup>14</sup> V. C. GRASSETTI, *Clausola del negozio*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 184; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1960, p. 184 ss.; G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, 18 e ss.; GERI, *Sul significato del termine “clausola” in relazione al comma 2 dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 688.

la clausola nel precetto sostanziale e inscindibile<sup>15</sup> che si ricava dall'interpretazione di una o più proposizioni negoziali<sup>16</sup>.

La prima tesi porta senz'altro a soluzioni conservative, nel senso che la nullità sarà ridotta al minimo, ovvero alla determinazione relativa ad un punto qualsiasi del contratto. Così, ad esempio, nel caso in cui il corrispettivo sia scomposto sul piano sintattico in più voci, solo una di queste sarà colpita da nullità. Gli esiti di tale idea di clausola dipendono dunque dalla formulazione letterale del patto<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> V. E. SARACINI, *Nullità e sostituzione*, cit., p. 158 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, pag. 19, il quale specifica che “l'inscindibilità, invero, non è logica, ma giuridica; infatti per individuare la clausola precetto, si deve aver riguardo all'unico effetto giuridico che da essa scaturisce”.

<sup>16</sup> La prospettiva sostanzialistica è sicuramente maggioritaria. V. G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, nota a Cass., 22 giugno 1962, n. 1631, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 271; M. FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti tra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, p. 312; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim., cit.*, p. 145. Maggiore contrasto si rinviene con riguardo al concetto di <<parte>> che è ora identificato con una porzione di clausola (G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, cit., p. 90) ora con una ipotesi di nullità quantitativamente parziale, quale nullità di clausole per parte del loro vigore (M. TAMPONI, o.c., p. 145), ora con un insieme di clausole precetto (E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole*, cit., p. 18; U. NATOLI, *Su una <<rimeditazione>> relativa al II comma dell'art. 1419 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, p. 547; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.* 1971, I, p. 690, nota 12).

<sup>17</sup> Tale impostazione è tuttora seguita negli ordinamenti di *common law*, nei quali il giudizio di nullità parziale è per definizione un giudizio sulla *severance* ovvero sulla separazione, disgiunzione, distacco di una parte dal tutto. E la separabilità o meno della clausola invalidata è valutata sotto un profilo ancor prima formale che strutturale, perché la nullità del negozio si limiterebbe alla previsione giudicata invalida quando sia possibile obliterare - con “matita blu” (*blue pencil*) - le parole dal testo contrattuale che descrivono il patto invalido senza compromettere le restanti disposizioni negoziali. L'applicazione più frequente della *blue pencil rule* si è avuta per l'ipotesi di patti limitativi della concorrenza invalidi perché non sufficientemente limitati sotto il profilo spaziale. In questi casi è proprio la modalità con cui il patto viene formulato a deciderne la sorte: così quando si componga di un elenco di luoghi (es. “Londra, Bristol, Edimburgo”), la cancellazione (“con matita blu”) dal testo contrattuale di taluni di essi - sino a ricondurre l'estensione spaziale entro i limiti della validità - consentirebbe di salvare il negozio residuo; l'enunciazione del patto in termini più “sintetici”, non consentendo di “cancellare” l'indicazione nel patto di uno o più luoghi, finirebbe invece più facilmente per compromettere l'intero patto. Sul punto v. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., pag. 13 e ss.; Treitel, *An outline of the law of contract*, 6 ed., 2004, 214: “It must be possible to sever the illegal part by simply deleting words in the contract ... the court will not add words, or substitute one word for another, or rearrange words, or in any other way redraft the contract”. Sulle origini della regola v. G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988, 336 ss.. L'illustrato canone sintattico viene però accantonato dalle Corti inglesi le quali si sono avvedute del fatto che, quando la partita della nullità parziale si gioca sulla formulazione sintattica del testo negoziale, piuttosto che sulla ricerca della volontà dei contraenti ovvero dell'assetto d'interessi diviso dalle parti, il risultato potrebbe rivelarsi arbitrario. Da un lato, infatti, garantirebbe la salvezza di regolamenti distanti dagli interessi delle parti. Dall'altro invalidità “leggere”

Se invece si identifica la clausola in un precetto autonomo ed irriducibile, ciò che rileva è l'unitario e inscindibile significato precettivo, prescindendo dalla sua materiale formulazione. Di conseguenza, se un unico precetto si compone di più proposizioni grammaticalmente autonome, queste saranno tutte colpite da nullità. Invece, nell'ipotesi in cui il patto disapprovato abbia un autonomo significato precettivo ma è collocato in una proposizione composta da più previsioni, queste ultime non saranno interamente invalide.

La differenza tra le due nozioni di clausola emerge chiaramente da un noto caso giurisprudenziale degli anni '50, nel quale la Suprema Corte è stata chiamata a decidere della sorte di una clausola che, nel disciplinare il compenso per il lavoro straordinario, prevedeva una maggiorazione in percentuale superiore a quella minima prevista dalla legge ("patto x") e al contempo stabiliva che la base su cui operare la maggiorazione era inferiore a quella minima imposta dalla legge ("patto y"). Mentre la prima previsione era senza dubbio valida, la seconda era certamente nulla per contrarietà ad una norma imperativa<sup>18</sup>.

---

potrebbero risultare esiziali per l'intero negozio per via della "cattiva" formulazione della clausola negoziale. Non sorprende, allora, che la regola del *blue pencil rule* sia ridimensionata anche in *common law*. Ma un siffatto ridimensionamento non si realizza sempre al prezzo di abbandonare ogni approccio formale al giudizio di nullità parziale: piuttosto la regola della *blue pencil* "degrada" a verifica preliminare al giudizio sull'estensione della nullità. In prima battuta allora, l'interprete dovrà accertare la materiale separabilità della porzione di testo negoziale invalida dal resto del contratto: ma all'esito positivo di una tale verifica non seguirà in via automatica la conservazione del residuo regolamento, di cui l'interprete dovrà invece valutare il "senso" rispetto al significato originario del negozio concluso dalle parti. Il *test of severability* finisce così per non dipendere "solo dal rapporto strutturale e persino grammaticale (...) che lega la parte al tutto" (Così G.H. TREITEL, *An outline of the law of contract*, Oxford, 2004, p. 214).

<sup>18</sup> Il caso ha suscitato la reiterata attenzione dei nostri giudici (v. per tutte Cass. S.U. 16.10.1958, n. 3294, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 311) poiché ad essere viziato secondo le modalità descritte è stato, tra gli anni '50 e '60 del secolo scorso, addirittura il contratto collettivo dei lavoratori metalmeccanici del 1948. In proposito si sono succedute molteplici pronunce della suprema Corte, chiamate a decidere della sorte di una norma (l'art. 12) del contratto che al comma 6° prevedeva una maggiorazione per il lavoro straordinario in percentuale superiore a quella minima prevista per legge (20 o 30% anziché 10% ex art. 5 r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692), ma al comma 7° statuiva di calcolare la maggiorazione, per gli operai cottimisti, non sulla base della paga ordinaria di ciascuno (come impone l'art. 2108 c.c., per come normalmente interpretato, per il calcolo della paga straordinaria), bensì su di una misura fissa in cui l'utile di cottimo viene in considerazione solo per l'utile minimo garantito. Chiaro, allora, il problema che i giudici erano chiamati a risolvere: la nullità della previsione del settimo comma, sostituito per legge, lascia integra la previsione del sesto comma ovvero porta con sé una sostituzione da parte

Se la clausola è la mera proposizione, è nullo solo il “patto y” che è sostituito ai sensi dell’art. 1339 c.c. dalla regola legale, sicché la maggiorazione (prevista dal “patto x”) deve essere calcolata ponendo come base l’importo maggiore imposto dalla legge<sup>19</sup>.

Se invece per clausola si intende il precetto negoziale, deve ritenersi che le due disposizioni, determinando un “unico” effetto giuridico (il compenso del lavoratore), costituiscono una sola clausola<sup>20</sup> la quale è integralmente sostituita dalla regola imperativa<sup>21</sup>.

---

della disciplina legale (seppur proveniente da diversa fonte) della previsione negoziale che innalza fino al 30% le maggiorazioni per lavoro straordinario (con conseguente riduzione della maggiorazione al 10%)?

<sup>19</sup> Esattamente in questo senso B. GERI, *Sul significato del termine “clausola” in relazione al comma 2° dell’art 1419 c.c.*, cit., p. 688 e ss.

<sup>20</sup> Indaga la struttura della clausola distinguendo tra clausola semplice, composta e complessa - ma comunque unitaria ai sensi dell’art. 1419 c.c. - M. FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, cit., p. 312 e ss. Clausola semplice (*op. ult. cit.* p. 317) è quella che trova collocazione in un’unica proposizione; composta quella che si trae da più proposizioni che si integrano a vicenda; complessa quella “*formata di più proposizioni che si compenetrano, in modo che le modalità espresse in una precisino la portata impegnativa della disposizione che è contenuta nell’altra*”.

<sup>21</sup> Ci si potrà chiedere se questo “materiale legale” faccia o meno parte del contenuto del contratto: noto al riguardo il contrasto di opinioni manifestatosi nella nostra letteratura nel corso degli anni ‘60 tra chi riteneva, in una prospettiva classica, il contenuto del contratto come di esclusiva fonte legale, relegando sul piano degli effetti tutte le conseguenze discendenti dall’intervento normativo sul negozio (per tutti, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 9; ma in analoga direzione F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1987, p. 584 e s.; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, p. 113 e s.; ma v. anche G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 339, il quale pur critico della tradizionale teoria della fattispecie e della connessa dicotomia contenuto-effetti (*op. ult. cit.* p. 177 e ss.; p. 262 e ss.), ritiene che l’intervento ex art. 1339 c.c. - pur non ostile all’autonomia privata (*op. ult. cit.* p. 336) - rende il regolamento d’interessi “*non riconducibile ad un atto di autonomia privata*”. E chi manifestava la convinzione che diverse possano essere le fonti del contratto, e tra esse, con l’accordo, anche la legge: così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 76 e ss., p. 102 e ss.; F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, p. 199 e ss. Che l’art. 1339 c.c. integri non il contenuto ma gli effetti del negozio è rilevato anche da N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1990, p. 90 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti in generale*, in *Trattato Grosso Santoro Passarelli*, Milano, 1975, p. 180. In questa linea, sebbene in una prospettiva peculiare, anche P. BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 247 e ss., spec. 260. Più di recente, per una rimeditazione sul punto, dall’angolo visuale dell’oggetto dell’interpretazione, si veda M. CONFORTINI, *Problemi generali del contratto attraverso locazione*, Padova, 1988, p. 214 e ss, spec. 221 e ss. E per un quadro critico della vicenda, R. SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, II, Torino, 2004, p. 423 e s.; C. SCOGNAMIGLIO, *L’integrazione*, in E. GABRIELLI, *Il contratto in generale*, in *Trattato sul contratto* diretto da P. Rescigno, tomo II, Torino, 2006, p. 1032 e s.. In sintesi, da ultimo, A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, p. 137 e ss.

È quest'ultima la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, le quali hanno affermato che le due disposizioni costituiscono un unico *“precetto dell'autonomia privata, isolato od isolabile nel contesto complesso di un contratto, che la legge non considera scindibile nelle sue varie proposizioni”*.

La decisione appare condivisibile poiché, pur dovendo riconoscersi l'esistenza nel codice civile di una nozione di clausola intesa come proposizione in senso formale – grammaticale (richiamata dall'art. 1363 c.c. in materia di interpretazione negoziale)<sup>22</sup>, sembra più plausibile ritenere che l'art. 1419 c.c., nel prevedere la nullità della clausola, faccia riferimento ad un precetto negoziale inscindibile. E ciò per la dirimente considerazione che solo un precetto - e non certo una proposizione – può essere confrontato ed entrare in contrasto con una norma imperativa<sup>23</sup>.

In chiave critica è stato però osservato che la definizione di clausola come proposizione porta al medesimo risultato, poiché quando una prestazione è individuata da due clausole convergenti (è proprio il caso dei diversi patti “collegati” che regolano il corrispettivo del lavoratore dipendente), alla nullità di una proposizione seguirebbe quella della proposizione collegata, sulla base della (diversa) considerazione che le parti non l'avrebbero voluta *“senza quella parte del suo contenuto colpita dalla nullità”* (art. 1419, primo comma, c.c.)<sup>24</sup>. Dunque, sulla base di una diversa argomentazione logico-giuridica, si perverrebbe alla medesima conclusione.

---

<sup>22</sup> G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., p. 18 e ss.; B. GERI, *Sul significato del termine “clausola” in relazione al comma 2 dell'art. 1419 c.c.*, cit., p. 688.

<sup>23</sup> Cfr. A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 182; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., p. 142 e p. 145 ove si dice che la clausola precetto è quella caratterizzata dalla “inscindibilità in più parti” isolatamente dotate di una qualche rilevanza giuridica. E sembra che la clausola precetto goda del requisito della individualità se esiste la possibilità che ad essere destinataria della nullità sia proprio quella previsione dispositiva. La conclusione è del resto comune: in tempi diversi, C. GRASSETTI, *Clausola*, cit., p. 185; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 6; G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., p. 23. Ma contra L. GERI, *Sul significato del termine “clausola” in relazione al comma 2° dell'art. 1419 c.c.*, cit., p. 683 e ss.. In senso critico anche SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit. t. II, p. 547, Sul carattere giuridico e non logico della nozione di clausola si vedano A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, p. 136.

<sup>24</sup> A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 33

La critica non sembra cogliere nel segno perché, in realtà, nel caso in cui una delle clausole è sostituita *ex lege* ai sensi degli articoli 1419, secondo comma, c.c. e 1339 c.c., il giudizio di nullità di cui al primo comma dell'art. 1419 c.c. non è consentito, operando il diverso meccanismo sostitutivo di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c.<sup>25</sup>, che prescinde del tutto dalla valutazione della volontà delle parti.

In conclusione, l'indagine sul concetto di clausola, da intendersi come precetto unitario inscindibile, consente di raggiungere un primo punto fermo ai fini del giudizio di nullità, anche se i risultati hanno una portata assai modesta. Perché la considerazione che la clausola nulla è soltanto quella porzione precettiva di negozio disapprovata dall'ordinamento, nulla dice in ordine al grado di "contaminazione" della parte restante, che dovrà essere decisa in base a regole diverse.

## **2. Giudizio di nullità parziale su base esclusivamente strutturale.**

In dottrina si è sostenuto che il giudizio di nullità parziale possa fondarsi sulla distinzione tra clausole *essenziali*, la cui assenza compromette la causa e l'oggetto del negozio<sup>26</sup>, e clausole *accidentali*, la cui mancanza invece <<non incide sull'inquadrabilità della fattispecie nello schema tipico>><sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Differente è l'ulteriore caso in cui il corrispettivo venga determinato forfettariamente e ad essere nulla è la previsione che contempla una delle clausole autonome che contemplano diverse prestazioni. In siffatta ipotesi, atteso che la singola previsione integra un precetto autonomo, la sorte del contratto deve essere decisa in applicazione della regola di cui all'art. 1419, primo comma, c.c. (ovvero, come si dirà, valutando la compatibilità dell'assetto di interessi originario e quello determinato dalla nullità parziale), salva la possibilità di ridurre il corrispettivo applicando in via analogica dell'art. 1464.

<sup>26</sup> A tale conclusione perviene anche chi, evidenziando la netta demarcazione che esiste tra il carattere "essenziale" dei requisiti strutturali del contratto, enunciati dall'art. 1425 c.c., ed il carattere "essenziale" delle clausole che compongono il contenuto del negozio (demarcazione che risulta chiara non appena si distingue tra i problemi relativi all'analisi del contratto e quelli afferenti all'analisi del contenuto, composto da clausole essenziali ed accidentali, primarie e secondarie: così A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit. p. 188) ritiene che le clausole che servono a delineare il tipo sarebbero essenziali. Sul punto v. anche i rilievi di V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit. p. 689, nota 10.

<sup>27</sup> Così A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit. p. 111; ma v. anche M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., p. 147 e ss.

Segnatamente la nullità delle clausole del primo tipo non consentirebbe la salvezza del negozio residuo, il quale senza di esse non potrebbe neppure configurarsi, potendosi tutt'al più prospettare la "conversione" del negozio in un tipo diverso ai sensi dell'art. 1422 c.c..

L'invalidità delle clausole accidentali, di contro, non determinerebbe automaticamente la propagazione della nullità all'intero negozio, che si avrebbe esclusivamente nel caso in cui le clausole siano decisive in relazione agli interessi perseguiti dalle parti<sup>28</sup>.

L'utilità di tale classificazione è stata oggetto di critiche serrate, rilevandosi, da un lato, l'incertezza di tale distinzione per la difficoltà di individuare clausole essenziali nei contratti atipici; dall'altro, la sua inutilità per essere in realtà il giudizio di nullità affidato sempre a criteri diversi rispetto a quelli desumibili dal tipo di clausola<sup>29</sup>.

Le critiche appaiono condivisibili solo in parte. Se è vero che la definizione di una clausola come accessoria non esaurisce il giudizio di nullità, tuttavia la distinzione tra clausole non è priva di significato. Perché qualora la clausola invalida disciplini integralmente il corrispettivo nella compravendita o nella locazione, la nullità dell'intero contratto è imposta dalla mancanza di un contenuto minimo<sup>30</sup>, ovvero per un difetto di struttura<sup>31</sup>.

---

L'essentialità non fornisce risposte solo quanto alla estensione del vizio ma anche con riguardo al problema della conclusione del contratto: antica è la disputa sull'efficacia dell'accettazione che aggiunge patti secondari o che aderisce solo al "contenuto minimo" della proposta contrattuale. Si veda, in senso liberale, già F. CARNELUTTI, *Sulla efficacia delle clausole non accettate nelle fatture commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, p. 1 e ss.; ID., *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 308 e ss., in contrasto con l'opinione di V. SCIALOJA, *Sull'art. 37 del codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, p. 479 (di recente al riguardo v. G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit. p. 216 e ss.). Ed altrettanto radicato è il dibattito sull'estensione del vincolo di forma *ad substantiam* (cfr., per tutti, G. CIAN, *Forma solenne ed interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 29 e s.; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit. p. 493).

<sup>28</sup> Vedi paragrafo successivo.

<sup>29</sup> A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., p. 140.

<sup>30</sup> Al contenuto minimo si riferisce N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1963, p. 805. E rinviene un ruolo decisivo, proprio in tema di nullità parziale, nell'indagine sul contenuto minimo, dedotto dal tipo legale o sociale (di qui l'implicito superamento delle menzionate obiezioni quanto ai negozi atipici) che venga in questione, F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, cit., p. 340.

Per altro verso, l'individuazione delle clausole essenziali risulta certa nei contratti tipici, identificandosi con quelle "*rientranti nella definizione legale*" del contratto<sup>32</sup>, mentre nei contratti innominati, in relazione ai quali difetta un modello legale di comparazione, l'indagine sull'essentialità della clausola è comunque possibile qualora vi sia una tipizzazione sociale del modello negoziale<sup>33</sup>.

La tassonomia tra clausole essenziali e accidentali, seppure non decisiva, è comunque certamente utile ai fini del giudizio di nullità, poiché presupposto imprescindibile per la conservazione del regolamento residuo è proprio la sua autosufficienza. Ciò è tanto più vero se si considera che talune delle invalidità di protezione – che hanno di mira scambi iniqui, sproporzioni, squilibri – colpiscono patti che caratterizzano il tipo contrattuale e non consentono neppure di intravedere una "parte" non viziata. Ciò accade, ad esempio, quando l'abuso di dipendenza economica si realizza mediante la previsione di un corrispettivo eccessivamente basso (art. 9, L. 18 giugno 1998, n. 192, in tema di "Disciplina

---

<sup>31</sup> Si è infatti osservato come la nullità di una clausola essenziale non chiamerebbe nemmeno in causa i criteri dell'art. 1419 c.c., ma comporterebbe la diretta operatività dell'art. 1418 c.c. (ed in specie del suo ultimo comma): v. E. SARACINI, *Nullità e sostituzioni di clausole*, cit., p. 19 e ss., p. 43; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto ed inserzione automatica di clausole*, cit., p. 15 e ss.; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., p. 148. Tamponi però, contrariamente a Casella e Saracini, ritiene in questi casi inoperante il primo comma dell'art. 1419 c.c. - sicché la salvezza del negozio dovrebbe necessariamente passare per l'art. 1424 c.c. e quindi per la conversione del negozio nullo - ma non certo il capoverso, poiché nel caso di sostituzione della clausola principale il negozio invalido in una sua componente è di certo fatto salvo, a prescindere dal carattere di quella componente. Per E. SARACINI, *op. loc. ult. cit.*, invece, in questi casi si dovrebbe parlare piuttosto di "nullità parziale ex art. 1418, comma 1°, ult. co. c.c." e prospettare una limitazione della nullità e persino eventuali sostituzioni (v. CASELLA, *op. cit.*, p. 185 e ss.).

<sup>32</sup> A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 1335.

<sup>33</sup> M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto ed inserzione automatica di clausole*, cit., p. 29 e ss., è tra gli autori che più si sforza di dimostrare l'utilità dell'argomento strutturale dell'"essentialità" anche per le fattispecie di contratti atipici, pur ammettendo la maggiore (rispetto a quanto accade per i contratti tipici) complessità dell'indagine. Proprio tali difficoltà inducono A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 202 e ss., spec. 205 e s., che pure non è certo scettico circa l'utilità di un'indagine sul contenuto negoziale per decidere dell'estensione della nullità, a ritenere "preminente" l'indagine sulla natura primaria ovvero secondaria (in relazione alle intenzioni delle parti od alla logica dell'affare) del patto piuttosto che quella circa il rilievo essenziale, ovvero solo accidentale, della clausola invalida in relazione al contratto che la contempla.

della subfornitura nelle attività produttive”), non essendo in questo caso configurabile un regolamento residuo dotato di autonoma consistenza.

Lo studio della clausola può allora fornire utili suggerimenti circa la propagazione della nullità parziale, perché qualora l’invalidità riguardi un elemento essenziale che non viene sostituito, il contratto non può conservarsi, con pregiudizio delle stesse ragioni sottese alla previsione di nullità.

In chiave critica si è inoltre osservato che le indicazioni strutturali sarebbero foriere di equivoci, poiché l’approccio formale al giudizio di nullità renderebbe inevitabile la nullità del contratto in tutti casi in cui sia inficiata, in ogni modo o quantità, qualsiasi pattuizione che regolamenti uno degli elementi essenziali caratterizzanti il tipo contrattuale<sup>34</sup>.

L’obiezione non appare tuttavia persuasiva, poiché anche nel caso in cui la clausola invalida riguardi un elemento essenziale (ad es. le prestazioni in un contratto di appalto), la nullità dell’intero contratto non è soluzione obbligata nel caso in cui sia riscontrabile un contenuto minimo, ovvero delle prestazioni ridotte<sup>35</sup>. La propagazione della nullità all’intero contratto non sarà allora ineluttabile, ma dovrà essere decisa valutando il peso della clausola nulla sull’assetto di interessi divisato dai contraenti.

In altri termini, il contratto sarà interamente nullo solo se la clausola essenziale è integralmente compromessa e non operano sostituzioni, poiché il regolamento non sarà più autosufficiente. Diversamente, se la clausola essenziale è intaccata solo parzialmente, l’eventuale propagazione della invalidità dovrà essere decisa – come nel caso l’invalidità colpisca clausole accessorie - secondo canoni diversi che variano a seconda del “tipo” di nullità a cui si faccia riferimento.

---

<sup>34</sup> V. V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., p. 689.

<sup>35</sup> Si pensi al caso in cui, in un contratto di appalto, non sia possibile – dal punto di vista giuridico o materiale – la realizzazione di una parte marginale dell’opera, che non compromette la realizzazione e la successiva utilizzazione della costruzione.

In conclusione, il tipo di clausola invalida suggerisce che l'estensione della nullità all'intero contratto dipende talvolta da ragioni obiettive ed insuperabili (la compromissione totale di un elemento "strutturale") che prescindono da ogni valutazione circa la *ratio* della singola previsione di nullità. Per altro verso evidenzia come, ragionando di clausole, non sempre si sciogla l'interrogativo circa l'estensione della nullità, poiché non basta rilevare la natura non essenziale (alla configurazione del tipo negoziale) della clausola invalidata per concludere nel senso della salvezza del negozio residuo, rendendosi invece necessario svolgere una seconda fase di giudizio, teso ad accertare l'opportunità di salvare il negozio privato della clausola nulla. In quest'ultimo caso, l'idea di dedurre da tassonomie tra clausole soluzioni operative circa l'estensione della nullità appare fuorviante, poiché il giudizio di nullità appare affidato ad altre regole.

Resta allora da vedere su quali canoni si modelli il giudizio di nullità parziale dei cui all'art. 1419 c.c.

### **3. Tesi volontaristica e tesi oggettiva.**

Il criterio su cui si fonda il giudizio di nullità è contenuto nel primo comma dell'art. 1419 c.c., ove è stabilito che la clausola nulla importa la nullità dell'intero contratto "*se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte colpita dalla nullità*". Con tale espressione il legislatore ha voluto evidentemente significare che il giudizio di nullità non si basa esclusivamente sulla qualificazione di una clausola come "essenziale" o "accidentale", dovendosi invece effettuare un giudizio ulteriore.

Giudizio che rappresenta un punto d'equilibrio tra istanze di conservazione del contratto e di salvaguardia della volontà delle parti<sup>36</sup>, la cui effettiva

---

<sup>36</sup> Punto di equilibrio che è più spostato sul versante della conservazione nel modello italiano, ove l'art. 1419 c.c. sembra imporre a chi mira all'estensione della nullità l'onere di provare l'essentialità del patto invalido; su quello della salvaguardia della volontà in quello

collocazione dipende dall'interpretazione della predetta locuzione, che non può certamente dirsi pacifica.

---

tedesco. ove il paragrafo 139 detta una regola speculare, imponendo a chi intenda limitare la nullità la prova dell'inessenzialità del patto.

La scelta del legislatore italiano di "invertire" la regola del BGB (che codifica per la prima volta l'idea di nullità parziale), non sembra frutto del caso o di trascuratezza, essendo invece dettato dall'esigenza di coordinare la disciplina della nullità parziale con il principio di conservazione del contratto. Si richiamano i contributi di G.B. FUNAJOLI, *Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, pp. 1947-1948, I, p. 215; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., p. 103 ss.; R. SCOGNAMGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 269 s.s.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XXI, t. 2, Milano, 1972, p. 175; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 639; R. SACCO, *Le invalidità*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 10, Torino, 2002, p. 615. Più di recente, M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Rimedi – 1 Roppo*, IV, Milano, 2006, p. 110, il principio di conservazione si ritiene essere un principio generale del nostro ordinamento. Ad esso sono difatti riconducibili diverse norme, dalle quali emergerebbe l'evidente *favor* verso il mantenimento del contratto; si possono richiamare, a titolo esemplificativo, gli artt. 1420, 1424, 1432, 1444, 1450, e 1467. Ipotesi queste che sono accomunate dalla medesima *ratio*, laddove, da un lato, tendono ad evitare la caducazione del vincolo negoziale e, dall'altro, subordinano il mantenimento dello stesso alla valutazione degli interessi delle parti stipulanti.

*Contra* V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., p. 715 s. L'Autore, in particolare, nega che l'art. 1419 c.c. sia espressione del generale principio di conservazione del contratto (p. 716, nota 93). Da qui la critica all'orientamento dottrinario e giurisprudenziale teso a qualificare come eccezionale la nullità totale. L'Autore osserva che <<una scelta siffatta [il riferimento è all'ipotetica scelta dell'ordinamento a favore del mantenimento del vincolo], compiuta a priori, non avrebbe alcun senso. All'ordinamento non interessa, in astratto, che i contratti parzialmente nulli stiano oppure cadano, ma soltanto che la nullità di un settore di un regolamento pattizio non dia luogo, tra le parti, a profitti e correlativi impoverimenti ingiustificati, e alla soddisfazione di pretese contrarie a buona fede>>.

In giurisprudenza, sul principio di conservazione del contratto quale principio immanente del sistema, v.: Cass., 19 luglio 2002, n. 10536, in *Giust. civ.*, 2002, p. 2358; Cass., 20 maggio 2005, n. 10690, Cass. 16 dicembre 2005, n. 27732, Cass., 21 maggio 2007, n. 11673. Conseguentemente, sull'eccezionalità della nullità totale: Cass., 26 maggio 2008, n. 13561, ove si legge: "stante l'eccezionalità della disposizione di cui all'art. 1419, primo comma, c.c. prevedente l'estensione all'intero contratto della nullità di singole parti o clausole dello stesso, non sussiste una presunzione di invalidità dell'intero contratto, potendo la nullità totale essere dichiarata dal giudice soltanto nei casi in cui la parte interessata, che l'abbia dedotta o eccepita, abbia assolto al relativo onere probatorio, offrendo la rigorosa dimostrazione che la parte o clausola affetta da nullità non abbia esistenza autonoma, ma sia in correlazione inscindibile con il resto del contratto, sicché i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto colpita da invalidità". Invero, la dottrina e la giurisprudenza, hanno trattato il tema della nullità parziale del generale principio di conservazione del contratto già sotto la vigenza del codice del 1865, nonostante tale codice difettesse di una norma comparabile al vigente art. 1419 c.c. (cfr. R. FRANCESCHELLI, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, in *Riv. dir. nav.*, 1938, I, spec. P. 289 ss.; ID., *Discussione intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi di clausole di irresponsabilità*, ivi, 1939, I, p. 358 ss. Per una disamina delle posizioni invalse nella dottrina pre - codificazione del '42: B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, cit. p. 139, M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419*, cit. p. 106, D. BARTOLINI, *Contributo allo studio della invalidità parziale del negozio giuridico*, Ancona, 1970, p. 20. Quest'ultimo, in particolare, ripercorre le diverse norme del codice del 1865 dalle quali è dato desumere il generale principio di conservazione del contratto. In giurisprudenza si richiama Cass., 7 giugno 1948, in *Giur. it.*, 1949, I, p. 183: "l'art. 1419 del codice civile vigente [...] non ha carattere innovativo ma costituisce la formulazione espressa di principi vigenti anche sotto l'impero del codice abrogato".

In proposito si è sostenuto che la norma invochi la “volontà effettiva passata” dei contraenti al momento della stipulazione sulla sorte del contratto per l’ipotesi di una sua “riduzione”. Ma tale tesi è rimasta del tutto isolata, rilevandosi in senso critico - e condivisibilmente - come la volontà effettiva sia sempre diretta al contratto nella sua interezza e non prospetti né invalidità né sottrazioni; di talché l’adozione di un siffatto criterio, ricercando una volontà che non c’è, condurrebbe sempre all’estensione dell’invalidità all’intero contratto<sup>37</sup>.

Si è così prospettato che la volontà evocata non è quella “effettiva” ma “ipotetica”, sicché la norma imporrebbe all’interprete di accertare la volontà che i contraenti “avrebbero” avuto nell’ipotesi in cui fossero stati a conoscenza dell’invalidità parziale al momento della stipulazione (c.d. tesi soggettiva)<sup>38</sup>. In altri termini, sarebbe necessario accertare se le parti, al momento della conclusione dell’accordo, avrebbero voluto un contratto il cui contenuto corrisponde a quello del regolamento parzialmente nullo.

Ma la volontà ipotetica sfugge ad un obiettivo accertamento, poiché può essere dimostrato solo un dato reale e non anche una congettura<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> V. A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., pp. 146, 150, 159, il quale evoca l’assioma di Troplon – che, in Francia ed in pieno XIX secolo, modula il giudizio sull’estensione della nullità secondo i canoni della volontà reale delle parti - che sempre compromette il contratto che dalle parti non è stato voluto che nella sua interezza.

<sup>38</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 15 ed., Padova, 2001, p. 190; G. FILANTI, voce *Nullità*, voce *Nullità (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXI, p. 6; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., p. 61 e ss. Molti autori identificano la volontà ipotetica dei contraenti con la volontà che le parti avrebbero avuto qualora fossero stati a conoscenza dell’invalidità, invocando un’analogia con la formulazione, invero più chiara, dell’art. 1424 c.c.: G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., 61 e 116.; M. C. CATAUDELLA, *Contratti di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008, 39; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., 28 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit., 55. Dello stesso tenore appaiono alcune pronunce della Suprema Corte: Cass. 12 luglio 1965, n. 1464, in *Giur. It.*, 1966, I, 1, 1154; Cass. 24 marzo 1972, n. 923, in *Rep. Giust. civ.*, 1972, *Obbligazioni e contratti*, n. 272; Cass. 9 febbraio 1980, n. 899, in *Rep. Giust. civ.*, 1980, *Obbligazioni e contratti*, n. 218. Cass. 4 settembre 1980, n. 5100, in *Giur. agr. It.*, 1981, II, 479; Cass. 20 aprile 1999, n. 3902.

<sup>39</sup> Salvo volere ritenere che la valutazione ipotetica debba essere condotta sulla base di criteri obiettivi, poiché in questo caso le soluzioni delle due diverse tesi (soggettiva ed oggettiva) sarebbero analoghe. V. sul punto le considerazioni di A. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, tomo VII, Torino, 2002, p. 105 ss., il quale invita a ridimensionare la rigida contrapposizione tra “volontaristi e antivolontaristi”, poiché “quando si parla di volontà “ipotetica” delle parti non si potrà non utilizzare quale elemento oggetto di raffronto, e come parametro, l’operazione che, in termini oggettivi ed economici, le parti hanno inteso realizzare”. Cfr. altresì M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 116, che

Appare pertanto più convincente la tesi secondo la quale il criterio su cui fonda il giudizio di nullità parziale è di tipo oggettivo e consiste nella valutazione della “compatibilità” del regolamento residuo rispetto al contratto originario (secondo il brocardo “*utile per inutile non vitiatur*”)<sup>40</sup>; compatibilità che va accertata mediante l’individuazione degli “interessi decisivi” per le parti, la cui realizzazione deve restare sostanzialmente impregiudicata, pena la nullità dell’intero contratto.

Occorre quindi interpretare il contratto al fine di ricostruire l’assetto di interessi diviso dalle parti<sup>41</sup> e, successivamente, selezionare gli interessi rilevanti ai fini della comparazione<sup>42</sup>.

---

ricostruisce la posizione dell’Illustre autore per poi concludere: “*A ben vedere [...] la regola operativa che fa capo al criterio della c.d. volontà ipotetica, una volta abbandonate le “incerte suggestioni psicologiche”, rimanda pur sempre a criteri di giudizio obiettivi, e cioè all’assetto di interessi che le parti hanno inteso realizzare*”. Che il ricorso alla volontà ipotetica avvicini le due prospettive (soggettivistica ed oggettivistica) è da più parti sostenuto in dottrina: v. R. SACCO, *Il contratto invalido*, cit., p. 546 s.; A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., p. 150; più di recente A. D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 59, il quale evidenzia come “*tesi volontaristiche (ipotetiche) e tesi oggettive potrebbero approdare a soluzioni analoghe: diversa sarebbe solo la prospettiva dalla quale viene valutato un giudizio di nullità parziale sostanzialmente modulato sui medesimi parametri*”.

<sup>40</sup> A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, p. 206 s.; un approccio soggettivistico al giudizio ipotetico di essenzialità andrebbe ad attribuire alla volontà “il significato di una mera finzione inadatta a spiegare alcunché”. Per contro il riferimento della norma alle intenzioni ipotetiche delle parti “*sta in sostanza ad indicare il punto di vista dal quale va considerata l’importanza dell’elemento colpito da nullità; che è quello rappresentato dai contraenti nel quadro concreto degli interessi in conflitto*”. Del resto – osserva V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., p. 700 ss. – un approccio oggettivistico si lascia maggiormente apprezzare anche perché salvaguarda al meglio l’autonomia dei privati. Il giudizio di essenzialità non è, di fatti, affidato “*alla labile traccia di sfuggenti (quando non affatto inesistenti) dati psicologici*” ma a “*criteri obiettivi di valutazione forniti di maggior realismo e aderenza alla portata degli interessi in gioco*”. In questa prospettiva v. anche M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, p. 48; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 249; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 339, nota 94.

<sup>41</sup> Una comparazione tra assetti di interessi non può prescindere dalla previa ricostruzione di tali assetti. Tale operazione, nella misura in cui tende a cogliere il senso del negozio originario al fine di confrontarlo con il significato della porzione residua, non può che qualificarsi come interpretativa: A. D’ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., p. 243; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 288. In giurisprudenza v. Cass. 1 febbraio 1992, n. 1074, in *Corr. Giur.*, 1992, 638, secondo cui la comparazione va effettuata tra gli interessi “*quali risultano individuati attraverso l’interpretazione del negozio*”; in termini analoghi Cass. 11 agosto 1998, n. 7871, in *Giur. it.*, 1999, 997.

<sup>42</sup> La quantità e qualità dei dati presi in considerazione è decisiva per le sorti del giudizio di nullità parziale: A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., p. 158. Una volta dato rilievo all’interesse di una parte, perché esplicitato nel testo contrattuale o comunque non relegabile al rango di mero motivo, si tratta di rinvenire un criterio adeguato per stabilire se esso riveste, per almeno uno dei contraenti, un ruolo primario nell’operazione negoziale. Secondo M. BESSONE,

Si registrano, a questo riguardo, due diversi approcci.

Alcuni autori invocano l'applicazione del canone di buona fede<sup>43</sup> e ritengono inevitabile la propagazione della nullità all'intero contratto ogni qual volta risultino mutati gli equilibri nei vantaggi derivanti dal contratto concluso. In questa prospettiva, l'art. 1419 c.c., nel mantenere in vita il regolamento residuo, avrebbe la funzione di evitare che la volontà dei contraenti sia evocata per legittimare abusi di una delle parti. Ad esempio sarebbe abusiva, perché contraria a buona fede, la pretesa di una delle parti di mantenere in vita un regolamento del tutto incompatibile con l'originario assetto di interessi ovvero, specularmente, quella di chi domanda la nullità totale per liberarsi di un regolamento residuo coerente con quell'assetto<sup>44</sup>.

---

*Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 268 ss., bisogna verificare la portata dell'interesse con riguardo alla "importanza che la soddisfazione di esso riveste nel piano economico del soggetto".

<sup>43</sup> P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 242: "Nel ricostruire questa volontà ipotetica, il giudice dovrà presupporre buona fede ed equità delle parti". La buona fede viene qui richiamata non già come criterio per la comminazione dell'invalidità parziale, bensì come parametro per decidere della sua estensione all'intero contratto: essa avrebbe la funzione di evitare abusi quali il pretendere l'esecuzione di un contratto stravolto dalla parziale nullità o, simmetricamente, il liberarsi da un contratto sostanzialmente invariato nei suoi assetti fondamentali, utilizzando la nullità parziale come pretesto per l'esercizio mascherato di uno *ius poenitendi*: V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., p. 686 ss., secondo cui "l'esecuzione del (solo) regolamento residuo, cioè della parte di esso non toccata dal vizio, potrebbe esporre al rischio di risultati iniqui: come quello di imporre arbitrariamente alle parti, miranti a raggiungere un risultato economico di una certa ampiezza, una realizzazione di esso (solo parziale e perciò) contraddittoria coi loro intenti e coi loro interessi". In base alla teoria in questione, il contratto dovrebbe venir meno ogni qual volta la modificazione parziale incida, in una misura non trascurabile, sugli interessi di una parte; di contro, esso dovrebbe restare in piedi quando la nullità parziale scalfisce ragioni secondarie e personali di una delle parti, senza produrre alcun mutamento sostanziale del regolamento. Critico M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 319, il quale denuncia i rischi di arbitrio giudiziale cui condurrebbe una siffatta interpretazione del criterio contemplato nell'art. 1419, comma 1, c.c..

<sup>44</sup> Che la buona fede sia fonte di integrazione del contratto è oggi opinione diffusa, discutendosi invece sul grado di compatibilità tra buona fede ed autonomia privata. Ci si interroga se la logica della buona fede sia quella dello "sviluppo" dell'operazione voluta dalle parti ovvero della correzione del contratto. Sul punto si veda C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1157 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 175 e ss. Ritengono che la contrarietà a buona fede determini nullità del patto: F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 418; ; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 e ss.; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, 21 e ss.; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di «oggettivizzazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 642. Si vedano le considerazioni di V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 497 e soprattutto, quanto alla sovrapposizione tra regole di validità e di responsabilità, ID., *Contratto di*

Altri, invece, ritengono che la valutazione della compatibilità si svolga mediante un raffronto tra il contratto epurato dalla clausola residua e la versione originaria su un piano meramente causale<sup>45</sup>. Dunque la modificazione dell'equilibrio negoziale non preclude di per sé il mantenimento del contratto, dovendosi invece accertare se tale modificazione renda o meno impossibile la realizzazione della causa originaria concreta. Soltanto il riscontro di significative alterazioni funzionali impedirebbe all'interprete di optare per la sopravvivenza della parte residua del contratto.

I risvolti applicativi delle due tesi sembrano essere i medesimi, poiché l'estensione della nullità all'intero contratto si verifica solo nel caso di un significativo ridimensionamento dei vantaggi per una delle parti.

Anche la giurisprudenza adotta un approccio prudente ed equilibrato, allo scopo di realizzare un contemperamento tra l'esigenza del rispetto della volontà delle parti e l'istanza di conservazione del contratto. Il bilanciamento implica che l'equilibrio tra le prestazioni può essere "intaccato" in tutti i casi nei quali il mantenimento del regolamento parziale permetta comunque il conseguimento dell'assetto degli interessi, sia pure con un ridimensionamento quantitativo dei vantaggi in capo ad uno dei contraenti<sup>46</sup>.

---

*diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 7. Ma sulla vicenda nella prospettiva di diritto europeo, che certo potrebbe incoraggiare vedute come quelle descritte, v. da ultimo ancora C. CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 814 ss., che, facendo i conti con una norma, l'art. 1:102 dei *Principi*, la quale sembra attribuire alla buona fede lo status di regola di validità, ne suggerisce una convincente rilettura in chiave sistematica, concludendo come nel sistema dei *Principi* la violazione della regola di buona fede non sia, in sé e per sé considerata, ragione di invalidità.

<sup>45</sup> R. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)* in *Enc. dir.*, XVIII, 901 ss.. Secondo questa linea di pensiero, il giudizio consisterebbe in una comparazione obiettiva tra lo scopo perseguito con il contratto originario e quello che si potrebbe conseguire mediante il nuovo regolamento negoziale: C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 639, per il quale è decisiva la compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso. La valutazione, in quest'ottica, non avrebbe ad oggetto la perdurante riconducibilità dell'operazione allo schema tipico prescelto dai contraenti, consistendo piuttosto in una verifica sull'eventuale stravolgimento della causa concreta.

<sup>46</sup> Nell'applicare il parametro oggettivo teso a valutare la conformità del regolamento residuo a quello originario, la giurisprudenza utilizza formulazioni che, sia pure nella loro genericità, si riferiscono sempre e soltanto all'elemento causale e non anche a fattori quali l'equilibrio, la buona fede o l'equità: v. Cass. 1 febbraio 1992, n. 1074, cit., che pone al centro

In questa prospettiva, si avrà nullità dell'intero contratto solo se la nullità parziale determini una modificazione della causa negoziale o un completo stravolgimento dell'equilibrio contrattuale. Invece, la nullità parziale non si estenderà all'intero contratto se, nonostante un lieve mutamento degli equilibri, la "utilità" del regolamento residuo è molto simile a quella del contratto originario<sup>47</sup>.

#### **4. Giudizio di nullità parziale ed integrazione del contratto secondo buona fede.**

Poiché la presente indagine ha ad oggetto la compatibilità della disciplina codicistica della nullità con le nuove invalidità di protezione, è utile soffermarsi sulla tesi di chi ritiene che l'interprete, chiamato a decidere sulla propagazione della nullità parziale, svolga un'attività non di interpretazione del contratto, bensì di integrazione di atti di autonomia<sup>48</sup>.

---

del giudizio sull'estensione della nullità "*il permanere o meno dell'utilità del contratto in relazione agli interessi che si intendono perseguire*"; nonché Cass. 20 maggio 2005, n. 10690, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6, secondo cui "*l'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto ... può essere dichiarata dal giudice solo se il contenuto dispositivo del negozio, privo della parte nulla, risulti inidoneo a realizzare le finalità cui la sua conclusione era preordinata*". La mediazione voluta dal legislatore, allora, impone la conservazione del negozio in presenza di una contiguità funzionale dei regolamenti, la quale non può essere scartata *a priori* per il solo fatto che il contratto residuo sia diversamente equilibrato rispetto a quello originario.

<sup>47</sup> F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 403; ma v. anche V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 706, nota 64, secondo cui "*non sembra davvero ragionevole assumere senz'altro la nullità del contratto ... solo perché è venuta meno una minima parte della controprestazione*". Similmente A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 98, il quale distingue tra squilibri "accettabili", perché conservano all'operazione voluta dalle parti il senso originario, e squilibri "non accettabili", perché alterano il significato del contratto. Il giudizio di nullità parziale dovrebbe, in tal senso, discernere tra turbamenti rilevanti e irrilevanti dell'equilibrio, tra mero ridimensionamento quantitativo e stravolgimento dell'interesse di parte. Sulla base di tali distinzioni si dovrebbe stabilire se il nuovo equilibrio rappresentato dal regolamento "mutilato" è compatibile con quello originario.

<sup>48</sup> V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., p. 707. Per A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., p. 159, la tesi dell'integrazione è trasversale rispetto a quella oggettiva – che dà risalto solo agli interessi obbiettivati dal negozio – e a quella soggettiva, che ricercerebbe ogni interesse delle parti. Così la buona fede non consentirebbe di far prevalere ragioni secondarie e personali, ma neppure di dar rilievo esclusivo all'argomento tipologico e strutturale del contratto rispetto alla vera e sostanziale operazione.

Il richiamo all'integrazione non appare del tutto inappropriato perché, in effetti, di integrazione può parlarsi non solo quando si aggiunge qualcosa al regolamento, ma anche quando si operi una sottrazione. E il primo comma dell'art. 1419 c.c., nel permettere di salvare un regolamento differente da quello voluto dalle parti, finisce per integrare il contratto rideterminandone il contenuto<sup>49</sup>.

Tuttavia il ricorso all'argomento dell'integrazione<sup>50</sup> potrebbe condurre ad esiti totalmente differenti da quelli accolti dalla dottrina e dalla giurisprudenza

---

<sup>49</sup> A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 65, nota 32 osserva che, quando la legge dispone la nullità di una clausola e la contestuale salvezza per il resto, compie un'operazione analoga, sotto il profilo della correzione del contratto, a quella centrata sulla sostituzione della clausola nulla. In quest'ultimo caso l'ordinamento interviene sul contratto sostituendo un patto con una disciplina legale; nel primo interviene sul contratto limitando la produzione degli effetti negoziali a taluni solo dei patti delle parti. In entrambi i casi adatta e dunque integra il regolamento negoziale

<sup>50</sup> Ritene che la buona fede sia fonte di integrazione del contratto e non operi solo in fase interpretativa ed esecutiva S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 145 e ss. Sullo stato della vicenda v. da ultimo G. ALPA, *La completezza del contratto: buona fede ed equità*, in (a cura di) MAZZAMUTO, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 218 e ss.; A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr.giur.*, 2000, p. 1486 e ss. Acquisito il carattere integrativo della buona fede, il problema è allora quello di comprendere se in questi casi si faccia questione di autointegrazione ovvero di eterointegrazione; ed in proposito v. soprattutto C. CASTRONOVO, *Il contratto nei principi di diritto europeo*, cit. p. 52 e ss. (e già in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 814 e ss.), per il quale la buona fede, anche quando si ponga quale limite all'autonomia delle parti a fianco delle norme imperative ovvero si spinga a legittimare il riequilibrio del negozio voluto dalle parti - come accade nelle fattispecie disciplinate da ultimo dagli artt. 1.102 e 4.109 dei *Principi di diritto europeo dei contratti* (v. la versione italiana a cura di C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001) - non opererebbe secondo i canoni dell'eterointegrazione - nemmeno secondo la logica dell'eteronomia non autoritaria evocata nel passato dallo stesso Castronovo (*L'avventura delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1986, p. 29 e s.) - bensì nella logica della autointegrazione, cooperante e non antagonista dell'autonomia privata. E ciò sul presupposto che la buona fede risolve problemi che le parti avrebbero affrontato se li avessero previsti; in altre parole la buona fede sarebbe una proiezione della volontà delle parti su punti da esse non disciplinati, "strumento di una analogia che si diparte dall'atto di autonomia" (*Il contratto nei principi di diritto europeo*, cit., p. 815, nota 29). E per Castronovo la linea della buona fede autointegrativa abbracciata dai *Principi*, rappresenterebbe una linea di mediazione tra gli antichi modelli di *common* e *civil law*. In senso diverso, M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, il quale qualifica come "incomprensibile" la posizione di Castronovo, rilevando come i *Principi* consentano un controllo non solo procedurale ma altresì di merito sulla conformità a valori che non sono quelli delle parti (e che per Barcellona non sono altro che i valori assunti dal mercato). In prospettiva diversa, ma comunque confliggente con quella di Castronovo, A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, Torino, 2003, p. 26 e ss., che ammette la portata autointegrativa della buona fede ma solo con riguardo a profili accessori a pattuizioni delle parti; e ciò sul presupposto che "la disposizione dell'art. 1375 riguarda unicamente il profilo dell'attuazione del regolamento che le parti hanno organizzato". La buona fede è così diretta allo "sviluppo dello specifico sistema di regole dell'ordinamento pattizio" e quindi da collocare nella logica del principio *pacta sunt*

tradizionali, perché la buona fede potrebbe consentire di svolgere il giudizio di nullità sulla base di valori dell'ordinamento – quali la “giustizia contrattuale” o “giustizia commutativa” - che nulla hanno a che fare con la volontà dei contraenti<sup>51</sup>. Il giudizio di nullità parziale legittimerebbe allora modificazioni (mediante sottrazione) funzionali a preservare, non l'originario equilibrio voluto dalle parti, bensì quell'equilibrio che appare all'ordinamento più giusto e di cui però le parti si sono disinteressate<sup>52</sup>. Ad esempio, l'applicazione del principio di

---

*servanda*; e non rappresenta certo, in assenza di (o anche in contrasto con) un patto delle parti un “canale di ingresso di istanze” esterne, siano esse “etiche o solidaristiche” o di mercato, come sembra oggi. E' solo la legge (anche autointegrantesi tramite l'analogia esattamente come il patto può autointegrarsi con la buona fede e l'equità) a potere dare rilievo, nella prospettiva di Belfiore, ad interessi non esplicitati dalle parti (si rammenti che la ricostruzione dell'autore si inquadra nel dibattito generale sulla rilevanza dei “presupposti”).

<sup>51</sup> La buona fede non viene quindi evocata come ragione di invalidità da chi valorizza il significato cogente (ovvero di integrazione cogente) della buona fede facendo discendere dal contrasto tra patto e correttezza la invalidità del primo: cfr. F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, cit., p. 418; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 83 e ss. A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, cit., 21 e ss.; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di «oggettivizzazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»*, cit., p. 642. Sul punto si vedano peraltro le equilibrate considerazioni di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 497 e soprattutto, quanto alla sovrapposizione tra regole di validità e di responsabilità, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 7. Ma sulla vicenda nella prospettiva di diritto europeo, che certo potrebbe incoraggiare vedute come quelle descritte, v. da ultimo ancora C. CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, cit., p. 49 e ss. che facendo i conti con una norma, l'art. 1:102 dei *Principi*, che sembra attribuire alla buona fede lo *status* di regola di validità, ne suggerisce una convincente rilettura in chiave sistemica, concludendo come nel sistema dei Principi la violazione della regola di buona fede non sia, in sé e per sé considerata, ragione di invalidità.

<sup>52</sup> Così se si ritenga che la verifica della base negoziale - cui sarebbe subordinata la conservazione del negozio - andrebbe operata ricercando non solo gli interessi presupposti dalle parti, ma anche i “giusti” presupposti; ma sui rapporti tra interpretazione integrativa e “base negoziale”, ed in generale sull'attività interpretativa nella ricerca dei presupposti della contrattazione, non si può qui che rinviare, per la ricchezza della ricostruzione, a C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 135 e ss., il quale altresì evidenzia (*op.ult.cit.*, p. 105, nota 180) talune contraddizioni già nella ricostruzione originaria della base negoziale collegata saldamente al concreto assetto d'interessi delle parti e non quindi a presupposti rimasti nella sfera soggettiva delle parti né a valori esterni al negozio.

Sull'istanza di conciliazione alla base della formula dell'interpretazione integrativa cfr. anche M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 326 e s. Ma sull'impossibilità di una siffatta conciliazione, e quindi su di una intima contraddizione della formula, già M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, p. 341; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Milano, 1938, p. 18, e A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit. p. 115 e ss., che, rilevato come i fautori dell'interpretazione integrativa postulino il suo operare quando vi sia una lacuna nel contratto e manchi una norma suppletiva per colmarla, sottolinea (*op.ult.cit.*, p. 121) la funzione squisitamente integrativa dell'operazione; operazione peraltro, nella prospettiva dell'Autore, inutile se si tiene conto che norme come il § 242 BGB e l'art. 1374 c.c. già fornirebbero ampio materiale suppletivo.

giustizia contrattuale al giudizio di nullità parziale potrebbe consentire di salvare contratti privati di una clausola decisiva nell'economia contrattuale, ma reputata ingiusta.

Se nel decidere dell'estensione della nullità parziale si dovesse tener conto di valori estranei alle parti<sup>53</sup>, sarebbe fortemente ridimensionato il problema dell'inadeguatezza della regola di cui all'art. 1419 c.c. a disciplinare le nuove nullità di protezione che hanno ad oggetto patti ingiusti od abusivi. Difficile, invero, che un giudizio di nullità secondo buona fede possa ignorare le ragioni della nullità: di conseguenza, nel caso di nullità di protezione, la soluzione secondo "buona fede" sarebbe certamente quella che limita la nullità alla sola clausola invalida. In questa prospettiva, la regola dell'art. 1419 c.c. risolverebbe i nuovi problemi posti dalle "nullità speciali", poiché l'innesto di valori dell'ordinamento nel giudizio di nullità non sarebbe più prerogativa esclusiva di queste ultime.

Tuttavia non sembra che il giudizio di nullità parziale secondo i canoni di cui all'art. 1419 c.c. sia una questione di integrazione del contratto secondo buona fede.

Perché un conto è il caso – questo sì di eterointegrazione del contratto – in cui la correzione "per sottrazione" prescinde totalmente dalla verifica della volontà ipotetica delle parti o dell'assetto di interessi del contratto (come avviene per alcune fattispecie di nullità che prevedono espressamente la salvezza "per il resto" del contratto); altro conto è che il mantenimento di un contratto differente da quello originario dipenda dall'operare di criteri che, imponendo di considerare il significato delle scelte originarie delle parti, richiedono di certo un'attività interpretativa e non sembrano consentire l'imposizione di "*una regola*

---

<sup>53</sup> Così V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., p. 707.

*esterna ed autonoma rispetto al contenuto pattizio imputabile alla loro concorde volontà*”<sup>54</sup>.

In altri termini, una norma che salvi il contratto solo previa verifica della compatibilità tra il regolamento originario e quello residuo, non integra il contratto inserendo valori diversi da quelli espressi dalle parti.

Anche quando si ritenga – come fa condivisibilmente l’Autore della tesi in commento – che il senso dell’operazione deve essere ricavato mediante il ricorso ad indici obiettivi (quali il prezzo convenuto, il tipo contrattuale utilizzato, l’età o l’attività professionale, ecc.), deve rilevarsi che detti indici, lungi dal richiamare valori estranei alle parti contrattuali, suggeriscono quali interessi le parti intendevano perseguire. Non si fa quindi questione di un’integrazione del contratto secondo valori dell’ordinamento che sono fuori dal contratto, ma di ricerca del significato del negozio.

In conclusione, il ricorso a valutazioni estranee a quelle dei contraenti per ricercare interessi negozialmente rilevanti è escluso dall’art. 1419 c.c. che, in una logica di mediazione tra conservazione e rispetto dell’autonomia privata, non consente di prescindere dal significato dell’originario regolamento negoziale. Il richiamo all’integrazione non appare allora adeguato a descrivere la realtà del giudizio di estensione della nullità e nel contempo crea il rischio che *“l’abbandono delle tecniche di giudizio della tradizione”* apra *“una via ancor più larga all’arbitrio del giudice, all’incertezza dei rapporti e, in ogni caso, a principi incompatibili con il ruolo che l’autonomia privata riveste nel quadro delle fonti di disciplina del traffico contrattuale”*<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Così invece proprio V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., p. 707.

<sup>55</sup> Così M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit. p. 319, descrive il rischio che, preso un giudice che coglie artifici in luogo di realtà, sia una discrezionalità giudiziale senza limiti a decidere degli effetti dell’atto negoziale. Sui rischi di sovrapposizione tra equità e buona fede nei casi in cui di quest’ultima si dia una lettura eterointegrativa, v. altresì ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell’equità*, in (a cura di) MAZZAMUTO, *Il contratto e le tutele*, cit., p. 239; rimarca la distinzione tra i due fenomeni, ma per evitare un utilizzo giudiziale della buona fede quale strumento di discrezionale correzione contratto nonché

## 5. La tesi del frazionamento del giudizio di nullità parziale.

In dottrina si è pure sostenuto che gli interessi che le parti intendono perseguire sarebbero incerti ed insondabili<sup>56</sup>, poiché il giudice non potrebbe conoscere le valutazioni di convenienza che le parti avrebbero addotto se fossero state a conoscenza della nullità parziale. Sarebbe allora più corretto ritenere che il giudice si debba fermare a comprendere gli scopi dell'atto direttamente desumibili dal tipo contrattuale o da specifiche indicazioni delle parti.

Gli altri interessi, di regola non comuni alle parti e rimasti nella sfera soggettiva di ciascuna, non sarebbero rilevanti ai fini del giudizio di nullità, ma dovrebbero essere tenuti in considerazione dal giudice che sarebbe legittimato a correggere il contratto mediante interventi di riequilibrio<sup>57</sup>.

L'interprete dovrebbe verificare, tenendo in considerazione le sole risultanze obiettive del contratto, se il regolamento residuo abbia conservato la causa del negozio originario. In ciò solo consisterebbe il giudizio di nullità parziale disciplinato dall'art. 1419 c.c.<sup>58</sup>

Successivamente, accertata la conservazione del senso del negozio originario, l'interprete dovrebbe tenere conto delle ulteriori ragioni che hanno indotto le parti a contrarre, considerando altresì le doglianze del contraente insoddisfatto dal nuovo assetto di interessi. In questa seconda fase del giudizio di nullità, che non sarebbe disciplinato dall'art. 1419 c.c., il giudice si occuperebbe del riequilibrio del regolamento residuo mediante il ricorso all'art. 1464 c.c. che,

---

di superamento, a scopi di moralizzazione, della stessa disciplina legale, F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv.dir.civ.*, 2001, p. 555

<sup>56</sup> A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., p. 161, il quale ritiene che *"il giudice non può sapere quali specifiche valutazioni di convenienza"* le parti avrebbero addotto ed anche nelle ipotesi in cui la nullità parziale incida *"a danno di una sola parte, può tanto capitare che questa a quelle condizioni non trovi più conveniente il negozio, quanto che il pregiudizio che ne patisce le appaia pur sempre preferibile alla perdita dell'affare"*.

<sup>57</sup> A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., p. 166.

<sup>58</sup> L'Autore precisa che il giudizio di nullità parziale consiste unicamente nell'indagare se le parti avrebbero o meno concluso il contratto, non anche se le parti avrebbe sì concluso il contratto ma a condizioni diverse. A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., p. 166.

nel caso di impossibilità parziale di una prestazione, prevede la riduzione della controprestazione<sup>59</sup>.

Certamente l'art. 1464 c.c. disciplina l'impossibilità parziale e non anche la diversa ipotesi della nullità parziale; tuttavia, poiché la norma ha lo scopo di ripristinare l'equilibrio originario che è stato alterato dalla "inefficacia" di una parte del contratto, essa sarebbe applicabile – in via analogica – anche al caso di nullità parziale.

La tesi, che circoscrive l'operare della regola di cui all'art. 1419 c.c. alla sola ipotesi di difetto di funzionalità del contratto, per permettere l'operare di regole correttive di squilibri, presta il fianco a più di un'obiezione<sup>60</sup>.

In primo luogo, gli interessi delle parti o si ritengono comprensibili per l'interprete risultando dal contratto (o in ipotesi da dichiarazioni o condotte), oppure non solo sono fatto. In quest'ultimo caso – come avviene in molte delle ipotesi in cui gli interessi di una parte non siano a conoscenza dell'altra – essi saranno irrilevanti ai fini sia del giudizio di estensione della nullità che di un eventuale intervento correttivo.

Inoltre non può esistere una netta distinzione tra "equilibrio" e "funzionalità" del contratto, poiché in realtà la funzionalità dipende dalla verifica dello squilibrio tra regolamento originario e quello residuo<sup>61</sup>. L'art. 1419 c.c., infatti, non si limita a garantire la salvezza del regolamento residuo nelle rarissime ipotesi in cui non vi sia un'alterazione dell'equilibrio dei vantaggi delle parti (si pensi alla nullità di una clausola compromissoria), ma anche in tutti quei casi in cui "*risulti*" che i contraenti "*lo avrebbero concluso senza*

---

<sup>59</sup> A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., p. 263. Preme evidenziare che lo squilibrio originario del contratto che è "voluto" dalle parti, non costituisce di per sé causa di invalidità del contratto. Diversa è invece l'ipotesi di squilibrio sopravvenuto, che si misura avuto riguardo all'assetto originario delle parti. In questo caso l'intervento giudiziale dovrebbe ripristinare l'equilibrio originario.

<sup>60</sup> Lo stesso Autore, tuttavia, si pone di recente in prospettiva critica rispetto alla correzione del contratto ad opera del giudice, rivalutando la riconduzione ad equità ad opera delle parti del negozio parzialmente nullo. V. A. GENTILI, *De jure belli; l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 34.

<sup>61</sup> Così A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., pag. 97.

*quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità*”. E ciò si verifica proprio nel caso in cui la caducazione di una parte del contratto determini una significativa alterazione dell’originario assetto di interessi<sup>62</sup>.

## **6. Sui tentativi di salvare il contratto parzialmente nullo mediante l’applicazione analogica delle norme civilistiche sulla riconduzione ad equità.**

Anche senza ipotizzare un frazionamento del giudizio di nullità, può prospettarsi l’applicabilità in via analogica dei rimedi tipici di riequilibrio del contratto<sup>63</sup>, i quali, nell’assicurare la salvezza del regolamento residuo, potrebbero garantire la *ratio* protettiva delle nullità speciali.

Uno di questi rimedi è contemplato dall’art. 1464 c.c. il quale, nel caso in cui la prestazione di una parte sia divenuta parzialmente impossibile, consente al contraente svantaggiato dall’impossibilità parziale una scelta tra la conservazione del contratto “riequilibrato” (mediante riduzione della controprestazione) e il recesso dal negozio qualora non abbia interesse ad un adempimento parziale.

Il diritto del creditore di ottenere una modificazione unilaterale del negozio – in deroga ai principi generali in tema di contratto<sup>64</sup> – si spiega come rimedio alla inesecuzione parziale del debitore. Per tale ragione se ne è prospettata l’applicabilità in via analogica al caso di inadempimento imputabile, in relazione

---

<sup>62</sup> Così A. D’ADDA, *op. loc. ult. cit.* In senso analogo F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 403. Anche V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., p. 706, nota 64, il quale ritiene irragionevole la nullità dell’intero contratto solo perché è venuta meno una minima parte della controprestazione.

<sup>63</sup> Prima di Gentili, prospettavano l’operare dell’art. 1464 c.c. al caso di nullità parziale SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 102 e s.; un cenno anche in F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 413.

<sup>64</sup> Nel descrivere gli istituti dell’offerta di riduzione ad equità, V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 895, evidenzia come l’offerta possa provenire esclusivamente dalla parte che “rinuncia” ad un vantaggio, mentre non potrebbe imporre una siffatta riduzione controparte. Precisa infatti l’Autore che di regola “*la parte lesa non ha diritto d’imporre a controparte la riduzione ad equità, per il principio che esclude la modificabilità unilaterale del contratto*”.

al quale è data la possibilità al creditore di reagire contro un'inesecuzione colposa o dolosa di un obbligo<sup>65</sup>.

Non sembra tuttavia che tale rimedio sia compatibile con la nullità parziale, poiché l'art. 1464 c.c., nell'attribuire il diritto di ottenere una riduzione della prestazione esclusivamente alla parte che "subisce" l'inadempimento, prescinde totalmente dalla valutazione della controparte circa la compatibilità del nuovo assetto di interessi con quello originario; valutazione sulla quale invece si fonda il giudizio di nullità parziale<sup>66</sup>.

Si pensi al caso in cui una parte intenda cedere l'azienda solo contestualmente alla cessione del marchio, il cui prezzo è determinato in un importo elevato che, di contro, diverrebbe irrisorio in caso di cessione separata. Diverse sono le soluzioni cui conducono gli artt. 1419 c.c. e 1464 c.c.

---

<sup>65</sup> Così A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., p. 222 e ss. il quale argomenta proprio dell'estensibilità della disciplina della risoluzione parziale per impossibilità sopravvenuta alla fattispecie di inadempimento parziale. La giurisprudenza ammette la risoluzione parziale in caso di inadempimento, ma ritenendo direttamente applicabile l'art. 1458 c.c. Si veda la recente sentenza Cass. civ. Sez. II, 02/07/2013, n. 16556: "*La risoluzione parziale del contratto, esplicitamente prevista dall'art. 1458 cod. civ. per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, è possibile anche per il contratto ad esecuzione istantanea, quando il relativo oggetto sia rappresentato - secondo la valutazione del giudice di merito, censurabile in sede di legittimità solo per violazione di legge o vizi logici - non da un'unica cosa infrazionabile, ma da più cose aventi propria individualità, quando, cioè, ciascuna di queste, separata dal tutto, mantenga un'autonomia economico-funzionale, che la renda definibile come bene a sé, suscettibile di diritti o di negoziazione distinte*". In termini sono: Trib. Monza, 20/11/2012; App. Napoli Sez. III bis, 13/03/2012; Cass. civ. Sez. II, 13-12-2010, n. 25157; Trib. Modena, 09/06/2009; Trib. Roma Sez. III, 07/05/2007; Cass. civ. Sez. II, 20/05/2005, n. 10700; Cass. civ. Sez. II, 21-12-2004, n. 23657.

<sup>66</sup> Tale diversità di disciplina viene spiegata con la differente *ratio* dell'art. 1464 c.c. V. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Milano, 2008, il quale ritiene che la norma in questione costituisca una reazione all'inesecuzione dell'obbligo, richiamando le parole del relatore Pierantoni negli "Atti della Commissione delle Assemblee legislative", Roma, 1949, p. 155, secondo il quale le norme sull'impossibilità sopravvenuta regolano la "*responsabilità del debitore per caso fortuito, disponendo che non deve esserci altra conseguenza oltre la liberazione, perché sarebbe iniquo costringere il creditore alla sua controprestazione, malgrado sia mancata la prestazione corrispettiva*".

Precisa A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 100, che nel caso di impossibilità sopravvenuta, l'evenienza che la determina "*pur non imputabile - attiene alla sfera del suo debitore [...]. Altro conto che, quando sia l'invalidità di una clausola a "ridurre" l'obbligo di una delle parti, il contraente sfavorito dalla caducazione parziale possa da sola ridisegnare il contenuto del negozio. In questo caso manca l'inesecuzione di un obbligo cui reagire: è l'ordinamento ad obliterare una porzione di negozio fonte di pretese e doveri dei contraenti*".

Anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 136, osserva che "*la disciplina della nullità parziale si muove pur sempre sul piano della validità del contratto, in una dimensione distante da quella dell'esecuzione, che implica invece l'indagine della disciplina del rapporto*".

nell'ipotesi di impossibilità ("originaria" nel primo caso e "sopravvenuta" nel secondo) di cessione del marchio. Secondo la prima norma, infatti, l'invalidità della cessione del marchio comporterebbe la nullità dell'intero contratto, essendo il regolamento residuo incompatibile con il contratto originario. Invece, ai sensi dell'art. 1464 c.c., qualora la cessione del marchio diventasse impossibile successivamente alla stipula del contratto (ad esempio prima del verificarsi di una condizione sospensiva), il cessionario potrebbe esercitare il diritto di riduzione del corrispettivo ed il cedente sarebbe vincolato ad nuovo e non gradito assetto di interessi.

Dunque la riduzione "quantitativa" delle prestazioni non necessariamente riproduce su scala ridotta l'originario assetto di interessi.

Certamente potrebbe attribuirsi al giudice il compito di valutare se la "autoriduzione" di una delle parti sia compatibile con l'interesse dell'altra. Ma l'attribuzione al giudice di simili competenze equivarrebbe ad una "riscrittura" dell'art. 1419 c.c., secondo il quale l'indagine sulla volontà ipotetica delle parti (*rectius* sull'assetto degli interessi), serve unicamente per decidere dell'estensione della nullità parziale e non della correzione su iniziativa di uno dei contraenti.

Analoghe considerazioni possono muoversi sull'operatività delle offerte di riduzione ad equità previste per i casi di sopravvenuta eccessiva onerosità (1467 c.c.), di contratto squilibrato e rescindibile (art. 1450 c.c.) e di mantenimento del contratto annullabile (art. 1432 c.c.)<sup>67</sup>.

Queste fattispecie differiscono da quella di cui all'art. 1464 c.c. poiché il diritto potestativo<sup>68</sup> alla modifica è esercitato dal soggetto che trae vantaggio dallo squilibrio o dall'errore, il quale non impone una riduzione del credito altrui,

---

<sup>67</sup> Ha ipotizzato l'operatività di tali regole per l'ipotesi di nullità, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 868.

<sup>68</sup> Ritiene che la riduzione ad equità costituisce un potere che non richiede alcuna accettazione da parte dell'altro contraente C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 694 e s. Anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1029, afferma che a fronte della congruità dell'offerta di riduzione il destinatario non possa opporre alcunché perché si trova in uno stato di soggezione.

ma offre una riduzione del proprio credito facendo così riguadagnare a controparte quell'assetto di interessi per cui si era originariamente vincolata (art. 1467) o che vi sarebbe stato in mancanza di approfittamento od errore (art. 1450 e art. 1432).

Tuttavia questa differenza non vale a superare l'obiezione sollevata in relazione all'art. 1464 c.c.: anche nei casi di riconduzione ad equità, nei quali uno dei contraenti "rinuncia" ad alcun vantaggi negoziali, vi è il rischio che la modificazione quantitativa sia incompatibile con la logica originaria dell'affare<sup>69</sup>. Nell'esempio della cessione del marchio (nulla) unitamente alla cessione azienda (valida), l'applicazione degli artt. 1467 e 1432 c.c. condurrebbe sempre alla riduzione del corrispettivo previsto per il marchio che, come si è visto, potrebbe essere incompatibile con l'originario assetto di interessi.

Un rimedio più adeguato a gestire il riequilibrio del contratto in caso di nullità parziale, potrebbe essere quello previsto dall'art. 1432 c.c. in caso di errore, perché il mantenimento del contratto può aversi solo nel caso in cui sia

---

<sup>69</sup> V. di A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. p. 104, il quale osserva come una conclusione diversa potrebbe essere suggerita dalla giurisprudenza elaborata in tema di trasferimento di immobili senza contestuale cessione di spazi a parcheggio, in violazione della regola imperativa di cui all'art. 41 sexies della l. 1942 n. 1159 (c.d. "legge urbanistica"). La Cassazione ha ritenuto infatti che il controllo deve considerarsi nullo nella parte in cui non garantisce all'acquirente dell'immobile la fruizione dello spazio a parcheggio. Dalla dichiarazione di nullità non deriva tuttavia, secondo l'orientamento in esame, la caducazione dell'intero negozio ma la sua rideterminazione giudiziale, con il riconoscimento di un diritto di uso all'area a parcheggio a favore dell'acquirente ed il contestuale adeguamento del corrispettivo in favore dell'alienante. Si veda Cass. S. U. 17 dicembre 1984 nn. 6600, 6601, 6602, in *Foro it.*, 1985; più di recente Cass. 3 ottobre 2005, n. 19308 (per un caso di mancata cessione del parcheggio al conduttore); Cass. 23 marzo 2004, n. 5755; Cass. 7 giugno 2002, n. 8262, in *Riv. notariato*, 2003, p. 441; Cass. 20 ottobre 1997, n. 10248, in *Giur.it.*, 1998, 1812.

Non appare tuttavia condivisibile che un orientamento siffatto possa indurre a ritenere generalmente prospettabile una ridefinizione giudiziale dei corrispettivi a seguito della invalidità di una clausola che disciplina la prestazione a carico di una delle parti. La posizione della Cassazione è stata severamente censurata dalla dottrina, la quale non solo è critica della soluzione della nullità prospettata dalla Cassazione perché l'art. 41 sexies, nel limitarsi a regolamentare la destinazione a parcheggio delle aree, non entrerebbe in conflitto con patti che dispongano alienazione di immobili privi di parcheggio (V. N. IRTI, *Riserva di spazio a parcheggio nelle nuove costruzioni*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 43). Ma che, di più, è giustamente perplessa circa la disciplina della nullità, perché non è dato comprendere dove la Cassazione abbia attinto una disciplina della nullità parziale che comporti, in luogo di una decisione sull'estensione o meno del vizio di una parte del contratto, una ridefinizione giudiziale del regolamento. Cfr. V. MARICONDA, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: la pretesa nullità relativa ai parcheggi*, in *Corr. Giur.* 1987, p. 858 e ss; di recente A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Milano, 2003, p. 100 e ss.

soddisfatto l'interesse reale della parte caduta in errore. L'annullamento, infatti, può essere evitato solo se l'altra parte offra di eseguire il contratto *“in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella [la parte errante] intendeva concludere”*. Sennonché l'art. 1432 c.c. è considerata una norma di difficile applicazione, poiché se per effetto dell'errore l'assetto di interessi diverge significativamente da quello che uno dei contraenti avrebbe voluto, è *“improbabile e difficile praticare [...] una proposta di adeguamento ad iniziativa della controparte”*<sup>70</sup>.

Le considerazioni sinora esposte inducono ad escludere che sia casuale o frutto di trascuratezza la scelta del legislatore di prospettare, per il caso di nullità parziale, un'alternativa “secca” tra caducazione del contratto o salvezza per il resto, escludendo un eventuale “controllo” della compatibilità di offerte di riduzione ad equità con l'assetto originario di interessi.

Se si volesse ammettere l'applicazione in via analogica dei rimedi di riconduzione ad equità, il giudizio di nullità parziale sarebbe comunque inadeguato a soddisfare la *ratio* protettiva delle nullità speciali. Perché il riequilibrio cui conducono gli istituti di cui si discorre, non determina la correzione del negozio secondo i valori dell'ordinamento, ma secondo quelli rappresentati dalle parti con la conclusione del contratto parzialmente nullo. Detto in altri termini, i predetti rimedi non mettono in discussione gli equilibri voluti dalle parti, ma al contrario tendono a conservarli. Si tratta di interventi che *<<rimodella[no] il negozio secondo un assetto di interessi che è oggetto di riprovazione da parte dell'ordinamento ed è la ragione stessa dell'invalidità*<sup>71</sup>*>>*.

## 7. Conclusioni

---

<sup>70</sup> Così C. ROSSELLO, *L'errore del contratto*, in *Commentario al Codice civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2004, p. 295.

<sup>71</sup> Così A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 109

Alla luce di quanto sinora esposto può concludersi per l'inadeguatezza del primo comma dell'art. 1419 c.c. a gestire le nullità di protezione che mirano alla correzione del contratto squilibrato.

Perché se il giudizio di nullità parziale si basa sulla verifica degli interessi perseguiti dalle parti, la compatibilità del "nuovo" negozio con quello originario va valutata unicamente tenendo conto dell'equilibrio - anche ingiusto - che le parti avevano voluto, prescindendo del tutto dalle scelte dell'ordinamento e dagli squilibri che l'ordinamento vuole correggere.

Se si ammettesse l'applicabilità dell'art. 1419 c.c. alle ipotesi in cui la nullità speciale si limita a prevedere la nullità di una clausola senza nulla dire in ordine alla salvezza del regolamento residuo, sarebbe frustrata la finalità protettiva sottesa all'invalidità, poiché si legittimerebbe un utilizzo abusivo della nullità parziale ad opera del contraente non protetto. Il quale, avendo predisposto il regolamento contrattuale in suo favore, potrebbe agevolmente dimostrare che la clausola invalida è essenziale nella logica dell'affare.

La *ratio* delle nullità di protezione non potrebbe essere assicurata neppure mediante l'applicazione di istituti che consentono la riconduzione ad equità del contratto, poiché il riequilibrio si modula sui valori espressi dalle parti nel contratto e non su quelli dell'ordinamento, disinteressandosi dell'equilibrio contrattuale al quale mirano le nullità speciali.

### CAPITOLO III

#### NULLITA' PARZIALE NECESSARIA NELLE INVALIDITA' DI PROTEZIONE

SOMMARIO: 1. Caratteristiche comuni delle nullità anomale: fonte europea e finalità protettiva del contraente debole. 2. La nullità parziale necessaria come caratteristica comune alla norme della invalidità di protezione: conseguenza in ordine alla qualificazione delle fattispecie e alla possibilità di applicazione analogica. 3. L'alternativa all'applicazione analogica: la tesi della riduzione teleologica della nullità speciale. Critica. 4. Nullità virtuale di protezione. 5. Legittimazione relativa e rilievo d'ufficio: un'apparente contraddizione. 6. Il patto di inscindibilità.

#### **1. Caratteristiche comuni delle nullità anomale: fonte europea e finalità protettiva del contraente debole.**

Se si condividono le conclusioni sull'incompatibilità dell'art. 1419 c.c. con la finalità protettiva delle “nuove” nullità, occorre porsi il problema di individuare tecniche ermeneutiche idonee ad escludere l'applicazione della regola codicistica in tutti quei casi in cui il legislatore, al fine di tutelare una delle parti, si limiti a disporre la nullità della clausola senza nulla specificare in ordine alla conservazione del contratto (v. artt. 34, comma 2, 36, commi 2 e 5, 67, 78, 124, 134 e 143 d.lgs. 206/05; art. 46 d.lgs. 385/93; art. 24 d.lgs. 58/98; artt. 44 e 45 d.lgs. 79/11; artt. 5, 6 e 9 l. 192/98).

Il problema è risolto in dottrina mediante l'applicazione della regola della “parziarietà necessaria”<sup>72</sup>. La parte che subisce lo squilibrio sarebbe tutelata

---

<sup>72</sup> Di “parziarietà necessaria” discorre G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 231 ss.; sulla stessa scia F. DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 475. Invero la tecnica della parziarietà necessaria non è nuova al legislatore. In particolare, A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico*, cit., p. 106 s., discorreva di nullità parziale legale con riferimento alle ipotesi disciplinate dagli artt. 1941, comma 3, c.c. (in tema di fideiussione più gravosa rispetto all'obbligazione principale); 771 c.c.;

attraverso la conservazione del contratto, che verrebbe “riequilibrato” per mezzo dell’obliterazione della clausola abusiva. Al giudice sarebbe pertanto preclusa la valutazione di essenzialità della clausola per la parte “forte”, ai sensi dell’art. 1419, primo comma, c.c..

Il ricorso alla regola della nullità parziale necessaria è diversamente argomentata in dottrina: alcuni ricorrono all’applicazione analogica delle norme che prevedono la c.d. parziarietà necessaria (in particolare l’art. 36 cod. cons.)<sup>73</sup>; altri, invece, sostengono che tale regola possa essere ricavata attraverso un’interpretazione funzionale ed assiologica della disciplina della nullità<sup>74</sup>.

Per stabilire se sia praticabile il ricorso all’analogia, occorre preliminarmente muovere dallo studio delle norme che prevedono la nullità parziale, per comprendere se esse rispondano effettivamente alla medesima *ratio* e soprattutto se, tenuto conto del loro ambito di applicazione, possano essere qualificate come norme generali o speciali. Solo l’identità di *ratio* e la

---

655 (donazione di beni futuri); 658 c.c. (legato di credito o liberazione da debito); 1501 (termine per l’esercizio del riscatto nella vendita) e 1573 c.c. (durata della locazione). La sottrazione di tali fattispecie all’art. 1419 c.c. e, per tal via, la soccombenza della volontà dei paciscenti, viene giustificata in ragione di un preminente interesse pubblico. Sul punto v. S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 190, nota 353, ivi i riferimenti alla dottrina tedesca per l’inquadramento della figura della nullità parziale necessaria in una logica di protezione (si richiamano: C.W. CANARIS, *Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft*, Heidelberg, 1983, p. 29 ss.; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1989, p. 457 ss.; T. MAYER-MALY e C. ARMIBRUSTER, Sub § 134, in *Munchener Kommentar*, I, *Allgemeiner Teil*, 4<sup>a</sup> ed., München, 2001, p. 1324).

<sup>73</sup> Di quest’ordine di idee è G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., pag. 233 il quale osserva come la “comunanza e non eccezionalità di fondamento di un’ampia serie di ipotesi, d’altronde, dà conto della loro idoneità a fungere, quale disciplina speciale, da schema analogico per il trattamento di quante altre tra le nullità testuali o virtuali, assolvendo ad una corrispondente istanza di tutela della parità tra i contraenti, implicino un’esigenza di preminente conservazione del contratto”; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., il quale ritiene debba escludersi “l’eccezionalità della nullità parziale necessaria, alla luce dell’importanza delle fattispecie in cui è prevista”. V. anche M.A. LIVI, *Le nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, pag. 199 ss., la quale ritiene applicabile in via analogica la regola della parziarietà necessaria alla nullità prevista dall’art. 6, l. 192/1998, che colpisce il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura: P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, cit. pag. 273.

<sup>74</sup> A. D’ADDA, *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in *Obbl. contr.*, 2008, 6, p. 492. L’Autore richiama espressamente l’orientamento elaborato nella letteratura tedesca sulla *teleologische Reduktion* degli effetti della nullità. V. anche A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 78.

negazione della qualifica di norme eccezionali legittimerebbero il ricorso all'argomentazione analogica.

La *ratio* costituisce inoltre il principale elemento su cui si fonda la tesi della riduzione teleologica, che ricava la disciplina della nullità (*i.e.* la necessaria parzialità) dalla considerazione dello scopo di protezione della nullità.

Prima di analizzare le singole fattispecie di nullità parziale necessaria, ma in un'ottica finalizzata a tale attività, è utile evidenziare come sia possibile riscontrare alcune caratteristiche comuni nelle nullità di protezione<sup>75</sup>.

Tra di esse va in primo luogo segnalato che la fonte normativa nella quale si riscontra la previsione delle nuove nullità è una legislazione di settore, atta a regolare dettagliatamente specifiche tipologie contrattuali. Ciò giustifica la difformità di disciplina della nullità rispetto alle figura codicistica<sup>76</sup> e ha indotto parte della dottrina a teorizzare l'esistenza di "*macrosistemi codicistici*" distinti dal codice civile<sup>77</sup> o, in senso analogo, di "*diritti secondi*" intesi come "*certi ceppi normativi spostati dal tronco centrale del diritto comune per assoggettarli ad una logica diversa*"<sup>78</sup>.

Numerose fattispecie di nullità speciale sono oggi contenute nel codice del consumo il quale, proprio in quanto "codice", costituisce una normativa unitaria

---

<sup>75</sup> Si veda M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali, per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, 2008, p. 322 e ss.

<sup>76</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 751.

<sup>77</sup> V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 9: "*L'irrompere delle leggi speciali quali fonti sempre più rilevanti del diritto dei contratti significa decodificazione; significa erezione, ai margini di un codice in ritirata, di macrosistemi extracodicistici; significa (nella misura in cui le leggi speciali sul contratto sono leggi su singoli tipi o classi di contratti) nuova centralità dei tipi contrattuali a scapito del <<contratto in genere>>, e difficoltà crescente a ricostruire, in questo quadro di frammentazione sempre più spinta, una significativa unitarietà della figura contrattuale. Significa infine – almeno per chi vede in questi processi qualche rischio di sbocchi incontrollati e indispensabili – l'impegno verso obiettivi di ricodificazione, di ricomposizione dei frammenti, di recupero della figura e della disciplina del contratto a un più apprezzabile livello di generalità*" e pag. 5: "*Gli artt. 1418 – 1424 c.c. sembrano oramai disegnare un paradigma residuale, di fronte alla proliferazione delle nullità speciali; e ciascuna di queste sembra andare per contro proprio, sicchè dall'insieme di esse non si riescono neppure a enucleare le linee di un coerente paradigma alternativo*".

<sup>78</sup> C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in Europa e dir. priv. 2006, p. 397. Ma l'Autore aveva proposto la categoria già 25 anni prima: C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in Jus, 1981, p. 158 ss.

e merita una considerazione autonoma rispetto alla generale codificazione civilistica, per quanto in un rapporto di necessaria coordinazione per la presenza di norme quali gli art. 38 e 135, comma 2, che rinviano, per ciò che non è disciplinato dal codice del consumo, alle disposizioni del codice civile.

A questo primo elemento comune si affianca un secondo dato rilevante, rappresentato dal fatto che nella maggior parte dei casi le norme in questione hanno fonte comunitaria, essendo poste in essere in attuazione di direttive comunitarie.

Il dato non è di poco conto se si considera che le direttive, nell'enunciare le finalità di principio ed i diritti che si vogliono garantire alle parti contraenti, svolgono un'importante funzione interpretativa della normativa nazionale di attuazione<sup>79</sup>. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha infatti chiarito che *“nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successivi alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più è possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato”*.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Cfr. sul punto P.M. PUTTI, voce *Nullità* (nella legislazione di derivazione comunitaria), in *Dig. Disc. Priv. – sez. civ.*, Torino, 1955, p. 676: “[...], interpretare la normativa di derivazione comunitaria secondo i parametri espressi dal legislatore europeo significa allontanarsi (in modo significativo) dai consolidati canoni ermeneutici proposti dalla dottrina tradizionale. La disciplina contrattuale di origine comunitaria, infatti, al contrario di quella codicistica (fondata sull'atto come espressione dell'autonomia negoziale), per la sua caratteristica di strumento per la realizzazione di un mercato unico europeo, si incentra sulla disciplina dell'attività economica svolta in modo professionale. Il nostro codice civile esprime già una sorta di principio generale in forza del quale gli atti relativi all'esercizio dell'impresa giustificano deroghe normative alla disciplina dettata per i contratti ma solo per le ipotesi in cui il contratto concretamente posto in essere sia stipulato da un imprenditore e per l'esercizio dell'impresa. Ora, invece, nella disciplina di derivazione comunitaria (che peraltro non si presenta come un corpo normativo unitario), le previsioni in tema di forma e le nullità (virtuali o testuali) rappresentano l'espressione della logica di interventi finalizzati alla disciplina dell'attività di contrattazione degli operatori economici. E ciò malgrado si debba rilevare la mancanza di una terminologia coerente e costante nelle direttive, frutto, anche, delle assenze di operazioni di coordinamento”. V. anche ID., *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo* a cura di Lipari, III, Milano, 2003, p. 475 ss.

<sup>80</sup> Così la Corte Giustizia CE, 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori, in *Racc. I-03325* e in *Giur.it.* 1995, I, 1, 1385. L'art. 189 richiamato, che nella nuova numerazione del Trattato CE adottata con il Tratto di Amsterdam è ora l'art. 249, recita precisamente: “La

L'attività interpretativa non è tuttavia sempre semplice, atteso che ai principi e agli scopi delle direttive non corrispondono sempre coerenza e rigore nella formulazione testuale delle norme da parte del legislatore europeo. Ciò non è dovuto a trascuratezza o superficialità del legislatore europeo, ma è giustificato dall'esigenza di evitare l'imposizione di precisi istituti e figure giuridiche incompatibili con i differenti ordinamenti dei Paesi Membri della Comunità Europea<sup>81</sup>.

La scelta della forma e dei mezzi per raggiungere gli scopi della direttiva è rimessa al legislatore nazionale (art. 249 del Trattato CE), il quale tuttavia si limita spesso ad una pedissequa riproduzione del contenuto delle direttive, senza preoccuparsi di adattare la normativa ai principi e alle categorie dell'ordinamento. Viene dunque affidato alla dottrina il gravoso compito di attribuire un significato tecnico delle nuove figure di invalidità e collocarle nel nostro diritto civile.

Anticipando le considerazioni svolte nel successivo paragrafo, può dirsi che un terzo dato comune consiste nella *ratio* protettiva delle nuove invalidità, le quali si inseriscono all'interno di un ampio filone normativo finalizzato alla protezione dei contraenti deboli, che ha determinato nel tempo modifiche nella disciplina generale dei contratti sotto vari aspetti.

Tra esse si segnala il dato che nelle nullità speciali il giudizio di invalidità dipende sempre da circostanze esterne alla fattispecie, come ad esempio, l'essere uno dei contraenti consumatore, cliente, o l'aver concluso il contratto fuori dai locali commerciali o con l'utilizzo di tecniche a distanza, o ancora l'idoneità del contratto a determinare l'abuso di dipendenza economica<sup>82</sup>.

---

*Direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*".

<sup>81</sup> Cfr. P.M. PUTTI, *L'invalidità nei contratti del consumatore*, cit., p. 459 s.

<sup>82</sup> V. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 752; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato Bessone*, cit., p. 128; si veda anche L. PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967, p. 146.

La legislazione di derivazione comunitaria è dunque diretta a tutelare la parte “debole” del contratto, in quanto dotata di un minore potere contrattuale o di un’inadeguata competenza tecnica, oppure perché conclude il contratto in presenza di circostanze svantaggiose.

Sono l’ampliamento del mercato ed il cambiamento delle tecniche contrattuali ad aver indotto il legislatore ad intervenire negli ultimi anni per apprestare una disciplina volta a garantire che, in determinati tipi di negoziazioni, la formazione del contratto e la determinazione del suo contenuto avvengano nel rispetto di superiori principi di parità e di equità sostanziale<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Significative a questo proposito appaiono le osservazioni di G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 610 s., la quale sottolinea in particolare che nell’ottica dell’ordine pubblico di protezione, il legislatore ritiene più importante regolamentare il rapporto economico, nella subfornitura, o nel credito al consumo, anziché disciplinare gli specifici contratti in cui può inserirsi. Il legislatore negli ultimi anni è intervenuto non per disciplinare tipi contrattuali, ma per regolamentare rapporti economici caratterizzati dalla posizione debole di alcuni soggetti. Cfr. sul punto anche le osservazioni di ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 57 ss.

Afferma G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit. p. 134 ss. che l’intervento dello Stato più che a limitare l’autonomia privata serve a riequilibrare e disciplinare il mercato per valorizzare la libertà di iniziativa: in definitiva, è grazie alla interferenza e parziale convergenza tra principi costituzionali e comunitari “che può intendersi appieno il superamento, realizzatosi sul piano positivo, dell’impostazione tradizionale dei rapporti tra intervento dello Stato ed iniziativa economica privata”, p. 141. Fa notare, poi, F. MACARIO, *Norme in attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 744 ss., che l’attuale processo di armonizzazione del diritto dei contratti ispirato dalle direttive comunitarie determina nel nostro ordinamento una sorta di processo inverso a quello che nel 1942 aveva portato all’unificazione tra diritto civile e diritto commerciale: “la conseguenza immediata - precisa l’Autore - è nella costruzione (o nella ricostruzione) di un diverso sistema - se si vuole - che sostituisce alla regola dell’autonomia contrattuale, nel rispetto dell’autoregolamentazione, il principio di tutela del consumatore e comunque della rilevanza della qualità economica del soggetto contraente nella disciplina dell’atto (in punto di validità ed inefficacia/opportunità) sia del rapporto (in ordine cioè agli effetti del contratto, ivi incluse le regole per la risoluzione”. Ricorda, infine V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 90, che “gli obiettivi di questa regolazione sono essenzialmente due, fra loro connessi; giustizia ed efficienza”; quanto alla giustizia, spiega l’Autore: “la legislazione più recente eleva questo obiettivo al rango di principio generale: <<il diritto alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi>> è indicato fra i «diritti fondamentali» dei consumatori dalla legge quadro sui diritti di consumatori e utenti (art. 1, lett. e) l. 281/1998)”; quanto all’efficienza, poi, afferma che “impedire le prevaricazioni dei contraenti <<forti>> sui <<deboli>> consente di selezionare fra imprese più efficienti e imprese meno efficienti”.

Ed è proprio la *ratio* protettiva a costituire il criterio sulla base del quale dovrà essere interpretata e ricostruita la normativa speciale in materia di invalidità<sup>84</sup>.

## **2. La nullità parziale necessaria come caratteristica comune alla norme della invalidità di protezione: conseguenza in ordine alla qualificazione delle fattispecie e alla possibilità di applicazione analogica.**

Il ricorso alla “nullità parziale necessaria”, quale tecnica di conservazione del regolamento contrattuale – già nota al sistema del codice civile<sup>85</sup> - è inaugurato, nelle normative di settore a tutela dei contraenti in posizione di

---

<sup>84</sup> In una prospettiva più ampia, è stato osservato (M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit. p. 333) come queste norme sono espressione di una tendenza legislativa che negli ultimi anni ha portato a attribuire una indiscussa centralità ai concetti di equilibrio contrattuale e di giustizia sostanziale nell'ambito delle negoziazioni. Sul punto si vedano anche le osservazioni di P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 353: “La proporzionalità [...] si inserisce in un processo di trasformazione del principio di legalità, di conformità al diritto, quale espressione di un assetto generale dell'ordinamento fondato sulla costante ricerca di mediazione tra esigenze di certezza del diritto e di giustizia sostanziale. Con il principio di proporzionalità l'ordinamento stabilisce un sistema di garanzie nel quale è più accentuata la parte coperta dal diritto rispetto a quella coperta dalla legge, e la regola è quella creata dal fatto o dopo il fatto; il principio di proporzionalità consente al giudice un ruolo più attivo nella produzione del diritto, ma rappresenta anche un parametro quantitativo più vincolante della sua arbitrarietà, al di là dalla semplice buona fede, cui spesso si fa riferimento”. Per una approfondita analisi del rapporto tra equilibrio contrattuale e autonomia privata v. anche S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit. p. 208 ss.

Per una panoramica generale sul ruolo dell'equilibrio contrattuale nei diversi ordinamenti v. D. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* a cura di Ferroni, *Atti del Convegno di San Marino 17-18 novembre 2000*, Napoli, 2002, p. 101 ss., e in part. p. 108-111, ove si parla dell'art. 3.10 dei Principi Unidroit.

<sup>85</sup> Si pensi alle ipotesi nelle quali la norma considera le clausole nulle “non apposte”, come avviene ad esempio agli artt. 634, 637, terzo comma, 794, 795 secondo comma, 1354 secondo comma, del codice civile. V. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., pag. 8, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., pag. 190 e FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico*, cit. pag. 106, il quale fa rientrare nella categoria della nullità parziale necessaria alcune figure sintomatiche in tema di fideiussione (art. 1942, comma 3, c.c.), donazione che comprende cose presenti e future (art. 771 c.c.), legato di cosa da prendersi in un certo luogo o relativo a un credito o a un debito (artt. 655 e 658 c.c.), contratti per i quali la legge predetermina una durata massima (artt. 1501 e 1573 c.c.). La giustificazione logica dell'istituto viene ricondotta ad una forma di intervento autoritario della legge sugli effetti del negozio giuridico, in base alla quale l'ordinamento può, “prescindendo da ogni considerazione della volontà anche meramente ipotetica o eventuale delle parti, attribuire al negozio un'efficacia minore di quella voluta”, così come può “ricollegarvi un'efficacia maggiore od addirittura sostituire all'efficacia cui miravano le parti l'efficacia propria di un diverso tipo di negozio” (p. 107).

asimmetria contrattuale, con la disciplina della nullità nel testo unico in materia bancaria e creditizia (D. Lgs. 385/1993)<sup>86</sup>.

In questo contesto il legislatore ha adottato la tecnica di limitare per quanto possibile la nullità a singole clausole del negozio, disponendo la salvezza del regolamento residuo oppure la sostituzione dei patti invalidi.

Si veda l'art. 117 del T.U.B, il quale dispone, al comma 6, che *<<sono nulle e si considerano non apposte>>* le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati, nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati. Lo stesso articolo prevede la sostituzione della clausola nulla con i prezzi e le condizioni pubblicizzate, mentre in mancanza di pubblicità (e dunque del materiale integrativo), *<<nulla è dovuto>>*.

Per effetto di recenti interventi legislativi, sono rinvenibili nel T.U.B. ulteriori previsioni di nullità parziale e precisamente:

- l'art. 117 *bis* (inserito dall'art. 6 bis, comma 1, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214) il quale, in tema di contratti di apertura di credito, dispone la nullità delle clausole che prevedono oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito dal primo comma, precisando che *<<la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto>>*;

- l'art. 120 *ter* (inserito dall'art. 4, comma 2, D. lgs. 13 agosto 2010, n. 141), secondo il quale è nullo, ma *<<non comporta la nullità del contratto>>*, il patto con il quale si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso a favore del soggetto mutuante per l'estinzione anticipata o parziale dei mutui stipulati per l'acquisto o per la strutturazione di unità immobiliari

---

<sup>86</sup> Il T.U.B. avrebbe *<<inaugurato>>* il ricorso alla tecnica di conservazione autoritativa del regolamento contrattuale al di fuori di meccanismi di "ortopedia" di cui all'art. 1419, secondo comma, c.c., nelle normative di settore a tutela di categorie di contraenti in posizione di asimmetria di potere contrattuale. V. M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 127.

adibite ad abitazione, ovvero allo svolgimento dell'attività economica o professionale da parte di persone fisiche;

- l'art. 120 *quater* (inserito dall'art. 4, comma 2, D. lgs. 13 agosto 2010, n. 141), che sanziona con la nullità il patto con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione nei contratti di finanziamento, precisando che <<*la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto*>>;

- art. 125 *bis* (inserito dall'art. 4, comma 2, D. lgs. 13 agosto 2010, n. 141), il quale dispone la nullità delle clausole del contratto di credito relative a costi a carico del consumatore che non sono stati inclusi (o sono stati inclusi in modo scorretto) con il TAEG pubblicizzato, precisando che <<*la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto*>>. In caso di nullità si applica il TAEG nella misura pari al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali (o altri titoli indicati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze) emessi nei dodici mesi anteriori alla conclusione del contratto, e <<*nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese*>>.

Un altro caso di nullità parziale necessaria è contenuta nell'art. 23, secondo comma, del T.U.F. (D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) che, nel regolare i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori, dispone la nullità di ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico, precisando che in tal caso <<*nulla è dovuto*>><sup>87</sup>.

Si veda anche l'art. 1815, secondo comma, c.c., come modificato dalla l. 108/96 in materia di usura, il quale prevede la nullità della clausola attraverso la quale sono pattuiti interessi usurari, disponendo che “*non sono dovuti interessi*”.

---

<sup>87</sup> G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit, p. 38 e p. 231 ss; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., pag. 196 ss; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pag. 13; F. MACARIO, *Il credito al consumo*, in *Tratt. Contratti Rescigno*, III, *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli – E. Minivervini, Utet, 2005, pagg. 637 ss.

Analoga disciplina si rinviene nell'art. 7 D. Lgs. 231/02 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, il quale prevede, a tutela del creditore debole, la nullità delle clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, “*quando risultano gravemente inique in danno del creditore*”; se ne dispone quindi l'integrazione mediante l'applicazione dei termini legali (prima del D. Lgs. 92/12, era prevista, in alternativa ai termini legali, l'integrazione mediante riconduzione ad equità del regolamento da parte del giudice).

Ma non v'è dubbio che il referente di maggiore rilievo era rappresentato dall'art. 1469 *quinquies* c.c., che prevedeva l'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori, precisando che <<*il contratto rimane efficace per il resto*>>.

È noto che la scelta del legislatore di esplicitare la “necessaria parzialità” è stata influenzata dai dubbi che erano stati sollevati in dottrina circa la sorte del contratto per adesione a seguito della declaratoria di inefficacia delle clausole vessatorie non sottoscritte (art. 1341, secondo comma, c.c.). In particolare, si evidenziava da più parti il rischio che l'eventuale qualificazione del rimedio in termini di nullità potesse comportare l'estensione della patologia all'intero negozio, con evidente pregiudizio per l'aderente<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Afferma l'estensibilità dell'inefficacia (qualificata come nullità) della clausola non sottoscritta all'intero contratto, Cass. Sez. un., 11 novembre 1974, in Riv. dir. comm., 1975, II, p. 202. In dottrina il problema è affrontato alla luce di differenti prospettive: nel senso dell'inefficacia, piuttosto che della nullità, si esprime, proprio allo scopo di evitare l'applicazione dell'art. 1419 c.c., G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in Riv. dir. comm., 1977, I, pag. 11 ss.; esclude l'applicazione alla fattispecie di cui all'art. 1341, secondo comma, c.c. degli artt. 1418 – 1424 c.c. pure G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulare nel diritto italiano*, cit., p. 121, nota 37; abbracciano la tesi della nullità, calibrata però sulla tutela dell'interesse protetto, e, in relazione alla norma in esame, connotata dall'insuscettibilità di propagazione. G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale*, cit., p. 486 ss. e G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 127 ss. La necessità di una valutazione relativa alla singola clausola e al singolo negozio, anche ai fini dell'operatività o meno della regola *utile per inutile non vitiatur*, è affermata da P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della Tavola rotonda di Catania, 17-18 maggio 1969, Milano, 1970, p. 23 ss..

Il medesimo rischio è stato scongiurato dal legislatore allorquando, abbandonata la categoria dell'inefficacia in favore della nullità, ha ribadito che <<*il contratto rimane valido per il resto*>> (art. 36 cod. cons.)<sup>89</sup>.

Questa disposizione si segnala, rispetto alle altre ipotesi di nullità parziale necessaria, per il suo esteso ambito di applicazione. Il numero dei contratti tra consumatori e professionisti rappresenta, infatti, non meno del 50% del complessivo universo dei contratti<sup>90</sup>.

In conclusione, il numero considerevole di norme che prevedono la nullità parziale necessaria, il loro esteso ambito di applicazione (specie quello dell'art. 36 cod. cons.) e, soprattutto, l'identità di *ratio* protettiva inducono ad escludere che la regola della nullità parziale necessaria possa essere considerata "eccezionale", assurgendo invece a "regola generale" in tutti quei casi in cui vengono disapprovati patti che costituiscono l'esito di un esercizio abusivo dell'autonomia privata e non, come nelle fattispecie consuete di nullità, di clausole che realizzano interessi illeciti di entrambe le parti<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Rileva che comunque non avrebbe potuto profilarsi l'applicabilità dell'art. 1419 c.c.: S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, 1097 ss.. Sul punto anche S. MONTICELLI, *La nullità parziale del codice civile e la nullità parziale necessaria di protezione*, 25 novembre 2009, in [www.associazionecivilisti.it](http://www.associazionecivilisti.it).

<sup>90</sup> L'osservazione è di V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., pag. 86.

<sup>91</sup> Di quest'ordine di idee è G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., pag. 233 il quale osserva come la "comunanza e non eccezionalità di fondamento di un'ampia serie di ipotesi, d'altronde, dà conto della loro idoneità a fungere, quale disciplina speciale, da schema analogico per il trattamento di quante altre tra le nullità testuali o virtuali, assolvendo ad una corrispondente istanza di tutela della parità tra i contraenti, implicino un'esigenza di preminente conservazione del contratto"; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., pag., il quale ritiene debba escludersi "l'eccezionalità della nullità parziale necessaria, alla luce dell'importanza delle fattispecie in cui è prevista". V. anche M.A. LIVI, *Le nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, pag. 199 ss., la quale ritiene applicabile in via analogica la regola della parziarietà necessaria alla nullità prevista dall'art. 6, l. 192/1998, che colpisce il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura: P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, cit. p. 273

Del resto, come affermato da autorevole dottrina<sup>92</sup>, la circostanza che una norma possa essere qualificata eccezionale non osta certamente a che essa possa pure rilevare come una disposizione di tipo speciale o regolare.

Regolare, speciale e eccezionale sono attributi che derivano da un giudizio di comparazione tra due norme e che, pertanto, possono ben essere congiuntamente riferiti al medesimo enunciato, se solo mutano i termini della comparazione.

Le critiche che comunemente si muovono all'applicazione analogica sono di due tipi.

Si sostiene che non sarebbe configurabile alcuna lacuna nel caso in cui il legislatore si limiti a prescrivere la nullità di una singola clausola, tacendo sul regime di estensione della nullità. In questo caso dovrebbe trovare applicazione la regola “generale” di cui all’art. 1419, primo comma, c.c..

Il rilievo non sembra tuttavia condivisibile, poiché appare inverosimile che il silenzio del legislatore in punto di estensione della nullità della regola abusiva possa essere inteso come adesione alla disciplina generale della nullità parziale<sup>93</sup>, specie ove si consideri che le norme in questione sono collocate in legislazioni di settore disciplinate in modo affatto peculiare rispetto al codice civile, sul presupposto dell’esistenza di una strutturale disparità contrattuale<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> N. IRTI, *L'età della codificazione*, Milano, 1989, pag. 48: “anche per il binomio norma regolare – norma eccezionale ripetiamo che la qualifica, nell’un senso o nell’altro, proviene da un giudizio di comparazione. Nessuna norma in sé, è regolare o eccezionale. La scelta delle due norme, tra cui si svolge il giudizio di comparazione, è giudicata dal criterio dell’elemento comune: le note, che compongono la fattispecie della norma regolare, debbono trovarsi nella fattispecie della norma eccezionali (così, A in A+a). Alla fattispecie più complessa la norma ricollega effetti assolutamente diversi da quelli, che l’altra norma ricollega alla fattispecie semplice”.

<sup>93</sup> V. D’ADDA, *La correzione del contratto abusivo*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, 2011, p. 372. V. A. BELFIORE, *L’interpretazione della legge: l’analogia*, in *Studium iuris*, 2008, pag. 429, il quale osserva come il silenzio del legislatore quanto all’applicazione di una disciplina speciale derogatoria della regola comune non comporti di per sé assenza di lacuna.

<sup>94</sup> V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., pag. 9: “L’irrompere delle leggi speciali quali fonti sempre più rilevanti del diritto dei contratti significa decodificazione; significa erezione, ai margini di un codice in ritirata, di macrosistemi extracodicistici; significa (nella misura in cui le leggi speciali sul contratto sono leggi su singoli tipi o classi di contratti) nuova centralità dei tipi contrattuali a scapito del <<contratto in genere>>”.

Si obietta, inoltre, che le nullità di protezione non abbiano quella comunanza di *rationes* necessaria ai fini dell'applicazione analogica.

La disciplina del TUB, applicabile alle condizioni economiche e non a quelle normative, è volta a risolvere il problema della scarsa informazione, ovvero mira a proteggere la trasparenza intesa come pubblicità e chiarezza<sup>95</sup>. L'idea che spinge il legislatore ad emanare la succitata disciplina è quella che, se i soggetti che stipulano un contratto hanno poche e non chiare informazioni, allora la garanzia di equità offerta dal meccanismo della negoziazione viene meno o risulta sensibilmente ridotta. Per questo motivo il legislatore non impone in alcun modo che si giunga ad una specifica misura dello scambio o che si proceda ad un contemperamento di interessi, limitandosi ad imporre l'esistenza e la precisione di certe informazioni. Dunque le regole contenute nel TUB preparerebbero <<il terreno per una scelta di autonomia privata, nel rispetto della varietà dei contenuti e delle preferenze individuali>>, mentre, altre discipline, come il divieto di abuso di dipendenza economica<sup>96</sup>, <<impongono che il rapporto negoziale abbia uno specifico rapporto>>.<sup>97</sup>

Quanto alla disciplina del consumo, essa, pur divergendo dalla normativa del TUB nella misura in cui ammette un controllo del giudice sul contenuto della clausola<sup>98</sup>, sarebbe parimenti posta a tutela del soggetto che si presume non in grado di conoscere e comprendere la portata del contenuto contrattuale<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> Sul punto v. A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino 2002, 55

<sup>96</sup> L'art. 9 della Legge sulla Subfornitura, ad esempio, ha la finalità di proteggere l'impresa debole, non da un gap informativo, ma da una disparità di poter contrattuale.

<sup>97</sup> M.R MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 176

<sup>98</sup> È noto che gli elenchi di clausole abusive contenuti negli art. 33 e 36 del Codice del Consumo, diversamente da quello contenuto nell'art. 1341 c.c., non sono tassativi e che la vessatorietà di altre clausole dipende dalla verifica da parte del giudice di <<un significato squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto>> (art. 33 Cod. Cons.).

<sup>99</sup> Secondo G. AKERLOF, *The Market for <<Lemons>>: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84, Q.J. Econ. 488, 1970 questa scelta si spiegherebbe con la considerazione che nel mercato vi sarebbero asimmetrie informative inevitabili. Secondo l'autore, infatti, per alcuni operatori l'accesso all'informazione risulterebbe precluso. A nulla varrebbe l'uso delle tecniche tradizionali volte a perequare lo squilibrio informativo, ad esempio la redazione di prospetti, giacché per alcuni clienti, che concludono contratti *una tantum*, risulterebbe comunque troppo gravoso accedere all'informazione (nell'esempio fatto comprendere i contenuti del

L'obiezione non persuade perché la *ratio* della disciplina dei contratti del consumatore non consiste nella tutela della incompetenza del soggetto tutelato, atteso che tale finalità non emerge dagli artt. 33 e 36 Cod. Cons.<sup>100</sup>, né ad essa il legislatore accenna per escludere o limitare la tutela. La *ratio* va invece individuata – come peraltro ritiene la Suprema Corte<sup>101</sup> - nell'asimmetria di potere contrattuale, poiché la tutela è negata in caso di trattativa "effettiva" (art. 34 cod. cons.),<sup>102</sup> ovvero quando il consumatore abbia avuto la possibilità di determinare il contenuto del contratto. Non è in altri termini sufficiente che il consumatore sia consapevole della clausola vessatoria, ma è necessario che il contenuto del regolamento contrattuale sia il frutto della comune volontà delle parti e non sia unilateralmente imposto dalla parte più forte.

Inoltre, a livello di maggiore astrattezza, è comunque possibile rinvenire una identità di *ratio* tra le nullità volte a sanzionare le asimmetrie informative e quelle intese a contrastare l'asimmetria di potere contrattuale. La finalità è pur sempre quella di tutelare un contraente debole cui è stato impedito il libero

---

prospetto). Poiché, come è noto, l'asimmetria informava determina un cattivo funzionamento del mercato, il legislatore dovrebbe nei suddetti casi (in cui, come si è detto, il gap informativo risulta incolmabile) intervenire attraverso la determinazione vincolante del contenuto negoziale.

<sup>100</sup> La tutela del consumatore dall'asimmetria informativa è invece la *ratio* dell'art. 34, secondo comma, Cod. Cons., il quale esclude che la valutazione della vessatorietà possa riguardare la determinazione dell'oggetto del contratto e dell'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, <<purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile>>.

<sup>101</sup> V. in giurisprudenza: Cass. civ. Sez. VI - 3 Ordinanza, 27/11/2012, n. 21070; Cass. civ. Sez. III Ordinanza, 20/08/2010, n. 18785; Cass. civ. Sez. III Ordinanza, 20/08/2010, n. 18785; Cass. civ. Sez. III Ord., 26/09/2008, n. 24262, nella cui motivazione si legge: "Perché l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore in questione possa considerarsi preclusa, la trattativa deve non solo essersi storicamente svolta ma altresì risultare caratterizzata dai requisiti della individualità (avere cioè riguardo alle clausole o agli elementi di clausola costituenti il contenuto dell'accordo, presi in considerazione singolarmente e nel significato che assumono nel complessivo tenore del contratto); della serietà (essere svolta dalle parti mediante l'adozione di un comportamento obiettivamente idoneo a raggiungere il risultato cui è diretta); della effettività (essere stata non solo storicamente ma anche in termini sostanziali effettuata, nel rispetto della autonomia privata delle parti, riguardata non solo nel senso di libertà di concludere il contratto ma anche nel suo significato di libertà e concreta possibilità - anche - per il consumatore di determinare il contenuto del contratto)".

<sup>102</sup> V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., pag. 53. S. D'ANDREA, *Contratti standart, Contratti del consumatore e Costituzione*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, nella collana "50 anni della Corte Costituzionale", a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2006, p. 75.

esercizio della propria autonomia negoziale<sup>103</sup> e di evitare così uno squilibrio (non eventuale ma) “strutturale” tra le parti, perché legato o alla qualità soggettiva del contraente (il consumatore) o comunque a rapporti caratterizzati dal predominio di una delle parti (il cliente nei rapporti bancari e il subfornitore)<sup>104</sup>.

In conclusione, se si condividono le considerazioni che precedono, può ragionevolmente affermarsi che in tutti quei casi in cui il legislatore ha previsto la nullità delle singole clausole tacendo sul regime di estensione dell’invalidità (artt. 5, 6 e 9 l. 192/98<sup>105</sup>; artt. 34, comma 2, 36, commi 2 e 5, 67, 78, 124, 134 e 143 d.lgs. 206/05; art. 46 d.lgs. 385/93; art. 24 d.lgs. 58/98; artt. 44 e 45 d.lgs. 79/11), potranno trovare applicazione analogica le norme che dispongono la parziarietà necessaria della nullità ed in particolare l’art. 36 cod. cons., a patto che la nullità risulti finalizzata alla protezione del contraente debole.

---

<sup>103</sup>V. P. FABBIO, *L’abuso di dipendenza economica*, cit., p. 485 ritiene che “un’identità di ratio c’è e consiste evidentemente in ciò che nell’uno e nell’altro caso l’invalidità (e/o inefficacia) è intesa a proteggere un contraente debole, cui è stato impedito, per un verso o per un altro, un esercizio libero della propria autonomia”.

<sup>104</sup>G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., pag. 185. L’Autore, nel riferirsi alla disciplina del credito al consumo e del contratto bancario osserva: “La scelta legislativa di sottoporre queste due diverse tipologie di rapporti a comuni regole <<generali>> permette, allora, di attribuire rilievo formale ad un dato: la ratio unitaria che, a livello di maggior astrattezza, riassume le pur distinte e specifiche rationes della tutela del <<consumatore>> e del cliente in dati rapporti contrattuali. E tale ratio comune (che appunto giustifica, sul piano della disciplina della nullità, quelle comuni regole, speciali rispetto alla legittimazione assoluta, ma espressamente <<generali>> riguardo al gruppo di ipotesi considerate) tale dato unificante, nella diversità delle specie considerate, consiste appunto nello squilibrio non eventuale (come tipicamente avviene nella disciplina dell’annullabilità), ma strutturale, tra le parti contraenti, cui, in determinati rapporti, un criterio normativo attribuisca rilevanza formale, per l’attitudine, qui astrattamente apprezzata dal legislatore, di quell’elemento specializzante, ad alterare in radice i presupposti di esercizio dell’autonomia negoziale e le dinamiche concorrenziali”.

<sup>105</sup>V. F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 641. L’Autore ritiene che gli artt. 36 cod. cons. e 9 della legge sulla subfornitura, nella parte in cui sanzionano la nullità della clausola iniqua esprimono il principio generale per cui “non può essere consentito alla parte dotata di maggior forza contrattuale di imporre all’altra un regolamento iniquo”. Dalla accennata ispirazione al principio comune, si ricava l’implicazione che per chiarire la portata del divieto di abuso di dipendenza economica, l’applicazione delle regole dettate per i contratti del consumatore “non risulta semplicemente opportuna, ma imposta dall’esigenza che postula la coerente unitarietà dell’ordinamento”. Conseguentemente, la nullità derivante dall’abuso di dipendenza oltre che per l’intero contratto, può riguardare la singola clausola che risulti squilibrata, analogamente a quanto, appunto avviene nei contratti del consumatore per la clausola vessatoria. L’applicazione analogica dell’art. 36 cod. cons. ai contratti tra imprese, consentirebbe di affermare che, se le clausole ingiustificatamente gravose sono nulle, “il contratto rimane valido per il resto”.

### **3. L'alternativa all'applicazione analogica: la tesi della riduzione teleologica della nullità speciale.**

Per escludere l'applicabilità dell'art. 1419 c.c. ed assicurare il rispetto della *ratio* protettiva, si è teorizzata un'interpretazione funzionale ed assiologica della disciplina sulla nullità parziale, ove lo scopo sotteso alla nullità dovrebbe consentire all'interprete di individuare la disciplina applicabile al caso concreto.

La tesi della riduzione teleologica è stata elaborata per la prima volta dalla dottrina tedesca (c.d. *teleologische reduktion*) in relazione al paragrafo 139 del BGB il quale, sulla base del principio della indivisibilità del voluto, contiene una disposizione inversa a quella dell'art. 1419 c.c.<sup>106</sup>: la regola generale è quella della nullità totale, che può essere evitata solo qualora la parte interessata dimostri che il contratto sarebbe stato stipulato anche senza la parte colpita dalla nullità.

La dottrina tedesca si è interrogata come possa tale regola conciliarsi con la invalidità delle clausole abusive.

Alla tesi che ha aggirato il problema prospettando la mera inefficacia delle clausole abusive, è seguita la posizione di coloro che hanno prospettato una riduzione teleologica del paragrafo 139. Più precisamente si è sostenuto che la disposizione in questione si applica solo nel caso in cui non sia possibile rinvenire una previsione di nullità parziale necessaria, precisandosi che detta disposizione non deve essere necessariamente espressa, potendosi invece

---

<sup>106</sup> Sulla eccezionalità della parzialità della nullità: K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004, p. 450 ss. Nella dottrina interna, per una disamina della disciplina dettata dal § 139 del BGB, si veda, inoltre, G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. Il modello germanico*, cit., p. 22 ss.; ID., *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim.*, 1991, p. 1065 ss. Con particolare riferimento al giudizio di essenzialità della clausola nulla, ricostruisce le diverse posizioni invalse nella dottrina tedesca: A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., p. 248, nota 406.

desumere dal sistema. La parzialità è dunque ricavata dalla considerazione dello scopo di protezione della nullità<sup>107</sup>.

Ad analoghe conclusioni sono giunte la dottrina e la giurisprudenza francese. La mancanza di una norma paragonabile al paragrafo 139 BGB ha reso senz'altro più semplice il lavoro degli interpreti. Nell'ordinamento francese le norme di riferimento sono gli artt. 900 e 1172 del *code civil*: il primo stabilisce che si considerano come non scritte le condizioni impossibili, immorali e illecite contenute in un atto di liberalità; il secondo, invece, dispone la nullità dell'intero contratto a titolo oneroso al quale sono apposte le medesime condizioni.

La dottrina ha superato la differenza di regolamentazione per gli atti a titolo oneroso e gratuito, sostenendo che la clausola illecita determina la nullità dell'intero contratto soltanto se risulti essere la “*cause impulsive e determinante*” della volontà dei contraenti; diversamente, la clausola dovrà in ogni caso considerarsi come non scritta<sup>108</sup>.

Si ritrova, dunque, anche nell'ordinamento francese, una regola analoga a quella di cui all'art. 1419 c.c., che fa derivare la nullità dell'intero contratto dall'essenzialità della clausola invalida.

Tuttavia tale regola non ha avuto un'applicazione rigorosa, rinvenendosi più di un'eccezione in tutti quei casi in cui la soluzione della nullità totale non appare compatibile con lo scopo della nullità. D'altronde nell'ordinamento francese è consolidato il convincimento secondo il quale la nullità costituisce una sanzione prevista dall'ordinamento per la violazione di legge. La nullità

---

<sup>107</sup> Evidenzia il carattere sussidiario della disciplina generale in tema di nullità parziale, la quale soccombe sia in ipotesi tipiche di deroga, in ragione del *Gesetzeszweck* ovvero del *Sinn* della previsione di nullità: W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1975, § 32, p. 576. Con specifico riferimento alla tecnica ermeneutica della riduzione teleologica della nullità parziale: K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 377. Si osserva: “ogni qual volta la ratio della norma che prescrive la nullità esiga, per la soddisfazione degli interessi protetti, il mantenimento del contratto, non troverebbe applicazione il § 139 ed il criterio in esso enunciato, con la conseguente irrilevanza dell'intenzione dei contraenti agli effetti dell'estensione della nullità all'intero negozio” (G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 212). Per ulteriori considerazioni v. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 7 ss., nota 16.

<sup>108</sup> P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, 1969, p. 259 ss.

totale sarebbe allora un rimedio inadatto quando l'invalidità sia prevista a tutela degli interessi di uno soltanto dei contraenti. Se si ammettesse l'operatività di un giudizio ipotetico di volontà e quindi la possibilità che la nullità si propaghi all'intero contratto, la sanzione sarebbe incongruente con la *ratio* che la fonda, poiché si legittimerebbe il paradosso di favorire la parte che si intendeva sanzionare e di svantaggiare quella che si intendeva proteggere<sup>109</sup>.

Tanto nell'ordinamento tedesco quanto in quello francese<sup>110</sup>, la considerazione dello scopo della nullità diviene un criterio per escludere il giudizio ipotetico di essenzialità e per evitare un utilizzo abusivo dello strumento rimediale.

L'approccio dottrinario citato sembra riecheggiare nella dottrina e nella giurisprudenza in tema di nullità parziale dei contratti di lavoro<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> P. SIMLER, *o.l.u.c.*, il quale discorre di nullità parziale imperativa. A tal riguardo assai significativa è una sentenza della *Cour de Cassation* chiamata a decidere della validità di una clausola limitativa di responsabilità contenuta in un contratto di <<trasporto rapido>>. In forza di detta clausola il vettore limitava la propria responsabilità in caso di ritardo nella consegna del bene. Esaminata la causa del contratto di trasporto, la Corte rileva che la clausola in questione è "contraddittoria" nella misura in cui contrasta con la funzione propria del contratto, con la conseguenza che deve essere considerata come non scritta. Nella motivazione non vi è alcun riferimento alla volontà ipotetica delle parti, sicché la dottrina ha condivisibilmente osservato che la Corte ha totalmente disatteso i principi in ordine al giudizio di essenzialità della clausola nulla, a favore di una pronuncia adeguata in relazione all'interesse della parte che si intende tutelare (Cass. com., 22 ottobre 1996, in *Rev. trim. droit. civ.*, 1997, p. 418; in *Dalloz*, 1997, p. 121, note crit. A. SERIAUX; in *Deffrénois*, 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD. Sul punto anche C. LARROUMET, *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité*, in *Dalloz*, 1997, chron. 145; PH. DELEBECQUE, *Que reste-t-il du principe de validité des clauses de non-responsabilité?*, in *Dalloz affaires*, 1997, p. 235). Y. PICOD, *Nullité*, in *Rep. droit civil Dalloz*, 2010, osserva che la tecnica adoperata dai giudici della Corte di Cassazione richiama la disciplina della nullità parziale del diritto dei consumatori, «ce qui montre que le droit commun des contrats n'est pas imperméable aux droits spéciaux et qu'il existe parfois entre ces droits une sorte d'émulation».

Che lo scopo della nullità debba incidere sul giudizio di nullità parziale, risulta anche dalla giurisprudenza consolidata in tema di nullità delle clausole di indicizzazione apposte ai contratti di locazione commerciale. La necessaria parzialità della nullità di clausole è stata affermata finanche nei casi in cui le parti avevano espressamente disposto l'essenzialità della clausola ai fini del mantenimento del contratto. Prescindendo dalla volontà dichiarata dalle parti, la giurisprudenza francese ritiene che la nullità parziale non possa mai estendersi all'intero contratto qualora tale soluzione vanifichi la tutela accordata al conduttore (Cass. civ., 9 luglio 1973, in *Dalloz*, 1974, p. 24).

<sup>110</sup> Per una puntuale ricostruzione. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 209 ss.

<sup>111</sup> Sul punto, A. D'ADDA, *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in *Obbl. contr.*, 2008, 6, p. 492. L'Autore richiama espressamente l'orientamento elaborato nella letteratura tedesca sulla *teleologische Reduktion* degli effetti della nullità.

È di particolare rilievo la discussa nullità dei contratti di lavoro realizzati in violazione della previsione posta dall'art. 5, d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito con modificazioni dalla l. 19 dicembre 1984, n. 863<sup>112</sup>. La norma, abrogata con d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, imponeva alle parti di stabilire nel contratto la distribuzione dell'orario di lavoro con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno. La prevalente giurisprudenza ha ritenuto – pur in assenza di un'espressa indicazione in tal senso – la nullità della clausola con la quale si attribuisce al datore il potere di determinare e di variare unilateralmente l'orario di lavoro<sup>113</sup>.

Si era dunque posto il problema se il giudice dovesse applicare l'art. 1419 c.c., soluzione questa che sembrava obbligata in mancanza di una norma speciale che limitasse la nullità parziale alla sola parte invalida.

Tuttavia lo scopo della normativa che mirava a proteggere la parte debole del rapporto (il lavoratore), contrastava con il giudizio di essenzialità della clausola nulla di cui all'art. 1419 c.c. Venivano in considerazione, da un lato, l'interesse del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro e, dall'altro, il rischio che il datore di lavoro approfittasse della tutela prevista “in favore” del lavoratore per liberarsi dal vincolo contrattuale.

---

<sup>112</sup> Recita l'articolo: <<il contratto di lavoro a tempo parziale deve stipularsi per iscritto. In esso devono essere indicate le mansioni e la distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno>>.

<sup>113</sup> Significativa appare: Cass., Sez. lav., 22 marzo 1990, n. 2382, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1474, nella quale si osserva che il rapporto di lavoro a tempo parziale “*si distingue da quello a tempo pieno per il fatto che, in dipendenza della riduzione quantitativa della prestazione lavorativa (e, correlativamente, della retribuzione), lascia al prestatore d'opera un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità, da parte dello stesso prestatore d'opera, deve essere salvaguardata, anche all'ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente (art. 36, primo comma, della Costituzione) a realizzare un'esistenza libera e dignitosa [...]. Il carattere necessariamente bilaterale della volontà in ordine a tale riduzione nonché alla collocazione della prestazione lavorativa in un determinato orario (reputato dalle parti come il più corrispondente ai propri interessi) comporta, che ogni modifica di detto orario non possa essere attuata unilateralmente dal datore di lavoro in forza del suo potere di organizzazione dell'attività aziendale, essendo invece necessario il mutuo consenso di entrambe le parti*” (la pronuncia è richiamata adesivamente da Corte cost., 11 maggio 1992, n. 210).

Le stesse perplessità ha suscitato l'altra questione della patologia del contratto di lavoro a tempo parziale in caso di mancato rispetto della forma scritta prevista dal citato art. 5 d.l. 726 del 1984. Assunta la nullità della clausola del "part-time" per inosservanza del requisito formale, si è posto il problema dell'operatività dell'art. 1419 c.c.<sup>114</sup>

L'inadeguatezza della disciplina codicistica sulla nullità parziale rispetto alla *ratio* protettiva della norma è stata avvertita dalla Corte Costituzionale, la quale, nelle due ipotesi sopra citate, ha escluso in radice il ricorso alla normativa dettata dall'art. 1419 c.c., prospettando un'interpretazione della norma codicistica attuativa dei valori emergenti dalla disciplina laburista in esame.

Ai nostri fini è utile ripercorrere l'iter argomentativo seguito nelle pronunce del Giudice delle leggi.

Con una prima sentenza n. 210 dell'11 maggio 1992<sup>115</sup>, la Corte è stata chiamata a decidere della costituzionalità del citato art. 5 d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, <<nella parte in cui non specifica la necessità che la distribuzione dell'orario sia precisata [...] altresì nella sua collocazione temporale nell'ambito della giornata>><sup>116</sup>. La Corte ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità, perché la disposizione poteva essere interpretata nel senso di

---

<sup>114</sup> Sul punto, Cass., 3 maggio 1991, n. 4811, in *Foro it.*, 1991, I, c. 30.95, che esclusa la convertibilità legale del rapporto in uno a tempo pieno (secondo lo schema previsto per la nullità del rapporto a tempo determinato dalla l. 18 aprile 1962, n. 230), osserva come sia "evidente che in tale caso debba farsi applicazione del principio generale, per il quale la nullità di una clausola (nella specie, quella relativa all'orario di lavoro ridotto) importa la nullità dello intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità (art. 1419, primo comma, cod. civ.). E in tal modo, poiché manca una norma imperativa destinata a sostituire di diritto la clausola nulla (art. 1419, secondo comma, c.c.) [...] è evidente che viene particolarmente garantito il rispetto della volontà dei contraenti".

<sup>115</sup> Corte Cost., 11 maggio 1992, n. 210, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 277, con nota di M. BROLO, Part time; la corte costituzionale detta le istruzioni per l'uso e le sanzioni per l'abuso; in *Riv. it. dir. lav.* 1992, II, p. 731.

<sup>116</sup> Nella specie il Pretore di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 2, l. 19 dicembre 1984, n. 863, il quale prescrive la forma scritta del contratto di lavoro a tempo parziale con l'obbligo di indicare "le mansioni e la distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno". In particolare, il giudice rimettente ha rilevato l'illegittimità della disposizione "nella parte in cui non specifica la necessità che la distribuzione dell'orario sia precisata [...] altresì nella sua collocazione temporale nell'ambito della giornata".

ritenere la nullità di quelle clausole che non indicavano la collocazione temporale della prestazione lavorativa nell'arco della giornata (così realizzando il c.d. "lavoro a chiamata"). La Corte ha poi affrontato la questione se fosse applicabile l'art. 1419 c.c. e ha concluso per l'inapplicabilità della disciplina codicistica poiché *<<sarebbe palesemente irrazionale che dalla violazione di una norma imperativa regolante il contenuto del contratto di lavoro a tempo parziale e posta proprio al fine di tutelare il lavoratore contro la pattuizione di clausole vessatorie, potesse derivare la liberazione del datore di lavoro da ogni vincolo contrattuale. Se questi fossero gli effetti della normativa in esame, essa di certo non sarebbe in sintonia con la Costituzione>>*. Dunque l'art. 1419, comma 1, c.c. non sarebbe applicabile ogni qual volta *<<la nullità della clausola derivi dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore [...]. Ciò in ragione del fatto che, se la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti, nella presunzione che il testo contrattuale gli sia imposto dall'altro contraente, la nullità integrale del contratto nuocerebbe, anziché giovare, al contraente che il legislatore intende proteggere>>*.

La *<<diseguaglianza di fatto delle parti del contratto>>* e gli interessi superindividuali che nella normativa laburista trovano composizione, giustificano che l'autonomia delle parti (a tutela della quale è posta l'art. 1419 c.c.) soccomba rispetto ad esigenze preminenti di tutela. Ne deriva che non possono *<<trovare applicazione, in questo campo, quei limiti all'operatività del principio di conservazione del rapporto che sono strettamente collegati all'identificazione nel contratto della fonte primaria del regolamento negoziale>>*, perché nel diritto del lavoro *<<la violazione del modello di contratto e di rapporto imposto all'autonomia individuale dà luogo, di regola, alla conformazione reale del rapporto concreto al modello prescritto - per via di sostituzione o integrazione della disciplina pattuita con quella legale ovvero per via del disconoscimento di effetti alla sola disposizione contrattuale illegittima -*

*e non già alla riduzione del rapporto reale ad una condizione di totale o parziale irrilevanza giuridica>>.*

Pare qui risuonare, seppure in modo non espresso, la posizione invalsa nell'esperienza tedesca che ha prospettato la possibilità di operare una riduzione teleologica, in forza della quale viene esclusa l'applicazione della norma dettata in tema di nullità parziale, quando l'invalidità sia prevista a protezione della parte debole del rapporto contrattuale. Ancora una volta, dunque, sembra che la tutela del contraente protetto passi attraverso la "non" applicazione della norma codicistica in esame e, quindi, attraverso differenti meccanismi di conservazione del vincolo contrattuale.

La strada indicata dalla Corte per il caso di nullità delle pattuizioni in deroga alla disciplina "generale" del rapporto di lavoro è la conversione in un normale contratto di lavoro. La nullità determinerebbe infatti *<<la qualificazione del rapporto come normale rapporto di lavoro, in ragione dell'inefficacia della pattuizione relativa alla scelta del tipo contrattuale speciale>>.*

La prospettiva seguita dalla Corte Costituzionale ha trovato ulteriore sviluppo in una successiva pronuncia del 2005<sup>117</sup> che ha affrontato il tema, solo accennato nella precedente decisione, della sorte del contratto *part time* per il quale non sia stato rispettato il requisito della forma scritta. In questo caso l'ipotizzata nullità attiene alla clausola che riduce il tempo della prestazione lavorativa rispetto al tempo pieno.

L'esigenza di un nuovo intervento della Corte era avvertita da più parti, considerato che i giudici di merito avevano disatteso le indicazioni contenute nella pronuncia del 1992, in particolare negando la possibilità di ricorrere allo strumento della conversione legale del rapporto al fine di consentire al lavoratore

---

<sup>117</sup> Corte cost., 15 luglio 2005, n. 283, in *Giust. civ.*, 2006, 9, I, p. 1695, con nota di C. ALESSI, *La Corte costituzionale e la forma del contratto di lavoro part-time*.

il mantenimento del vincolo<sup>118</sup>. Detta conversione è infatti prevista dalla legge per la sola ipotesi del contratto a tempo determinato, circostanza questa che per la giurisprudenza impediva l'applicazione analogica alla diversa ipotesi del contratto *part time*<sup>119</sup>.

La Corte Costituzionale, dopo aver richiamato sia le argomentazioni contenute nella precedente pronuncia del 1992 sia la successiva evoluzione giurisprudenziale, osserva come <<possa pervenirsi in via interpretativa al risultato [...] di ammettere [...] la qualificazione del rapporto come normale rapporto di lavoro, in ragione dell'inefficacia della pattuizione relativa alla scelta del tipo contrattuale speciale>>. A tale risultato il Giudice delle Leggi è pervenuto applicando in modo eccentrico la disciplina ordinaria delle nullità parziale (art. 1419, primo comma, c.c.), la quale <<esprime un'esigenza di carattere generale di tendenziale conservazione del contratto ove il vizio di nullità sia circoscrivibile ad una o più clausole (come quella che prevede

---

<sup>118</sup> Cfr., per tutte, Cass., 13 aprile 2004, n. 7012, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, p. 697.

<sup>119</sup> Per una puntuale disamina dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla citata pronuncia della Corte Costituzionale del 1992: Cass., 24 agosto 2004, n. 16755, in *Mass. giust. civ.*, f. 7-8, con la quale si rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 36 cost., dell'art. 5, comma 2, d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, nella parte in cui, prevede - secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità - la nullità dell'intero contratto di lavoro a tempo parziale stipulato verbalmente. I giudici della Corte di cassazione, muovono dall'orientamento giurisprudenziale che, pur dopo la pronuncia costituzionale anzidetta, propende per la nullità assoluta del contratto di lavoro a tempo parziale stipulato verbalmente, non consentendo la carenza di una norma, che disciplini gli effetti della violazione dell'obbligo di stipulare il contratto per iscritto, l'applicazione analogica della normativa sul contratto di lavoro a tempo determinato né la sostituzione dell'orario di lavoro a tempo parziale con quella dei contratti collettivi in tema di orario normale. Rileva il giudice rimettente che “*seguendosi l'indirizzo giurisprudenziale adottato da questa Corte ed escludendosi la possibilità, suggerita dal giudice delle leggi, di un'interpretazione volta a conservare il contratto di lavoro, si verificherebbe proprio quella “situazione paradossale”, riscontrata dalla stessa Corte Costituzionale, secondo la quale una norma imperativa, posta proprio a tutela del lavoratore, nuocerebbe allo stesso anziché giovargli*”. La nullità integrale del contratto di lavoro comporterebbe esclusivamente il riconoscimento in favore del prestatore di lavoro delle retribuzioni proporzionate alle prestazioni in concreto eseguite ai sensi dell'art. 2126 c.c. Ciò porterebbe ad “*una irrazionale contraddittorietà tra la voluntas legis di tutela del lavoratore a tempo parziale ai sensi degli artt. 3 e 36 della Costituzione e la funzione pratica di tutta la normativa sul tempo parziale, venendosi lo stesso lavoratore a tempo parziale, il cui contratto sia nullo per vizio di forma, a trovarsi in una posizione di netta inferiorità e alla mercé del datore di lavoro sia nel corso del rapporto per quanto attiene al profilo retributivo, sia nella fase delicata, come nel caso di specie, del licenziamento, dove l'esigenza di tutela è particolarmente necessaria*”.

*l'orario di lavoro ridotto) e sempre che la clausola nulla non risulti avere carattere essenziale per entrambe le parti del rapporto, nel senso che, in particolare, anche il lavoratore, il quale di regola aspira ad un impiego a tempo pieno, non avrebbe stipulato il contratto se non con la clausola della riduzione di orario>><sup>120</sup>.*

In altri termini la Corte non esclude l'applicabilità dell'art. 1419 c.c., ma ne prospetta un'interpretazione diversa da quella tradizione assumendo che, in ragione dello scopo protettivo della norma, per aversi nullità dell'intero contratto la clausola invalida deve essere essenziale per entrambe le parti; sicché se non lo è anche per il lavoratore (come in effetti accade nel caso di specie, perché il prestatore d'opera ha di regola un interesse ad un impiego a tempo pieno), la nullità è circoscritta alla sola clausola invalida.

Le pronunce della Corte sono molto significative poiché, pur seguendo *iter* argomentativi diversi, muovono dalla considerazione dell'irragionevolezza dell'applicazione dell'art. 1419, primo comma, c.c.<sup>121</sup> in tutti quei casi in cui lo scopo di tutela può essere assicurato soltanto mediante la conservazione del contratto.

La nullità non sempre o, non necessariamente, assolve ad una funzione distruttiva, realizzando sovente una funzione di conformazione del vincolo negoziale<sup>122</sup>, la quale postula il mantenimento del regolamento contrattuale corretto ad opera della nullità<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Così, in particolare, nei rapporti di lavoro non potrebbero trovare spazio «quei limiti all'operatività del principio di conservazione del rapporto che sono strettamente collegati all'identificazione nel contratto della fonte primaria del regolamento negoziale, come si verifica nell'ambito della disciplina comune dei contratti» (Corte cost., 11 maggio 1992, n. 210, cit.).

<sup>121</sup> Sul punto: M. BROLLO, *Part time: la corte costituzionale detta le istruzioni per l'uso e le sanzioni per l'abuso*, cit., p. 277; R. ICHINO, *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte costituzionale*, cit., p. 731; C. ALESSI, *La Corte costituzionale e la forma del contratto di lavoro part-time*, cit., p. 1695. In termini generali sulla nullità dei contratti di lavoro: M.C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008, p. 47 ss., ivi altresì il commento alle citate pronunce della Corte costituzionale; F. LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in A. BELLAVISTA e A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, pp. 219 ss., 227 ss.

<sup>122</sup> Sul rapporto tra nullità e equilibrio contrattuale: S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 208 ss.; V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e*

Diverse sono le esigenze sottese alla nullità codicistica e quella speciale.

Il giudizio di nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c. rappresenta un punto d'equilibrio tra istanze di conservazione del contratto e di salvaguardia della volontà delle parti. Il contratto privato di una sua parte può essere mantenuto ove si possa oggettivamente stabilire che il contratto, senza la sua parte viziata, è comunque conforme all'assetto di interessi che le parti intendevano realizzare. Il principio di conservazione prevarrà soltanto se sia preservata l'autonomia delle parti stipulanti. Così intesa, la previsione in esame pare confacente all'impostazione dogmatica tesa a esaltare il ruolo dell'autonomia privata, sì da limitare l'ingerenza sul regolamento contrattuale.

Se, invece, la nullità rappresenta uno strumento di protezione di una delle parti del rapporto contrattuale contro l'abusivo esercizio del potere negoziale della controparte, la conservazione del vincolo, da esigenza di carattere generale espressa dal principio *utile per inutile non vitiatur*, diviene tecnica di tutela del contraente protetto. L'organo giudicante non dovrà chiedersi se il mantenimento del vincolo sia compatibile con l'originario assetto di interessi dei privati, ma piuttosto se la conservazione sia corollario dell'effettiva attuazione della tutela accordata. Dunque il principio di conservazione “*si prospetta come relativo non al voluto o all'effetto negoziale, ma al risultato da raggiungere, al valore da realizzare*”<sup>124</sup>.

---

inefficacia, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 856 s.; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, *ivi*, 2005, I, p. 474 ss.; ID., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, *cit.*, p. 500; A. GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, *cit.*, p. 38 s.

<sup>123</sup> Senza dubbio la parzialità della nullità pare funzionale a garantire al contraente debole la conservazione del vincolo al quale questi potrebbe verosimilmente avere interesse. Sicché posto dinanzi all'eventuale scelta tra la conservazione del vincolo squilibrato e la caducazione dell'intero contratto potrebbe, di fatto, preferire la prima soluzione, così vanificando gli scopi sottesi alla normativa di protezione (sul punto, si vedano le considerazioni svolte da S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, *cit.*, p. 190, il quale osserva “*allorché la patologia risponda ad una logica di protezione, la rimozione integrale del negozio contrasta con l'interesse del contraente debole ad ottenere, sia pure a condizioni eque, la soddisfazione del bisogno che lo ha indotto a stipulare*”. Conformi le posizioni espresse da V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 32 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, *cit.*, p. 202).

<sup>124</sup> P. PERLINGIERI, *Riflessioni sul diritto contrattuale europeo tra fonti e tecniche legislative*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 487. In tal senso

### 3.1 *Segue: critica*

La tesi della riduzione teleologica, se conduce ad esiti sicuramente apprezzabili escludendo il criterio volontaristico di cui all'art. 1419 c.c. allorché la nullità abbia una funzione protettiva, non sembra tuttavia trovare riconoscimento giuridico nel nostro ordinamento.

La *ratio* della norma, infatti, non consente di per sé di ricavare la disciplina sull'estensione dell'invalidità, potendo semmai giustificare l'applicazione analogica di norme che contemplano la nullità parziale necessaria ispirate alla medesima finalità. Né l'art. 1419 c.c. può essere diversamente interpretato a seconda del caso concreto da decidere.

In realtà l'*iter* logico cui conduce la tesi della c.d. riduzione teleologica appare identica a quella del procedimento analogico: in considerazione della finalità protettiva della nullità, viene data applicazione ad una regola (la nullità parziale necessaria) che è contemplata da altre disposizioni del nostro ordinamento, ispirate alla medesima finalità di riequilibrare il contratto frutto dell'abuso del potere contrattuale della parte forte. L'operazione logica dell'interprete è dunque quella "propria" dell'analogia (art. 12 disp. prel. cod. civ.), che consiste nell'attribuzione *<<ad un caso o una materia che non trovano una regolamentazione espressa nell'ordinamento giuridico, la stessa disciplina prevista dal legislatore per un caso o per una materia simili>>*<sup>125</sup>.

In conclusione, non appare possibile mutuare da altri ordinamenti istituti che non trovano fondamento normativo nel nostro sistema giuridico, né tale sforzo ermeneutico appare necessario, risultando percorribile la strada

---

anche S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 195, il quale precisa che "la tutela riservata al contraente debole contro gli abusi del predisponente, avverando [...] un limite all'autonomia privata, prevale comunque sull'esigenza di rispetto dell'intento negoziale che, secondo tradizione, informa la ratio della disciplina della nullità parziale". Sul punto v. anche M. PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss.

<sup>125</sup> N. BOBBIO, *Analogia*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino, 1957, pagg. 601 ss.

dell'analogia<sup>126</sup>. Si è detto, infatti, che l'esistenza di numerose previsioni di nullità parziale tese al riequilibrio del contratto mediante la salvezza del regolamento residuo (e non, come nelle fattispecie tradizionali di nullità, di patti che realizzano interessi illeciti di entrambe le parti), ben possono giustificare il ricorso all'analogia.

#### **4. Nullità virtuale di protezione.**

Verificata la possibilità di applicare in via analogica le norme che prevedono la nullità parziale necessaria, occorre chiedersi se possa configurarsi una nullità di protezione virtuale, ove il legislatore si limiti a vietare un patto, senza nulla dire in ordine alle sue conseguenze.

Per rispondere al quesito è necessario chiedersi se le nullità per abusiva iniquità possano essere ricondotte alla categoria della nullità per contrarietà a norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.)<sup>127</sup>.

È opportuno premettere, con riferimento all'art. 1418 c.c., che gli ambiti di applicazione del primo e del terzo comma spesso interferiscono, atteso che un contratto colpito da nullità testuale è spesso anche nullo per contrarietà alle

---

<sup>126</sup> L'obiezione che più spesso si muove all'applicazione analogica della nullità parziale necessaria è che nel nostro ordinamento non esiste un solo modello di nullità speciale ma più paradigmi ai quali non può attribuirsi <<dignità concettuale e disciplina organica>>. A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I contr.*, 1/2003, p. 201. V. anche G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Cedam, 2009, p. 117 il quale osserva che all'interno della nullità di protezione sono annoverate ipotesi di invalidità testualmente relative (art. 127, comma 2 D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 685); di nullità assoluta (art. 79, L. 27 luglio 1978 – art. 36, comma 3 cod. cons.); di nullità relativa espressamente rilevabili d'ufficio (art. 134 cod. cons.); di nullità relative non espressamente rilevabili d'ufficio (art. 2 D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122); di nullità rilevabili d'ufficio alle quali non si accompagna l'espressa indicazione dei soggetti legittimati a farla valere (art. 7 D. Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231).

A queste obiezioni si è già data risposta nel secondo paragrafo di questo capitolo.

<sup>127</sup> Non appare condivisibile il rilievo di U.A. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, 298 ss., il quale è scettico sulla possibilità di ricondurre la nullità parziale all'ambito operativo dell'art. 1418, comma 1, c.c. perché la norma farebbe riferimento al contratto nella sua interezza. L'Autore, comunque, ritiene che l'art. 1418 potrebbe applicarsi in via analogica anche alla clausola.

norme imperative<sup>128</sup>. Di conseguenza la circostanza che le nullità in esame siano testualmente comminate, essendo così inquadrate nella previsione del terzo comma, non risolve il problema se esse possano o meno essere considerate imperative.

È opinione condivisa in dottrina<sup>129</sup> che la fattispecie di cui all'art. 1418, comma 1, c.c. (*"Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente"*)<sup>130</sup> è costituita da tre elementi: l'imperatività del comando o divieto<sup>131</sup>, la direzione di quest'ultimo verso un determinato contenuto (o una certa forma o causa) del contratto e, infine, la mancanza di indicazioni normative che inducono a ritenere che la sanzione sia diversa dalla nullità.

Quanto al primo profilo, è noto che il carattere imperativo del divieto è

---

<sup>128</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, 2 ed., cit., 741.

<sup>129</sup> G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi* - nota a Cass., sez. un., 19 dicembre 2007 n. 26724, in *Giust. civ.*, 2008, 5, 1189 ss. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, 1993. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, 2003; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 436 ss.

<sup>130</sup> La formulazione della norma è molto simile a quella del § 134 BGB, secondo cui *"un negozio giuridico che viola un divieto stabilito dalla legge è nullo se dalla legge non risulta altrimenti"*: v. *Bürgerliches Gesetzbuch*, trad. a cura di Patti, cit., 68. Tuttavia, rispetto all'art. 1418, comma 1, c.c., emergono alcune differenze: in primo luogo, non viene fatto alcun cenno al carattere imperativo della norma violata; inoltre, si fa espresso riferimento al "divieto", che non riferibile alle le norme precettive.

<sup>131</sup> Si distingue tra norme imperative positive (o precettive) e norme imperative negative (o proibitive) a seconda che si tratti di comando o divieto,: N. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, 1957, 331; M. C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, cit., 12; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano 1967, 166. La classificazione si ritrova anche nella giurisprudenza: v., *ex multis*, Cass. 24 aprile 1965, n. 719, in *Giust. civ.*, 1965, I, 2293. La Suprema Corte ha talora affermato che l'art. 1418, comma 1, c.c. farebbe esclusivo riferimento alle norme imperative proibitive: v. Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610, secondo cui *"la disposizione dell'art. 1337 c.c. che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto ... è norma meramente precettiva o imperativa positiva, dettata a tutela ed a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può, perciò, essere inclusa tra le norme imperative, aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal primo comma dell'art. 1418 c.c., la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata"*. La posizione è criticata da F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu – Messineo – Mengoni e continuato da Schlesinger, 2 ed., 2002, 244, il quale peraltro individua un'ulteriore *species* nelle c.d. "norme imperative ordinarie" o di configurazione, e cioè in quelle norme che disciplinano la struttura degli istituti (ad es.: le norme sugli oneri di forma in materia negoziale). In senso critico rispetto alla distinzione tra norme imperative positive e norme imperative proibitive, si leggano le considerazioni di U PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, 261 ss..

oggetto di un ampio dibattito ad oggi ancora non sopito.

Secondo l'insegnamento costante della Suprema Corte, la norma è imperativa quando, oltre ad essere inderogabile dai privati, è diretta a tutelare un interesse generale dell'ordinamento<sup>132</sup>, fermo restando che l'imperatività non è esclusa dall'eventuale "concomitante" protezione di interessi individuali<sup>133</sup>.

L'orientamento maggioritario della dottrina, al contrario, qualifica imperativa qualsiasi norma che tuteli determinati interessi (generalisti, diffusi o individuali che siano) in via indisponibile<sup>134</sup>. Il carattere imperativo di una norma non si desume dal carattere generale dell'interesse tutelato, ma dalla modalità cogente con cui la tutela è apprestata dall'ordinamento. Dette modalità vanno accertate sulla base di indici quali la rilevanza penale del divieto o la rilevanza d'ufficio del vizio, oppure possono essere ricavate sulla base di elementi costitutivi della fattispecie o dalla *ratio* della previsione, quando la

---

<sup>132</sup> Si veda Cass. 6 aprile 2001, n. 5114, in *Corr. giur.*, 2001, 1062 ss., con nota di V. MARICONDA, *Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di swap*, in *Giur. it.*, 2001, 2083. La Suprema Corte ha utilizzato spesso questo criterio per decidere sulla sorte del contratto di *swap*, stipulato con un intermediario finanziario non iscritto nel relativo albo professionale, desumendo il carattere imperativo della norma violata dalle finalità generali che la stessa persegue, perché opera non solo nell'interesse dei risparmiatori *uti singuli*, ma anzitutto a salvaguardia dell'intero mercato dei valori mobiliari e, di riflesso, nell'interesse della stessa economia nazionale. Utilizzando lo stesso criterio, Cass. 27 novembre 1975, n. 3974, in *Foro it.*, 1976, I, 309, ha ritenuto nulla la vendita di un macchinario privo dei prescritti dispositivi antinfortunistici riconoscendo carattere imperativo alla norma che ne vieta l'alienazione, in quanto tale norma è posta a tutela di interessi generali, quali la salute pubblica e la sicurezza sul lavoro, che coinvolgono anche soggetti diversi dall'acquirente. Analogamente Cass., SS.UU., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, 1081, ha accertato la nullità della cessione in proprietà di un alloggio di edilizia economica e popolare effettuata in violazione dei criteri legali di determinazione del prezzo, sottolineando che le norme in questione sono dettate in funzione di esigenze di pubblica utilità e non nell'interesse dell'assegnatario o dell'ente cedente. Per una recente e convinta adesione della dottrina al criterio in questione, si veda D. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 585.

<sup>133</sup> P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 19 ed., 2011, 200: "La norma imperativa limita l'autonomia del privato per realizzare interessi generali, e talvolta anche per proteggerlo". È certamente da escludere, cioè, che la norma, perché di protezione, non possa più reputarsi imperativa: G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 122.

<sup>134</sup> G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., 220; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, 59; R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 913 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., *passim*. Secondo questi autori l'art. 1418, comma 1, c.c. prescinde dal tipo di interesse che la norma intende garantire, purché l'interesse coinvolto sia indisponibile, nel senso che la sua salvaguardia non è subordinata all'iniziativa del contraente protetto.

derogabilità appaia del tutto incompatibile con gli scopi del divieto<sup>135</sup>.

La seconda tesi sembra da preferire poiché di sicuro, comminando la nullità dei patti connotati da squilibri e abusi in danno del contraente debole, si finisce col proteggere una delle parti, ponendo il rimedio al servizio di un interesse individuale<sup>136</sup> e non generale. Ciò comporterebbe, a detta di molti, un utilizzo “speciale” della categoria: alla nullità come sanzione per entrambi i contraenti, il cui comune obiettivo si ponga in contrasto con l’interesse generale, si affiancherebbe questa diversa *species* di nullità, rivolta a sanzionare una delle parti al fine di proteggere l’altra<sup>137</sup>; e la particolare disciplina di quest’ultima *species* di nullità, soprattutto in punto di legittimazione a farla valere (riservata al contraente debole), sarebbe il coerente precipitato della dimensione individuale degli interessi tutelati. Del resto anche nel codice civile la nullità ha in alcuni casi la funzione di tutelare un interesse particolare. L’esempio più ricorrente è la nullità degli interessi usurari, volte a proteggere il mutuatario (art. 1815 c.c.).

Quanto poi alla direzione del divieto (o comando), la Suprema Corte ha recentemente ribadito che *“la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie*

---

<sup>135</sup> A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 55. In senso analogo G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 134 ss., per il quale la norma deve ritenersi imperativa qualora, pur limitandosi il legislatore a vietare determinati patti senza aggiungere altro, e anche in assenza di indici espressi di inderogabilità, la derogabilità appaia del tutto incompatibile con gli scopi del divieto.

<sup>136</sup> Si vedano sul punto le osservazioni di S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 2, p. 175, il quale, premesso che tutte le nullità protettive perseguono anche interessi di matrice pubblicistica (nel senso della tutela del mercato e della concorrenza), rileva che in esse il divisato interesse pubblico risulta in <<posizione subordinata rispetto alla finalità di tutela in concreto dell’interesse del soggetto destinatario della protezione>>.

<sup>137</sup> G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 3, p. 1332 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., *passim*; Secondo M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, p. 68, “*La legislazione recente (specie di matrice comunitaria), con le nullità speciali o nuove ... rende sempre più problematica la tradizionale distinzione che vede la nullità come reazione alla violazione di interessi generali e l’annullabilità, invece, come sanzione a presidio di interessi particolari*”.

negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto<sup>138</sup>”. A questo proposito, la nullità di protezione investe proprio il contenuto<sup>139</sup> dei patti abusivamente iniqui<sup>140</sup>.

Infine, il requisito dell’inesistenza di indicazioni normative diverse quanto alla sanzione, è diversamente inteso a seconda del significato attribuito all’inciso “salvo che la legge disponga diversamente”.

Secondo un orientamento tradizionale, il rinvio è alle ipotesi in cui la legge espressamente esclude la sanzione della nullità<sup>141</sup>.

Secondo altri, invece, il legislatore intende riferirsi a tutti i casi in cui, dalla *ratio* della norma imperativa, e anche in mancanza di specifiche indicazioni da parte di questa, debba desumersi che le conseguenze della sua violazione sono altre<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. civ.*, 2008, 5, p. 1189 ss., con nota di G. NAPPI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 432 ss., con nota di U. SALANITRO; in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con commento di V. MARICONDA; in *Danno e resp.*, 2008, p. 525 ss., con nota di V. ROPPO. La sentenza riprende l’affermazione di Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., con nota di ROPPO e AFFERNI.

<sup>139</sup> L’equilibrio delle pattuizioni, pur non essendo direttamente connesso al profilo causale, costituisce certamente un elemento che concorre a determinare il contenuto del contratto.

<sup>140</sup> È perciò criticabile, o quantomeno impreciso, l’assunto contenuto in Cass., ord. 16 febbraio 2007, n. 3863 e ripreso dalla menzionata Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, secondo cui, proprio in ragione delle nullità che stiamo analizzando, si starebbe verificando “un tendenziale inserimento, in sede normativa, del comportamento contrattuale delle parti tra i requisiti di validità del contratto”, per cui “nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea) la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe sbiadendo”. Si è visto, infatti, che il comportamento dei contraenti rileva, nelle norme in questione, solo se ed in quanto abbia determinato la pattuizione di contenuti negoziali squilibrati. Non si vuole con ciò negare l’interferenza che sta venendo a determinarsi, nella legislazione speciale, tra regole di comportamento e giudizio di validità del contratto. Si intende, piuttosto, tenere ben distinta la nullità dei patti iniqui e abusivi dalle nullità, interamente comportamentali, contemplate in norme piuttosto singolari e isolate: v., ad es., l’art. 67-*septesdecies*, comma 4, del d.lgs. 206/05, che recepisce il testo dell’art. 16, comma 4, del d.lgs. 190/05.

<sup>141</sup> A. FEDELE, *Della nullità del contratto*, in *Comm. D’Amelio – Finzi*, 1948, (sub art. 1418 c.c.) p. 653 ss.; G. BONILINI, *L’invalidità del contratto*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Bessone, 2001, p. 737; e, più di recente, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative nullità del contratto*, cit., p. 96 ss. e p. 113 ss.

<sup>142</sup> G. GITTI, *Il contratto in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 797; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 149; M. MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, p. 69; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 436 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 43. Secondo questi Autori, l’inciso consentirebbe all’interprete di decidere, sulla base della *ratio* del divieto, quali conseguenze si producono in caso violazione dello stesso. La legge, cioè, potrebbe “disporre diversamente” per il tramite della

Quale che sia l'interpretazione che si intenda preferire<sup>143</sup>, non può escludersi che le invalidità dei patti iniqui e abusivi siano riconducibili al primo comma dell'art. 1418 c.c., poiché quando ad essere disapprovato è il contenuto negoziale per l'abuso di una delle parti, sia la mancanza di una previsione espressa che escluda la nullità, sia la *ratio* protettiva - che si realizza attraverso una conformazione del contratto attraverso l'obliterazione della clausola abusiva - depongono in favore della nullità. Pertanto, quand'anche si accettasse l'assunto per cui *"la legge dispone diversamente"* quando il suo scopo è incompatibile con la sanzione della nullità, dovrebbe constatarsi che lo scopo di protezione del contraente debole non determina una tale incompatibilità, come dimostrano le sempre più numerose disposizioni che comminano la nullità proprio a scopo di protezione.

Le fattispecie che stiamo analizzando, pertanto, rientrano tra le nullità per contrarietà a norma imperativa<sup>144</sup>.

Né appare persuasiva la diversa tesi di chi, rilevando che nelle fattispecie in questione verrebbe in rilievo non la violazione di una norma imperativa ma la deroga abusiva a norme dispositive, vi ravvisa un'autonoma *species* di nullità *"per contrasto con l'ordine pubblico economico di protezione"*<sup>145</sup> o *"per abuso*

---

propria *ratio*; il che equivale ad interpretare la norma, un po' forzatamente, come se dicesse che *"il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che dalla ratio della norma imperativa violata debba desumersi che le conseguenze sono altre"*. L'orientamento ha una tradizione risalente nell'esperienza tedesca, dove tuttavia la differente formulazione dell'inciso (*"se dalla legge non risulta diversamente"*) lascia maggiori spazi ad una simile interpretazione.

<sup>143</sup> La giurisprudenza alterna, più o meno intenzionalmente, le due letture, valutando gli scopi della norma talora per verificare l'imperatività del divieto (v. Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427, in *Contratti*, 2004, 997), e altre volte per ritenere o meno integrata l'eccezione (Cass. 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2109).

<sup>144</sup> Il ragionamento può essere generalizzato a tutte le nullità di protezione, con l'unica eccezione delle fattispecie interamente comportamentali.

<sup>145</sup> D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 625 ss.. L'A. sostiene che non si farebbe questione della normale nullità per illiceità perché, tra l'altro, l'invalidità di protezione non coinvolgerebbe causa e oggetto del contratto, né la posizione di entrambe le parti. Tuttavia l'assunto, se appare condivisibile nella parte in cui sottolinea l'estraneità al profilo causale, non è accettabile nella sua interezza: da un lato, anche la nullità *"tradizionale"* ex art. 1418, comma 1, c.c. coinvolge talora patti estranei all'oggetto e alla causa; dall'altro, la nullità di protezione inerisce talvolta proprio all'oggetto del contratto, sia pure *pro quota* e *sub specie* di nullità quantitativa (v. l'art. 34 comma 2 del d.lgs. 206/05, o l'art. 117 comma 6 del d.lgs. 385/93; nonché l'art. 9 della l. 192/98).

(o anomalo funzionamento) dell'autonomia negoziale"<sup>146</sup>, in cui il contrasto con la legge non è determinabile *a priori* né verificabile mediante la sola indagine del contenuto negoziale<sup>147</sup>. Se è vero, infatti, che ad essere sanzionate sono le modalità abusive e/o i contenuti eccessivamente squilibrati di una deroga altrimenti possibile a regole legali dispositive<sup>148</sup>, è tuttavia una norma imperativa a tracciare i confini oltre i quali la deroga è disapprovata. Pertanto le formule evocate, che pure appaiono di notevole pregio sul piano descrittivo, non sembrano possedere una valenza classificatoria, limitandosi a focalizzare, rispettivamente, la causa della nullità e l'essenza della condotta posta in essere dal contraente forte.

Le considerazioni sinora svolte consentono dunque di affermare che non esiste alcun impedimento alla configurabilità di nullità virtuali con riferimento ai patti iniqui e abusivi, purché la disapprovazione normativa investa direttamente la regola negoziale.

La giurisprudenza, d'altronde, nell'occuparsi della più ampia tematica delle nullità virtuali di protezione<sup>149</sup>, ne ha escluso la prospettabilità non già in via assoluta ma solo con riguardo ai casi in cui il contrasto con la norma imperativa non attiene "*ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi*

---

<sup>146</sup> F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., p. 673 ss.; ID., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. crit. dir. civ.*, 2007, p. 706 ss.; G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Lecture sull'autonomia privata*, 2005, 239 ss.; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., 625 ss.

<sup>147</sup> Il carattere *a posteriori* della verifica sull'invalidità dei patti iniqui e abusivi non pare di per sé sufficiente a collocare le nullità di protezione al di fuori delle tradizionali nullità per illiceità, visto che si tratta di un aspetto inerente alle modalità di un accertamento che ha pur sempre ad oggetto il contrasto tra la regola negoziale e la norma imperativa.

<sup>148</sup> Ad essere disapprovato è l'eccessivo e abusivo allontanamento da una disciplina dispositiva, derogabile entro certi limiti: A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 144 ss.

<sup>149</sup> Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.; Cass., ord. 16 febbraio 2007, n. 3863, cit.; Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, cit.. Le sentenze in questione si sono occupate di definire quali siano le conseguenze, anche in relazione all'eventuale invalidità dei contratti di investimento conclusi a valle, della violazione degli obblighi di informazione che l'art. 21 del d.lgs. 58/98, ricalcando l'abrogato art. 1 della l. 1/91, pone a carico degli intermediari finanziari nei confronti del cliente. Esse hanno avuto modo di ribadire, in particolare, la perdurante vigenza del principio generale di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità.

alla struttura o al contenuto del contratto”<sup>150</sup>. Ancora una volta, dunque, ad essere decisivi sono i rapporti tra norma e contenuto negoziale<sup>151</sup>: alla violazione di norme imperative segue la nullità solo quando la sopravvivenza del contratto si porrebbe in conflitto con lo scopo di protezione<sup>152</sup>.

Sono queste le ragioni per cui, secondo un condivisibile orientamento, l’interprete dovrebbe, per il tramite dell’art. 1418, comma 1, c.c., qualificare come nullo il patto iniquo e abusivo anche nelle ipotesi in cui manchi una comminazione testuale di nullità da parte del legislatore (v. ad es. l’art. 3 l. 287/90; o l’art. 1746, comma 3, c.c.)<sup>153</sup> e persino nel caso in cui la norma faccia espresso riferimento all’inefficacia (art. 1341, comma 2, c.c.)<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> È il caso, appunto, della violazione degli obblighi di informazione.

<sup>151</sup> Viene in rilievo, a questo proposito, la distinzione tra “reato contratto” e “reato in contratto”. Sono significative, sul punto, le pronunce inerenti ai contratti conclusi per effetto degli artifici o raggiri posti in essere da una delle parti e integranti il reato di truffa: in questo caso la sanzione è diversa dalla nullità non già perché non sussiste la violazione di una norma imperativa, a protezione di interessi indisponibili (tale è, certamente, la norma incriminatrice), né perché ricorre l’eccezione di cui all’inciso “*salvo che la legge disponga diversamente*”, ma per la mancanza di una diretta confliggenza tra il contenuto negoziale e il divieto imperativo (v., *ex multis*, Cass. 10 dicembre 1986, n. 7322, in *Corr. giur.*, 1987, p. 208 ss., con commento di V. MARICONDA; e, da ultimo Cass. pen., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654, in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, p. 4544, con nota di L. PISTORELLI). Sotto questo profilo, è giustamente oggetto di critica la diversa soluzione giurisprudenziale spesso adottata dalla Cassazione in tema di circonvenzione di incapaci: Cass. 29 ottobre 1994, n. 7322, in *Corr. giur.*, 1995, p. 217 ss.; Cass. 7 febbraio 2008, n. 2860, cit.; Cass. pen. 23 aprile 2008, n. 27412, in *Guida al dir.*, 2008, 38, 103 ss.; Cass. pen. 16 maggio 2008, n. 19665, in *Cass. pen.*, 2009, 2908; e, in dottrina, M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, 2000, p. 21 ss.; V. MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*, nota a Cass. 29 ottobre 1994 n. 9848, in *Corr. giur.*, 1995, p. 217 ss.

<sup>152</sup> G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 1336.

<sup>153</sup> Con particolare riferimento ai patti che integrano l’abuso di posizione dominante, si veda V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 503; nonché M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, p. 187 ss.. Un problema simile si è posto, al di fuori dello specifico campo dei patti iniqui e abusivi ma pur sempre nell’ambito delle norme di protezione, con riguardo ai contratti stipulati dal soggetto non qualificato: nel senso della nullità v. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 204; e A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 144 ss.; in giurisprudenza v. Cass. 6 aprile 2001, n. 5114, cit.; *contra*, anche in considerazione della diversa sanzione comminata dall’art. 2231 c.c., ossia la perdita, da parte del non iscritto all’albo o elenco, del diritto al pagamento della retribuzione, V. MARICONDA, *Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di swap*, cit., p. 1070.

<sup>154</sup> Alle argomentazioni già menzionate *supra*, in nota 284, può ora aggiungersi che l’espressa previsione dell’inefficacia, a tutt’oggi presente nell’art. 1341, comma 2, c.c. e fino a pochi anni fa contenuta anche nell’art. 1469-*quinquies* c.c., solo apparentemente integra la diversa indicazione di legge richiamata dall’inciso finale dell’art. 1418, comma 1, c.c.: la comminazione dell’inefficacia, non essendo incompatibile con quella di nullità, non ha in sé la forza per integrare l’eccezione cui quell’inciso fa riferimento.

## **5. Legittimazione relativa e rilievo d'ufficio: un'apparente contraddizione.**

Si è detto nel precedente paragrafo che la nullità di protezione tutela in via indisponibile (e prevalente) un interesse particolare del contraente debole.

La conclusione è coerente con la previsione di una legittimazione relativa riconosciuta esclusivamente in capo alla parte debole, che peraltro appare del tutto superflua in caso di nullità parziale necessaria, poiché la parte forte non potrebbe avere alcuna utilità dall'accertamento dell'invalidità della clausola a lui favorevole, essendo escluso il giudizio di essenzialità di cui art. 1419, primo comma c.c.

Resta tuttavia da comprendere come la legittimazione relativa possa essere coordinata con la previsione della rilevabilità d'ufficio, perché se si ritiene che la nullità di protezione è finalizzata a tutelare esclusivamente (o prevalentemente) interessi di una determinata parte contrattuale, l'ingerenza del giudice rischierebbe di sacrificare proprio quell'interesse tutelato<sup>155</sup>.

Si tratta allora di capire se la scelta legislativa di combinare le due regole sia o meno coerente con la finalità del rimedio.

La prospettata incompatibilità tra i due rimedi è in realtà smentita dalla finalità di protezione che va ascritta all'intervento del giudice e dal *modus operandi* del rilievo d'ufficio.

Con riguardo al primo profilo si osserva che il rilievo d'ufficio è volto a garantire l'effettività della tutela accordata, sul presupposto che alla debolezza

---

<sup>155</sup> G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 189. In tal senso anche F. GUARRACINO, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997, p. 638, secondo il quale assumere la possibile coesistenza della rilevabilità d'ufficio e della legittimazione relativa condurrebbe a fornire «una lettura restrittiva, e parzialmente abrogante, di una delle due disposizioni». Sul punto anche R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1143 ss., spec. p. 1163 s.

sostanziale corrisponda una debolezza processuale<sup>156</sup>. La parte debole, in altri termini, potrebbe non essere in grado di difendersi (rimanendo contumace) oppure potrebbe subire gli effetti di una difesa inadeguata<sup>157</sup>.

In giurisprudenza il *leading case* è rappresentato sentenza della Corte di Giustizia del 26 giugno 2000<sup>158</sup>, la quale ha affermato che gli Stati membri sono obbligati a garantire una tutela effettiva dei contraenti deboli (nella specie il consumatore), che <<può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha la facoltà di valutare d'ufficio>> il carattere abusivo di una clausola, in quanto la disuguaglianza di forza negoziale si riflette sul piano processuale e <<può essere riequilibrata solo grazie ad un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale>>.

Se l'intervento giudiziale fosse subordinato alla condotta processuale del contraente protetto, la finalità di protezione sarebbe vanificata. La parte debole, infatti, <<potrebbe non invocare il carattere abusivo della clausola per ignoranza, ovvero perché ritiene troppo oneroso difendersi in giudizio [...]. In tutti questi casi, [...] la clausola, pur manifestamente pregiudizievole nei confronti della parte debole del contratto, raggiungerebbe il suo scopo>>.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Proprio la probabile debolezza difensiva del contraente protetto induce parte della dottrina, non soltanto a ritenere logicamente compatibili relatività dell'azione e rilevanza d'ufficio, ma anche a prospettare, in virtù del richiamo all'ordine pubblico di protezione, il potere-dovere del giudice di rilevare la nullità ogni qual volta vi sia una legittimazione riservata, di là dall'espresso riconoscimento di tale potere. In tal senso, G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, cit., p. 608, la quale affronta il tema con riferimento alla rilevanza d'ufficio della nullità di un contratto di credito al consumo (antecedente alla riforma e, quindi, a fronte di una normativa che nulla disponeva in ordine alla rilevanza d'ufficio della nullità ivi prescritta).

<sup>157</sup> V. I. PRISCO, *Le nullità di protezione, indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012, p. 129 ss.: “se la declaratoria di nullità dipendesse dal fatto che la parte legittimata la chieda in via d'azione o di eccezione, si profilerebbero rischi di ineffettività della tutela”.

<sup>158</sup> Corte giust., 4 giugno 2009, C. 243/08, cit., e. 489. L'evoluzione giurisprudenziale della Corte è puntualmente ricostruita da: P. MENGOZZI, *L'ordine pubblico comunitario e l'applicazione di disposizioni CE a tutela dei consumatori*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, 2, p. 758 ss. Cfr., altresì, L. DANIELE, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in A.M. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, p. 361 ss.

<sup>159</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale del 16 dicembre 1999 (c. riunite 240/98-244/98, cit.). Sul rapporto tra poteri del giudice ed effettività della tutela si vedano le considerazioni di G. BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir.*

La regola del rilievo d'ufficio rispecchia la funzione caratterizzante la nullità di protezione<sup>160</sup>, in quanto attribuisce il potere-dovere del giudice di intervenire *ex officio* e, al contempo, ne modula l'esercizio rispetto all'interesse tutelato<sup>161</sup>. Il giudice, rilevata la nullità di una clausola (o dell'intero contratto), deve valutare l'adeguatezza del rimedio rispetto agli interessi tutelati dalla norma imperativa<sup>162</sup>.

---

*priv.*, 2004, p. 899 ss.; S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida*, in *Persona e Mercato*, 2010, p. 26. La questione del potenziamento dei poteri del giudice in funzione della effettività della tutela è stata affrontata con riguardo al tema degli obblighi di protezione nella contrattazione di impresa da F. LONGOBUCCO, *Obblighi di protezione e regole di concorrenza nella contrattazione di (e tra) impresa(e)*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 51 ss.

Nelle più recenti pronunce l'argomentazione della Corte trova ulteriore fondamento nel riconoscimento alle disposizioni a tutela del contraente debole del rango di norme di ordine pubblico. In particolare la direttiva n. 13 del 1993 sarebbe sovrapponibile, quanto alla portata imperativa, alle disposizioni nazionali alle quali è attribuita detta qualifica.

Inoltre la tutela del consumatore assurgerebbe a canone di *ordine pubblico* che non avrebbe la mera funzione di limitare l'autonomia negoziale, traducendosi piuttosto in interventi positivi di direzione del mercato e di protezione del contraente ritenuto economicamente più debole.

<sup>160</sup> Cfr. S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2009, p. 1019 ss.; G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, in *Rassegna di diritto civile*, 3/2006, pp. 804-871,.; ID., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 43 ss.

<sup>161</sup> Si è, infatti, rilevato che il fondamento dell'attribuzione ne segna anche i confini (F. Di MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 495 ss. Sul punto anche E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 155 ss.; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 688). Ne deriva che il potere officioso dovrebbe necessariamente conformarsi "in modo da non confliggere con gli interessi di quella parte "debole" - consumatore, subfornitore, viaggiatore - per la cui tutela sono state pensate e scritte le direttive prima e poi le norme di recepimento da parte degli Stati membri della Comunità" (S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, 6, p. 295).

<sup>162</sup> Peraltro la finalizzazione del rilievo d'ufficio alla tutela dell'interesse particolare del contraente debole consente di scongiurare il rischio che la parte "forte" abusi del rimedio nelle ipotesi (diverse da quelle di esame) di nullità totale del contratto, allorquando egli, per liberarsi da un vincolo contrattuale che ritiene non più conveniente, alleggi in giudizio elementi di fatto e/o diritto dai quali emerga la nullità. L'eventuale declaratoria di nullità non può infatti mai ledere gli interessi tutelati dalla norma violata, presupponendo sempre la sua conformità agli interessi medesimi. Sul punto, S. POLIDORI, *Discipline della nullità*, cit, p. 98 ss., il quale osserva come il rilievo d'ufficio non sia una regola che fonda la propria validità in sé, ma negli interessi evidenziati dalla norma, i quali devono trovare adeguata realizzazione nella concreta vicenda processuale. V. anche E. CORSINI, *Rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 673, il quale ritiene che la compatibilità tra la regola della rilevanza d'ufficio e la legittimazione relativa si ponga in assoluta coerenza con

le norme dettate in tema di clausole vessatorie che dispongono la rilevanza d'ufficio della nullità e la sua operatività soltanto a vantaggio del consumatore.

La regola del rilievo d'ufficio rappresenta certamente una deroga al principio dispositivo, in forza del quale le parti, quanto è in gioco un interesse particolare, sono considerate <<*i migliori giudici della propria difesa e nessuno può conoscere meglio di loro quali fatti allegare quali no. [Pertanto] quando il giudice assume di sua testa un fatto [...] assumendo la veste di difensore d'una parte, offende il principio dell'uguaglianza delle parti, ch'è uno dei principi fondamentali che informano tutto il processo civile*>><sup>163</sup>.

La deroga al principio dispositivo non deve tuttavia sorprendere.

Occorre al riguardo considerare che il principio dispositivo rappresenta la proiezione in sede processuale del principio sostanziale di uguaglianza delle parti, secondo il quale ciascuno è il miglior arbitro dei propri interessi, anche quando essi sono fatti valere in ambito processuale<sup>164</sup>.

Poiché tuttavia la nullità di protezione si fonda sul principio (opposto) della disparità di potere contrattuale delle parti per asimmetria informativa o contrattuale, del tutto giustificata e coerente risulta la deroga al principio dispositivo.

Quanto al modo di operare del rilievo d'ufficio, la dottrina ritiene, alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia, che esso sia “procedimentalizzato”<sup>165</sup>:

---

<sup>163</sup> G. CHIOVENDA, *Sulla regola ne eat iudex ultra petita partium*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, I, 1902, p. 176.

Sul punto G. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 2008, p. 95 ss. e p. 106 ss.; E. GRASSO, *la regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extra petizione*, in *Riv. dir. processuale*, 1965, p. 387 ss. L'ordinamento giuridico, osserva E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952, p. 39 s., “non ha l'attrezzatura organica necessaria per farsi autore, mentore o pedagogo di tutti, ciò che determinerebbe, del resto, anche delle moleste invasioni nella sfera delle libertà individuali, che sono pur esse un bene caro ai più. E comunque il farsene cura d'ufficio in modo inadeguato e saltuario comprometterebbe per altro verso (e forse più gravemente) le esigenze di eguaglianza, d'imparzialità e di giustizia”.

<sup>164</sup> In questo senso anche la relazione del guardasigilli (n. 12) nella quale si legge: “il principio dispositivo è [...] la proiezione nel campo processuale di quella autonomia privata nei confini segnati dalla legge, che trova la sua energica affermazione nella tradizionale figura del diritto soggettivo: fino a che la legislazione sostanziale riconoscerà [...] tale autonomia, il principio dispositivo dovrà essere coerentemente mantenuto nel processo civile come insopprimibile espressione del potere riconosciuto ai privati di disporre della proprie sfera giuridica”.

<sup>165</sup> Corte giust., 4 giugno 2009, c. 243/08, Pannon GSM Zrt c. Erzsébet Sustikné Gyórfi, in *Dejure online*. In commento a tale pronuncia: S. MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio*

prima di decidere sulla nullità, il giudice dovrà instaurare il contraddittorio al fine di verificare se effettivamente la caducazione della clausola del contratto risponda all'interesse tutelato dalla norma violata<sup>166</sup>.

In dottrina non sembra tuttavia esservi unanimità di vedute in ordine alla valutazione che il giudice deve effettuare ai fini della pronuncia di nullità. Secondo alcuni la rilevabilità d'ufficio è subordinata alla volontà (espressa o tacita) della parte debole<sup>167</sup>, secondo altri all'interesse tutelato<sup>168</sup>.

La questione non è puramente teorica, potendo in concreto accadere che la volontà espressa dal contraente non coincida con valutazione del giudice circa la soluzione maggiormente rispondente all'interesse tutelato<sup>169</sup>.

La Corte di Giustizia ha adottato un approccio volontaristico: il giudice <<dovrà astenersi dal pronunciare la nullità nel caso in cui il consumatore dichiara nei propri scritti difensivi, di avere interesse a che tale clausola rimanga in vita>><sup>170</sup>. Il giudice avrebbe pertanto l'obbligo di interpellare la

---

condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia, in *I Contratti*, 2009, p. 1120, il quale rileva che la Corte sembra delineare un preciso iter procedimentale che connota, condiziona e limita le modalità dell'esercizio del potere-dovere del giudicante nella declaratoria d'ufficio della nullità.

<sup>166</sup> Cfr. Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, cit. In motivazione si legge: "Le nullità di cui al Capo II del tit. VI d.lg. 1 settembre 1993 n. 385, possono essere rilevate d'ufficio dal giudice quando dal contraddittorio sul punto (che il giudice ha il dovere di stimolare) risulta che esse si traducono in un vantaggio per il consumatore". V. anche A. SINISCALCHI, *Limitazioni di responsabilità nella vendita di beni di consumo*, in *Danno resp.*, 2005, 5, p. 481 ss.

<sup>167</sup> Sul punto, G. D'AMICO, *Nullità virtuale-Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *I Contratti* 7/09, p. 740 ss.

<sup>168</sup> Significativi, sul punto, i rilievi di S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 ex. e le nullità contrattuali*, cit., p. 295, il quale osserva: "Appare allora chiaro che il giudicante è chiamato preliminarmente [...] ad effettuare un'interpretazione teleologica del dato normativo che prevede l'ipotesi di nullità oggetto di possibile rilievo d'ufficio. Tale indispensabile passaggio ermeneutico consentirà d'individuare gli scopi della norma, gli interessi sottesi e bisognosi di protezione [...], ma ciò non basta: la valutazione svolta dal giudice non dovrà essere astratta e, dunque, non potrà prescindere dalle richieste espresse dal consumatore e, alla luce di queste, dall'accertamento e verifica, attraverso il corretto uso degli strumenti processuali forniti dal codice di rito, della possibilità di esercitare i poteri officiosi senza che tale esercizio finisca per confliggere, in concreto, proprio con gli interessi della parte debole del rapporto contrattuale che la norma intende, invece, anzitutto tutelare". L'Autore, che pare porre l'accento sull'interesse tutelato dalla norma, da valutarsi in relazione al caso concreto, non affronta, tuttavia, la problematica della possibilità che la volontà manifestata non sia coincidente con l'interesse del soggetto legittimato.

<sup>169</sup> G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 20 ss.

<sup>170</sup> S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, cit., p. 614.

parte debole, informandola della possibilità di una dichiarazione di invalidità della clausola. Dopo aver sollevato la questione, il giudice dovrà valutare se l'eventuale pronuncia di nullità risponda agli interessi manifestati, in modo espresso o tacito, dal contraente debole<sup>171</sup>.

Non è però necessario che il contraente aderisca al rilievo del giudice, essendo sufficiente che egli non si opponga. Così, in caso di silenzio della parte contrattuale debole (che potrebbe non essersi costituita in giudizio onde evitare i costi di un processo) o nel caso in cui non emerga una precisa volontà del contraente dal contenuto degli atti processuali, il giudice potrà pronunciare la nullità ove ciò sia favorevole per il consumatore.

L'intervento del giudice, così inteso, si pone in assoluta coerenza con la regola della legittimazione relativa, essendo entrambe le tecniche poste a tutela dell'interesse del contraente debole<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, cit., p. 608. L'A. commenta la pronuncia Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, cit., nella quale si legge che le nullità in esame “*possono essere fatte valere solo dal contraente; tuttavia debbono essere rilevate dal giudice quando siano protettive, cioè, si traducano in un vantaggio per il cliente-consumatore*”.

<sup>172</sup> Risulta così confermato l'assunto che la nullità di protezione sia diretta a tutelare un interesse particolare, al quale risulta subordinato l'interesse della concorrenzialità del mercato. Si vedano sul punto le osservazioni di S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, cit., p. 175, il quale, premesso che tutte le nullità protettive perseguono anche interessi di matrice pubblicistica (nel senso della tutela del mercato e della concorrenza), rileva che in esse il divisato interesse pubblico risulta in “*posizione subordinata rispetto alla finalità di tutela in concreto dell'interesse del soggetto destinatario della protezione*”.

Il carattere particolare dell'interesse tutelato è utile per risolvere casi, certamente residuali, nei quali l'interesse particolare del contraente debole è in conflitto con quello generale della concorrenza. Si pensi, ad esempio, alle clausole vessatorie inserite in contratti standard di imprese monopoliste ai contratti di assicurazione stipulati con un'impresa non autorizzata ex art. 167 cod. ass.<sup>172</sup>. Detti contratti incidono sicuramente in senso negativo sul mercato, ma il giudice non potrà dichiararne la nullità della clausola (o del contratto) in caso di opposizione del consumatore, nonostante la pronuncia di invalidità sia più adeguata alla tutela del mercato e della concorrenza. Ritengono invece che la soluzione dipenda da un giudizio di bilanciamento dei due interessi I. PRISCO, *Le nullità di protezione, indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., p. 102 ss. e G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 20

## 6. Il patto di inscindibilità.

Analizzando la fattispecie di cui all'art. 1419 c.c. si è accennato alla possibilità che all'atto della stipula del contratto le parti stabiliscano che la nullità di qualsivoglia pattuizione del regolamento determini la nullità dell'intero contratto o, similmente, che convengano il carattere essenziale di specifiche clausole.

In tal caso, nessun giudizio ipotetico di essenzialità può essere effettuato dall'organo giudicante<sup>173</sup>. Dalla circostanza che le parti hanno prestabilito l'inscindibilità delle pattuizioni contrattuali o comunque l'essenzialità di singole clausole, emerge che queste hanno aprioristicamente valutato che un eventuale regolamento contrattuale difforme rispetto a quello originariamente predisposto, non risponde all'assetto di interessi che si intendeva realizzare<sup>174</sup>.

Tuttavia tali considerazioni non si prestano ad essere estese alle ipotesi di nullità di protezione. Si è messa in evidenza la peculiare modulazione del principio di conservazione del contratto rispetto alle esigenze della parte contrattuale debole al mantenimento del vincolo<sup>175</sup>. Nei contratti tra parti dotate di differente forza negoziale, un'eventuale pattuizione tesa a evitare la conservazione del vincolo riequilibrato ad opera della nullità sarebbe da

---

<sup>173</sup> A. D'ADDA, *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in *Obbl. contr.*, 2008, 6, p. 487 ss., il quale con riferimento ai contratti "di diritto comune" rileva che l'art. 1419 c.c. non autorizza "l'interprete a svolgere valutazioni che si sostituiscano alle chiare – seppur irragionevoli e magari "abusive" – prese di posizioni delle parti quanto alla conservazione del contratto. [...] La regola di nullità parziale, pur aperta alla conservazione, non consente di salvare il contratto contro la volontà delle parti, anche laddove ciò appaia razionale". Sul punto anche S. POLI, *Appunti in tema di nullità parziale e di clausole di non concorrenza*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 40 ss.

<sup>174</sup> Cfr. Cass., 7 novembre 1979, n. 5750, in *Mass. giust. civ.*, 1979, f. 11: "Il carattere essenziale di una clausola contrattuale può non soltanto desumersi dall'oggettiva inettitudine del contratto a realizzare, senza quella sua parte, l'assetto negoziato degli interessi, ma innanzitutto essere efficacemente sancita dagli stessi contraenti con dichiarazione espressa nel contratto medesimo. E poiché in questa ipotesi il giudizio di "eccezionalità" della clausola può essere confortato col richiamo alla comune intenzione delle parti, fedelmente espressa dal significato letterale delle parole usate nel contratto (art. 1362 c.c.), soltanto quando manchi una espressa previsione negoziale di essenzialità della clausola è necessario ricorrere alla verifica oggettiva di funzionalità del contratto, privo della sua parte valida, rispetto alla sistemazione degli interessi stabilita col contratto stesso nella sua originaria intenzione".

<sup>175</sup> S. MONTICELLI, *La nullità parziale del codice civile e la nullità parziale necessaria di protezione*, 25 novembre 2009, in [www.associazionecivilisti.it](http://www.associazionecivilisti.it).

considerare immeritevole di tutela. Simile pattuizione avrebbe, infatti, quale scopo quello di blindare il regolamento predisposto, in quanto, da una parte, il contraente protetto potrebbe essere indotto a non domandare la nullità della clausola nel timore di vedere caducato l'intero contratto e, dall'altra, anche un eventuale accertamento *ex officio* della nullità perderebbe la sua funzione deterrente riequilibratrice, poiché porterebbe comunque alla liberazione dal vincolo del contraente "forte".

In sintesi, la clausola di essenzialità condurrebbe all'alternativa tra un regolamento squilibrato e lo scioglimento del vincolo. Alternativa che se è vantaggiosa per il contraente predisponente, conduce a vanificare la tutela accordata per la parte che subisce lo squilibrio. Al contempo, una clausola con la quale si escluda la conservazione del vincolo in ipotesi di nullità di una sua parte, sembrerebbe porsi in contrasto con il generale divieto di rinunciabilità della tutela accordata al contraente protetto (v. art. 143 cod. cons.). In tal modo, infatti, si realizzerebbe una rinuncia preventiva al diritto di mantenere in vita il contratto, seppure depurato dalla clausola nulla.

## CAPITOLO IV

### NULLITA' DI CLAUSOLE ESSENZIALI E INTREGRAZIONE DEL CONTRATTO MEDIANTE NORME DISPOSITIVE

SOMMARIO: 1. Sull'inidoneità della tecnica della conservazione “per il resto” del contratto ad assicurare la *ratio* protettiva dell'invalidità. 2. Sui tentativi di applicare l'art. 1339 c.c. alle ipotesi di nullità speciali: critica. 3. La sostituzione delle clausole nulle mediante il ricorso all'art. 1374 c.c.: critica. 4.1 Sulla correzione del negozio mediante norme dispositive. 4.2 *Segue*: critica.

#### **1. Sull'inidoneità della tecnica della conservazione “per il resto” del contratto ad assicurare la *ratio* protettiva dell'invalidità.**

Si è detto sinora che il legislatore di protezione, al fine evitare che la nullità parziale travolga l'intero contratto secondo la regola volontaristica di cui all'art. 1419, primo comma, c.c., in luogo di dettare regole imperative che si sostituiscono alle clausole invalide, limita la portata della nullità alla singola clausola disapprovata, salvando il regolamento residuo.

Tuttavia tale moderna tecnica legislativa non appare sempre idonea a salvare il regolamento contrattuale.

Certamente il contratto rimane in piedi quando la clausola disapprovata ha natura “secondaria” in senso strutturale. Si pensi, ad esempio, alle clausole limitative della responsabilità o della facoltà di proporre eccezioni, a clausole penali manifestamente eccessive o che derogano al foro competente per legge.

Il contratto non sembra invece avere *chances* di salvezza quando la nullità ha ad oggetto un elemento essenziale del contratto. In questo caso la mancanza di una regola sostitutiva idonea a colmare la lacuna determinata dalla nullità, rende impossibile la tenuta del regolamento residuo.

La questione non è di poco conto, poiché non mancano fattispecie in cui la nullità di protezione – che esige la correzione dello squilibrio e dunque la salvezza del contratto – riguarda un elemento essenziale.

Il riferimento è, innanzitutto, all’art. 34 del Codice del Consumo, il quale sanziona espressamente con la nullità le clausole che determinano il corrispettivo o l’oggetto del contratto, se questi non siano “*individuati in modo chiaro e comprensibile*” (art. 34 cod. cons.)<sup>176</sup>.

Si pensi inoltre ai casi in cui il legislatore ammette un sindacato su clausole che regolano le prestazioni contrattuali. Ciò avviene, ad esempio, nel caso di nullità del patto attraverso il quale si realizza l’abuso di dipendenza economica (art. 9, comma 3, l. 18 giugno 1998, n. 192), essendo pacifico in dottrina che l’abuso possa realizzarsi non solo per mezzo di condizioni “normative” inique (esoneri da responsabilità, garanzie etc.), ma anche attraverso patti “economici” squilibrati, incluso quello che disciplina il corrispettivo contrattuale<sup>177</sup>. Di conseguenza, se la nullità colpisce il patto che definisce il contenuto economico del rapporto, è reale il rischio della nullità

---

<sup>176</sup> Ritiene che le clausole che delineano l’oggetto del contratto e lo scambio negoziale siano solo tendenzialmente sottratte al giudizio di abusività, S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, (Note a margine dell’art. 1469 quinquies, comma 1 e 3), cit., p. 569. Quanto al controllo delle clausole non trasparenti, G. CIAN, *Il nuovo capo XIV - bis (titolo II. Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 419, osserva che le regole sui contenuti minimi possono dirsi espressione, pur accentuandolo, del generale principio per cui è nullo il contratto il cui oggetto ed il cui corrispettivo - nonostante il ricorso ad ogni strumento ermeneutico - restino non determinabili.

<sup>177</sup> V. D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 80; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 145; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e dir. priv.* 1999, p. 1195. Per G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 14, l’art. 9 sanzionerebbe patti dal contenuto eterogeneo: quelli che rafforzano la posizione di dominanza di una delle parti e limitino la libertà negoziale di uno dei contraenti; e quelli, effetto della limitazione della libertà negoziale, che contemplino un corrispettivo squilibrato per l’impresa dipendente. Nella logica della distinzione formulata nel testo, i primi sono essenzialmente contemplati da clausole secondarie, e non pongono allora particolari problemi alla “tenuta” del contratto (se non siano altresì all’origine dei secondi); i secondi definiscono invece l’oggetto del contratto e pertanto la loro invalidità potrebbe essere ragione della caducazione dell’intero negozio.

dell'intero contratto<sup>178</sup>.

Vi sono inoltre casi in cui il carattere abusivo di una clausola si ricava tenendo conto dell'insieme delle previsioni contrattuali, a seguito di una valutazione complessiva del regolamento negoziale, di talché appare difficile individuare le clausole nulle e la parte “sana” del contratto<sup>179</sup>.

Del resto non è infrequente riscontrare difficoltà nell'individuazione della porzione del contratto colpita da invalidità. Ad esempio, nel caso di nullità del patto commissorio, si è rilevato come proprio la difficoltà di isolare una parte della stipulazione possa determinare la caducazione dell'intero contratto di finanziamento<sup>180</sup>.

In tutti questi casi nei quali la disapprovazione riguarda una clausola essenziale o l'assetto di interessi complessivamente perseguito dal contratto, l'esito non può essere che quello della nullità totale.

Le tecniche utilizzate dal legislatore di protezione si rivelano inadeguate e destinate al fallimento.

Sicché il giurista è oggi chiamato a ricercare, non tanto una “nuova” regola di invalidità parziale, ma piuttosto un “nuovo” sistema di integrazione di un contratto che, dichiarato nullo in una sua componente essenziale, non potrebbe che essere interamente caducato.

In altri termini la questione che si pone all'interprete non è più quella di superare la regola dell'art. 1419, primo comma, c.c., quanto di rinvenire regole che assicurino la conservazione del negozio, che in passato era garantita dalla previsione di regole inderogabili sostitutive dei patti difformi.

---

<sup>178</sup> A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1194 e s.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 44.

<sup>179</sup> Cfr. in proposito A. FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in *illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di F. Di Marzio, Napoli, 2004, p. 107 e s.; nonché A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1194.

<sup>180</sup> V. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 426 che rileva come si possa in astratto prospettare la conservazione del mutuo, che finirebbe però per restare privo di ogni garanzia: con la conseguenza della sua caducazione per difetto dei requisiti previsti dall'art. 1419, primo comma, c.c.

In questa prospettiva, sono diverse le soluzioni prospettate dalla dottrina, che verranno esaminate nei successivi paragrafi.

## **2. Sui tentativi di applicare l'art. 1339 c.c. alle ipotesi di nullità speciali: critica.**

Non sono mancati tentativi di assicurare la salvezza del contratto mediante una “rilettura” degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c.

Certamente, se fosse possibile applicare queste norme nell’ambito dell’invalidità c.d. di “protezione”, non vi sarebbe ragione di temere per l’obliterazione totale del contratto nel caso di nullità parziale<sup>181</sup>. Infatti, se il problema è quello di colmare lacune cagionate dalla nullità di clausole abusive - così evitando la caducazione dell’intero contratto - una regola che garantisce la sostituzione delle clausole invalidate con precetti legali consentirebbe certamente di assicurare la tenuta del contratto.

Gli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c. non si limitano a disapprovare un patto (contro “entrambe le parti”), ma lo correggono mediante la nullità e la successiva sostituzione della clausola invalida<sup>182</sup>, al fine di riequilibrare il regolamento in favore del contraente pregiudicato. Di conseguenza, configurando l’art. 1339 c.c. quale modello di “reazione” all’abuso della “dominanza” di una parte del contratto, si potrebbe ritenere che lo strumento possa operare anche ai nostri scopi, ove il legislatore prenda di mira un patto a tutela uno dei contraenti.

Ma il tentativo di applicare l’art. 1339 c.c. alle ipotesi di nullità speciali presta il fianco ad un’agevole (e difficilmente superabile) obiezione: la tecnica sostitutiva in esame postula che il legislatore, non limitandosi a vietare un determinato patto ingiusto od abusivo, prefiguri, in positivo, la disciplina che le

---

<sup>181</sup> Sul problema, in una prospettiva generale (e critica) cfr. anche P. M. PUTTI, *La nullità parziale, Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, p. 71 e ss.

<sup>182</sup> V. M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L’Autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, p. 75 e ss.

parti avrebbero dovuto richiamare nel loro contratto<sup>183</sup>. Ma il legislatore di protezione si tiene di norma ben lontano da tale modello, poiché vieta gli abusi ma non disciplina inderogabilmente una certa materia e dunque non impone l'inserzione nel contratto di una determinata disciplina.

Se è certamente condivisibile la tesi di chi ritiene che per l'operare dell'art. 1419, secondo comma, c.c. non è necessario che la norma inderogabile preveda la propria sostituibilità – essendo sufficiente l'art. 1339 c.c. a legittimare la sostituzione automatica con le norme cogenti<sup>184</sup> - non è tuttavia dato comprendere come una tale tecnica possa operare nei casi in cui non esista una disciplina inderogabile idonea a sostituire i patti invalidati.

Si cerca di superare questa obiezione prospettando due percorsi alternativi.

Si ipotizza che l'art. 1339 c.c. operi non in via diretta ma analogica: poiché le norme di protezione (e segnatamente quelle in tema di abuso di dipendenza economica) non contemplano regole sostitutive, queste ultime potrebbero rinvenirsi *“in regole e valori che attraverso il mercato, comunque ritrovano la propria origine nell'autonomia”*<sup>185</sup>.

Tuttavia quel si prospetta non è l'applicazione della regola di cui all'art. 1339 c.c. a fattispecie analoghe a quelle da essa normalmente disciplinate, ma

---

<sup>183</sup> Perspicue le considerazioni svolte in proposito da G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume, e la teoria del contratto*, cit., p. 166; più “aperta” la posizione di chi rileva - così postulando che il divieto possa implicitamente “rinviare” ad una disciplina “in positivo” - come talora non sia agevole intendere se la legge si limiti ad un divieto ovvero rimandi, in qualche modo, a regole inderogabili: cfr. sul punto C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 514, nota 55, e già F. CARNELUTTI, in *Tentativo contrattuale*, in *Foro it.*, 1948, I, p. 241, (in un caso di nullità di “clausola oro valore” stipulata per fuggire gli effetti del principio nominalistico, per Carnelutti sarebbe operante in sostituzione, ai sensi dell'art. 1419, capoverso, c.c., “la norma relativa al valore legale della lira”).

<sup>184</sup> Pochi dubitano di una simile conclusione, che appare del tutto corretta proprio sotto il profilo sistematico, in quanto se è la singola norma inderogabile a determinare il contenuto imposto, la sostituzione è provveduta, in via generale ed una volta per tutte, dall'art. 1339 c.c.: in questo senso, tra gli altri, già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 35; G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, p. 248 e ss., nonché E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, p. 50; B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979, p. 156.

<sup>185</sup> A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in CUFFARO, *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, p. 354.

l'operare di una regola diversa da quella prevista dall'art. 1339 c.c., che ammette le sole sostituzioni con patti *"imposti dalla legge"*.

Si tenta allora una diversa strada per giustificare l'applicabilità, in via diretta, del meccanismo di cui all'art. 1339 c.c.

Si ritiene che la norma, lungi dall'operare nelle sole ipotesi in cui un patto sia vietato e poi sostituito con regole legali, opererebbe anche quando la norma imperativa si limiti a *"suggerire i criteri da cui l'interprete possa ricavare una disciplina sostitutiva"*<sup>186</sup>.

E tanto accadrebbe, ad esempio, per il caso di abuso di dipendenza economica, ove il legislatore, nel comminare la nullità del patto ingiustificatamente gravoso, suggerirebbe implicitamente all'interprete la regola sostitutiva, desumibile dalle condizioni normalmente praticate nel mercato dell'impresa dominante.

In altre parole, escluso che la sostituzione debba essere prevista espressamente dalla norma inderogabile; considerato che per la sostituzione ex art. 1339 c.c. sia sufficiente che la norma imperativa, oltre a porre un divieto, prefiguri *"in qualche modo"* una disciplina positiva del rapporto; ritenuto, più precisamente, che detta disciplina positiva sia configurabile non soltanto nel caso in cui la legge preveda *"dettagliatamente"* i prezzi sostitutivi o le condizioni ma anche nell'ipotesi in cui *"suggerisca"* i criteri per l'individuazione di tali condizioni, allora non vi sarebbero ostacoli all'operare delle regole di cui agli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c. anche in molte delle fattispecie in cui il legislatore, nel sanzionare il patto abusivo, non predisponga precise regole sostitutive inderogabili.

Così nell'ipotesi di nullità del patto frutto dell'abuso di posizione dominante, si potrebbero individuare i criteri per la correzione del patto invalido:

---

<sup>186</sup> V. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 179 e ss. Analogamente A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 344 e ss.

se la clausola è abusiva in quanto la dipendenza economica ha alterato le normali condizioni dello scambio praticate sul mercato, queste ultime sarebbero introdotte per mezzo dell'intervento correttivo del giudice.

E lo stesso accadrebbe per il caso di contratti che contemplino clausole che sono il frutto di un patto anticoncorrenziale. Si ritiene infatti che i cartelli, vietati dall'art. 2 della l. 1990, n. 287, influenzino anche il contenuto dei contratti "a valle", conclusi tra l'utente finale ed uno dei partecipanti al cartello, che normalmente contempleranno condizioni di prezzo monopolistiche e perciò sfavorevoli al cliente. Orbene, dette condizioni potrebbero essere sostituite, ex art. 1339 c.c., non da regole legali nella specie inesistenti, ma dai prezzi normalmente praticati al contraente finale in un mercato concorrenziale, con conseguente salvezza dell'affare previa neutralizzazione del suo contenuto abusivo<sup>187</sup>.

La soluzione ancora la correzione giudiziale a direttive legali, limitando fortemente la discrezionalità del giudice, il cui intervento sarebbe rigorosamente orientato dal legislatore.

---

<sup>187</sup> E' la già evocata opinione di A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., p. 344, per cui la sostituzione ex art. 1339 c.c. del prezzo non concorrenziale, avverrebbe "con l'applicazione di un paradigma costituito da una fascia di prezzi astrattamente non inquadrabili nel concetto di prezzi non equi o eccessivi". Un tale orientamento postula evidentemente la nullità del patto - frutto dell'abuso - contemplato dal contratto a valle: ma un simile presupposto è da ultimo assai dibattuto ed oggetto di un vivace scambio di opinioni. Perché se per taluno il patto che contempli un prezzo "monopolista" previsto nel contratto ("a valle" del patto d'intesa restrittiva della concorrenza) sarebbe nullo, per altri la tutela del cliente finale pregiudicato dall'intesa anticoncorrenziale darebbe invece diritto al risarcimento del danno. Per la nullità, C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 473 (si veda anche *Ingiustizia del danno ed evoluzione dell'ordinamento*, in *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, p. 177 e ss.) per il quale il prezzo stabilito nel contratto a valle in dipendenza dell'intesa anticoncorrenziale "è illecito e costituisce oggetto illecito del contratto"; in diversa prospettiva M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 94 e s., per cui invece (v. altresì *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237) "le intese restrittive della concorrenza, comportando la violazione di una norma di condotta corredata da sanzioni amministrative pecuniarie (...) sono atti illeciti e costituiscono pertanto, in linea di principio, fatti produttivi di danno risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c.". Anche la giurisprudenza è incerta: per la prima tesi Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475; per la seconda, l'orientamento che si è fatto prevalente: Cass. 11 giugno 2002, n. 9384; Cass. S. U. 4 febbraio 2005, n. 2207; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305. Sul punto v. anche M.R. MAUGERI, *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un 'impresa che partecipa ad un'intesa vietata*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, p. 347 e ss.

Senonché il richiamo al meccanismo degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c. sembra impraticabile.

Perché - se è vero che l'operare dell'art. 1339 c.c. non è subordinato ad una espressa previsione di sostituzione ad opera della singola norma imperativa violata<sup>188</sup> - è comunque indispensabile che le regole sostitutive siano indicate in modo rigoroso, poiché diversamente l'eterointegrazione non potrebbe configurarsi come "adattamento legale" del contratto<sup>189</sup>.

Per altro verso deve rilevarsi che, se è indubitabile che l'art. 1339 c.c. intenda imporre "una misura oggettiva"<sup>190</sup> di un determinato rapporto, nei nostri casi la disapprovazione, pur potendo avere ad oggetto la misura di un rapporto, non attiene certo a "misure imposte", la cui esistenza è presupposto per quell'inserimento "di diritto" garantito dall'art. 1339 c.c.<sup>191</sup>. Il Giudice, infatti, non si limita ad applicare un parametro oggettivo preesistente (ad es. il prezzo di mercato o la regola dispositiva), ma è chiamato a verificare se lo scostamento operato dalla regola privata, rispetto al prezzo di mercato, sia giustificato sulla scorta delle circostanze concrete.

In definitiva l'art. 1339 c.c. può operare solo qualora le regole sostitutive siano imposte dalla legge e tanto si verifica solo quando le clausole sostitutive siano immediatamente ricollegate alle scelte del legislatore; il che impone una loro esatta individuazione, che non sussiste nel caso in cui il giudice si debba, genericamente, affidare al mercato per ricostruire il regolamento equo<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> Né d'altro canto sembra doversi escludere il carattere "automatico" della sostituzione sol perché la legge, piuttosto che disporre direttamente contenuti sostitutivi, si limita a dettare criteri per la loro elaborazione. Per tale rilievo v. invece M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust (II)*, cit., p. 248.

<sup>189</sup> Da ultimo si veda in proposito C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 473.

<sup>190</sup> Così la stessa M.R. MAUGERI, *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un'impresa che partecipa ad un'intesa vietata*, cit., p. 354.

<sup>191</sup> Per l'obiezione vedi ancora M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust (II)*, cit., p. 248.

<sup>192</sup> In tema di tariffe nelle professioni intellettuali, U.A. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, p. 310, nota 537, ritiene che la formulazione "in positivo" dell'art. 2236, secondo comma, c.c. consenta l'operare del meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419, capoverso, c.c. anche se i prezzi da sostituire siano determinate non direttamente dalla

D'altronde gli orientamenti in esame portano con sé il rischio di ampliare eccessivamente l'ambito operativo dell'art. 1339 c.c., che finirebbe per applicarsi sempre, atteso che la disapprovazione di una clausola abusiva postula in molti casi la valutazione di un regolamento equo.

Pertanto sostenere che in casi simili il giudice possa correggere il contratto depurandolo dell'abuso comporta di fatto l'attribuzione al giudice, in casi davvero frequenti, di una facoltà di determinazione equitativa del regolamento<sup>193</sup>. Soluzione, quest'ultima, che non sembra trovare riscontro nella previsione dell'art. 1339 c.c.

In conclusione, il meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c., non sembra essere di aiuto nello studio della sorte del contratto che sia privato di una sua clausola essenziale per effetto di una norma meramente proibitiva, che non detta, neppure *per relationem*, una regola sostitutiva. Né, tanto meno, un simile richiamo si rivela utile per i casi in cui la legge impone ai contraenti di determinare in modo esplicito il regolamento di interessi<sup>194</sup>. Anche in questi casi le norme non recano con sé una disciplina "sostanziale" capace di supplire alle lacune contrattuali<sup>195</sup>.

---

legge bensì "*secondo procedure determinate dalla legge*". Ed invero facendosi questione in tali casi di norme su prezzi, oggettivamente individuabili nelle disposizioni sui "minimi" di tariffa, la soluzione sembra da condividere.

<sup>193</sup> Si noti come, valutando criticamente gli orientamenti menzionati quanto alla sostituzione dei patti iniqui contemplati nei contratti, "a valle", A. NERVI, *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, II, p. 506 e s., stigmatizzi *tout court* l'idea di un intervento eteronomo di fonte esclusivamente giudiziale, senza nemmeno ipotizzare un utilizzo improprio della tecnica dell'art. 1339 c.c. Tale è la convinzione che in casi simili l'art. 1339 c.c. abbia poco da dire da far omettere all'autore come l'opinione criticata si regga proprio sull'operare dell'art. 1339 c.c. (v. ancora A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., p. 341) quale fonte del potere giudiziale correttivo.

<sup>194</sup> Così il contratto che regola servizi bancari e finanziari deve indicare tasso d'interesse ed ogni altra condizione e prezzo praticato (art. 117, comma 4, del TUB).

<sup>195</sup> Non è evidentemente sempre così: talora il legislatore si spinge fino a definire un contenuto inderogabile dei contratti: v. ad es. il già menzionato art. 117, comma 8, TUB (che peraltro demanda ad autorità amministrative una siffatta determinazione di contenuti imposti).

### **3. La sostituzione delle clausole nulle mediante il ricorso all'art. 1374 c.c.: critica.**

Altri Autori ricorrono all'art. 1374 c.c. per colmare le lacune determinate dalla nullità parziale, assumendo che detta disposizione consentirebbe di sostituire le porzioni del regolamento contrattuale caducate mediante il ricorso, in via graduata, alla disciplina legale, agli usi e all'equità<sup>196</sup>.

Questa soluzione presta il fianco a diverse obiezioni.

In primo luogo il meccanismo integrativo di cui all'art. 1374 c.c. presuppone un regolamento contrattuale "lacunoso" ed assolve ad una funzione meramente "completiva" ovvero di "ausilio" ai contraenti<sup>197</sup>, sicché esso non consente una correzione di un'esistente (seppure abusiva) manifestazione di volontà negoziale delle parti<sup>198</sup>.

Anche i fautori della tesi in esame riconoscono che l'art. 1374 c.c. possa operare solo laddove la lacuna del regolamento non sia tale da compromettere la consistenza strutturale del contratto<sup>199</sup>, sicché la norma non sembra rilevante ai fini della presente indagine, volta a verificare la sussistenza di tecniche idonee ad integrare il vuoto lasciato da clausole essenziali nulle.

Occorre tuttavia dar conto di un'autorevole dottrina che da diversi decenni offre una diversa lettura del meccanismo di integrazione di cui all'art. 1374

---

<sup>196</sup> A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., 191 ss. Ma v. anche P. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 115; D. VALENTINO, *Obblighi di informazioni, contenuti e forma negoziale*, Napoli, 1999, 252; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 699, nota 105; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato, Il contratto in generale*, vol. XIII, tomo IV, Torino, 2004, p. 282.

<sup>197</sup> Nello stesso senso M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit, p. 118 s. e p. 161, che con riferimento al patto iniquo disciplinante i termini di pagamento nelle transazioni commerciali, osserva come le parti "hanno pienamente esercitato il potere di autoregolamentazione dei propri interessi ponendo in essere un contratto a contenuto e situazione effettuale determinati, su cui si appunta poi la valutazione negativa dell'ordinamento e la conseguente reazione correttiva".

<sup>198</sup> Per tutti, G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1990, p. 232.

<sup>199</sup> Da ultimo, si vedano A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 30 ss., 193; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 101 ss.

c.c.<sup>200</sup>, ritenendo che la norma, non operando alcuna distinzione tra integrazione mediante regole legali dispositive e imperative, possa svolgere anche una finalità correttiva, consentendo il completamento del regolamento pure quando la lacuna sia determinata da una clausola nulla.

Tuttavia sembrano fondati i dubbi che una siffatta finalità di correzione sia estranea al meccanismo di integrazione dell'art. 1374 c.c.

È infatti decisiva la considerazione che il legislatore, quando ha inteso introdurre tecniche di correzione del contratto, ha previsto regole diverse ed ulteriori rispetto all'art. 1374 c.c., inequivocabilmente dirette a consentire l'inserimento della disciplina legale inderogabile nel regolamento contrattuale.

Il riferimento è ovviamente all'art. 1339 c.c., il quale assai difficilmente può essere considerato una specificazione dell'art. 1374 c.c., perché altrimenti non si spiegherebbe come mai il legislatore si è preoccupato di disciplinare con l'art. 1339 c.c. la sola inserzione nel contratto di regole cogenti di origine legali, quando invece l'art. 1374 c.c. consente già il ricorso in chiave correttiva alla legge (oltre che agli usi e all'equità<sup>201</sup>).

Dunque i problemi di cui si fa carico l'art. 1374 c.c. non coincidono con quelli cui mira la predisposizione di regole correttive delle pattuizioni dei contraenti; e proprio una tale eterogeneità ha indotto il legislatore a regolare, secondo modalità diverse, due tecniche differenti.

Non può allora concludersi nel senso che l'art. 1374 c.c. garantisce un intervento correttivo sul contratto nel caso in cui in cui un tale esito non possa essere ottenuto con l'applicazione dell'art. 1339 c.c. Come se - ed è questo il

---

<sup>200</sup> S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit, *passim*. Per una sintesi recente del dibattito v. M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 70 ss.; C., SCOGNAMIGLIO *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, II, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, 1999, 1147 ss.

<sup>201</sup> R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, terza ed., II, Torino, p. 419; adesivo C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1159 s. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, 2, Milano, 1980, p. 151 s.; G. GITTI *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 4.

ragionamento sotteso all'opinione in esame - allorché l'ordinamento sanziona con la nullità patti abusivi senza dettare regole inderogabili, l'impossibilità di invocare l'art. 1339 c.c. conduca inevitabilmente al modello di integrazione di cui all'art. 1374 c.c.<sup>202</sup>.

Tuttavia l'idea di una potenziale attitudine correttiva delle fonti di integrazione elencate all'art. 1374 c.c. è diversamente argomentata in ragione della peculiare tecnica di controllo dell'autonomia privata: il legislatore non si avvale più della previsione di norme inderogabili che si impongono alle parti in sostituzione ai patti difformi, ma si limita a sanzionare la deroga abusiva a regole normalmente dispositive.

Di conseguenza, l'adozione di un tale nuovo modello di controllo sul contratto non solo consentirebbe di superare quelle opinioni che nel passato ritenevano logicamente incompatibile la "correzione dispositiva"<sup>203</sup> con la nullità, ma comporterebbe un nuovo modo di atteggiarsi dell'integrazione mediante regole dispositive (e dell'art. 1374 c.c.).

In altre parole, poiché il patto abusivo è nullo in quanto difforme da una previsione legale solo relativamente disponibile, forte è la tentazione dell'interprete - sensibile alle finalità conformative e non distruttive della disapprovazione del patto abusivo - di unire due diverse discipline: quella dell'integrazione dispositiva di cui all'art. 1374 c.c. e quella dell'inserzione delle regole legali derogate da patti disapprovati.

Ora, può certamente ritenersi condivisibile l'assunto secondo il quale nelle c.d. "nuove nullità" si assiste ad un peculiare combinarsi di norme dispositive e

---

<sup>202</sup> Osserva A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, 193, che nei nostri casi non sussiste una lacuna pattizia originaria sicché l'integrazione sarebbe "necessariamente (...) conformativa del regolamento negoziale". Ma resta da vedere su quali basi si può accedere ad un tale esito, tenuto conto che è proprio la lacuna pattizia originaria che attiva l'art. 1374 c.c.

<sup>203</sup> Paventando, sullo sfondo, il rischio che tutte le fonti di integrazione di cui all'art. 1374 c.c. — compresa l'equità — siano di ausilio alla causa dell'integrazione correttiva. Cfr. G. B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 11 e ss; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1160.

intervento correttivo<sup>204</sup>. Tanto risulta chiaramente dall'art. 7 del D. lgs. 203 del 2002 (recante la disciplina dei termini di pagamento nelle transazioni commerciali), il quale, da un lato, prevede termini di pagamento e tassi di interesse derogabili dalle parti, sanzionando con la nullità ogni patto in deroga che “*risulti gravemente iniquo in danno del creditore*”; dall'altro, dispone la sostituzione delle clausole inique con materiale dispositivo.

Ciononostante la nuova tecnica della sanzione alla deroga abusiva al diritto dispositivo non sembra assecondare una così radicale rilettura dell'art. 1374 c.c., tale da consentire il superamento dei limiti posti dai meccanismi tradizionali che sovrintendono all'integrazione cogente.

Del resto sono gli stessi sostenitori della diretta applicazione dell'art. 1374 c.c. a notare come le lacune che seguono la caducazione del patto abusivo non sono le stesse lacune che normalmente attivano l'integrazione dispositiva<sup>205</sup>; i due “tipi” di lacuna, al di là del minimo comune denominatore della carenza nel regolamento negoziale, pongono infatti problemi di politica del diritto del tutto diversi.

Ma soprattutto la prospettata rilettura dell'art. 1374 c.c. non trova alcun riscontro normativo né nel nuovo diritto dei contratti né nel codice civile, ove si rinvenivano solamente casi di correzione mediante norme dispositive e mai attraverso gli usi e l'equità. Ad esempio l'art. 1815 c.c., prima delle modifiche apportate dalla L. n. 108 del 1996, consentiva alle parti di determinare liberamente gli interessi delle somme prese a mutuo e, nel caso di interessi

---

<sup>204</sup> Così, con riguardo alla disciplina dei termini di pagamento nelle transazioni commerciali, M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 71, la quale aggiunge (*op. cit.*, 150) che nei nostri casi, pur non esistendo norme inderogabili, è “*l'intera disciplina che lo diventa nel momento in cui l'esercizio abusivo del potere contrattuale della parte forte piega la clausola a raggiungere l'effetto vietato*”. Si è altresì parlato, con riguardo a simili fattispecie in cui si assiste ad una valutazione del patto in termini di illiceità in materie pure regolate da discipline normalmente derogabili, di norme “semi dispositive” (e si potrebbe dire, specularmente, “semi imperative”): cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 488. Già A. GIORDANO, *I contratti per adesione*, Milano, 1951, p. 121 qualificava le norme derogabili solo nel rispetto dell'art. 1341 c.c., come norme “relativamente disponibili”.

<sup>205</sup> A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 193.

usurari (ovvero di deroga abusiva), prevedeva la nullità del patto con sostituzione della clausola invalida con la disciplina legale dispositiva. Uguale soluzione a tutt'oggi è praticata, oltre che nella previsione di cui all'art. 7 D. Lgs. 231/02, per il caso di deroga negoziale agli interessi legali non provvista dei necessari requisiti di forma di cui all'art. 1284, ultimo comma, c.c.<sup>206</sup>

Il legislatore, dunque, anche quando ricorre alla tecnica della nullità per deroga abusiva a norma dispositiva, prevede precisi meccanismi di sostituzione senza mai legittimare l'applicazione dell'art. 1374 c.c.

Ciò tuttavia non esclude che, con argomentazioni diverse da quelle sin qui rappresentate, si possa prospettare una correzione del regolamento con norme dispositive.

Perché - come si vedrà nei successivi paragrafi - nei casi in cui il giudizio di abusività dipende dalla difformità delle clausole ad una disciplina legale, sono proprio quei contenuti che l'ordinamento ritiene “normali” per una determinata operazione a “riespandersi”<sup>207</sup> in luogo di quelli disapprovati.

---

<sup>206</sup> Non sembra allora che abbia fondamento l'affermazione per cui il meccanismo della “correzione dispositiva” sarebbe legittimato nel “nuovo” diritto contrattuale improntato alla logica di protezione di uno dei contraenti, e non anche nel diritto contrattuale “classico”: v. invece, in proposito, F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impresa*, 2006, p. 698, 708 ss., che però, sulle orme di FERRI (si veda per esempio, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, cit., p. 20, testo e nota) interpreta le norme evocate (e segnatamente il capoverso dell'originario art. 1815 c.c.) come se legittimassero un comando imperativo che, oltre a vietare, altresì fissi “imperativamente criteri di sostituzione”. Nel senso del testo, ritiene invece che fattispecie come quella appena menzionata siano strutturalmente analoghe a quelle recenti che sanzionano la deroga abusiva a regole normalmente dispositive, E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Dir. banc.*, 2003, p. 215.

<sup>207</sup> Ben rappresenta le diverse nature della regola inderogabile e della regola dispositiva G. GABRIELLI, *Norme imperative e integrazione del contratto*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 492 ss., il quale ponendosi il problema - speculare a quello che si prospetta nel testo - dell'idoneità della norma inderogabile a supplire alle lacune originarie del regolamento pattizio - così atteggiandosi a regola dispositiva - sottolinea come i contenuti della norma inderogabile potrebbero non coincidere con quelli “normali” in una data operazione negoziale: così nel caso del contratto di locazione un conto è il limite del canone equo, altro conto il canone “normale”.

#### **4.1 Sulla correzione del negozio mediante norme dispositive.**

Come si è anticipato, un altro tentativo di evitare che la nullità parziale travolga l'intero contratto ha a che fare con le norme dispositive.

Si afferma che tanto le lacune "originarie" (nel caso di mancata regolamentazione dei contraenti), quanto quelle "sopravvenute" (nell'ipotesi di nullità dei patti abusivi), possano essere colmate mediante regole dispositive. Così queste ultime troverebbero applicazione non solo nel caso di mancata manifestazione della volontà delle parti, ma anche quando la lacuna sia conseguente all'obliterazione di un patto.

Norme nate per l'integrazione suppletiva avrebbero una portata sostitutiva di patti disapprovati, in quanto dovrebbero supplire a lacune che l'ordinamento non può tollerare.

Questa tesi avrebbe una portata dirompente, perché amplierebbe considerevolmente i casi di correzione legale del contratto, che non sarebbero più circoscritti alle sole fattispecie in cui la legge detta regole imperative<sup>208</sup>.

Si comprendono allora le preoccupazioni e le cautele di quella dottrina attenta a salvaguardare l'autonomia delle parti nella costruzione del regolamento negoziale.

Del resto, le obiezioni non mancano.

In primo luogo si osserva, sul piano formale, che le regole dispositive possono per loro natura essere derogate dalla volontà delle parti, sicché sembra illogico consentire ad esse - la cui funzione è quella di integrare il regolamento negoziale<sup>209</sup> lasciato incompleto - di imporsi alle parti, quasi atteggiandosi, in definitiva, a norme cogenti.

Proprio in ragione dell'incompatibilità concettuale tra "nullità e

---

<sup>208</sup> Peraltro, come è ormai noto, l'attitudine del legislatore a disciplinare direttamente contenuti negoziali inderogabili appare oggi, per evidenti ragioni culturali che si traducono in scelte di politica del diritto, recessiva.

<sup>209</sup> Perspicuamente V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 486, evoca l'idea di una integrazione "amica dell'autonomia privata".

derogabilità”, nel passato si è negata la possibilità che la clausola vessatoria (ex art. 1341 c.c.) non specificamente approvata per iscritto potesse essere sostituita con una regola dispositiva<sup>210</sup>.

Più di recente si è osservato come la correzione legale del contratto sia legata ad una scelta di diritto incompatibile con la previsione di norme dispositive: la correzione del contratto, che è un limite all'autonomia contrattuale, può avvenire solo per mezzo di prescrizioni cogenti imperative<sup>211</sup> secondo il modello degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c. La nullità di un patto non può invece derivare da una norma dispositiva, che per sua natura non giudica né impone e quindi, così come non è causa di nullità, non può sostituire il patto nullo.

È chiaro il timore sotteso alle obiezioni citate: quello che l'autonomia del contratto sia sacrificata dall'espandersi del numero di tecniche di adattamento e da una sovrapposizione tra fattispecie di integrazione e quelle di correzione del contratto<sup>212</sup>, che potrebbe condurre a ritenere che tutte le fonti di integrazione di cui all'art. 1374 c.c. non si limitino più a supplire a regolamenti incompleti, ma possano correggere la volontà delle parti obiettivata nel contratto. E le conseguenze sarebbero davvero “dirompenti”, poiché potrebbe arriversi all'estremo di prefigurare un generale ruolo correttivo dell'equità, fonte anch'essa di integrazione ai sensi dell'art. 1374 c.c.<sup>213</sup>.

La questione non appare tuttavia così semplice, perché certamente l'integrazione del contratto, assicurata dalle norme dispositive (e dalle altre

---

<sup>210</sup> Cfr. G. B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, cit., p. 18, il quale reputa però inefficace la clausola non sottoscritta, risolvendo quindi per altra via il problema di conservazione del negozio.

<sup>211</sup> F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., p. 698.

<sup>212</sup> Questa sembra essere l'idea di fondo - in taluni passaggi esplicitata - del saggio di F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., p. 693.

<sup>213</sup> Cfr. ancora C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1160; nonché SACCO, in SACCO-DE NOVA *Il contratto*, cit., II, p. 419 e s.

fonti) ai sensi dell' art. 1374 c.c., non permette la correzione del contratto<sup>214</sup>, che nel nostro ordinamento si basa su meccanismi diversi, come quello descritto nell'art. 1339 c.c.<sup>215</sup>.

Ma una tale considerazione non sembra decisiva nell'escludere che le norme dispositive possano colmare lacune determinate dalla nullità, perché sembrano superabili gli ostacoli concettuali alla sostituzione di clausole invalide con regole dispositive.

Basti considerare le numerose fattispecie che ammettono la deroga alle regole dispositive, ma solo entro certi limiti o nel rispetto di requisiti formali. In questi casi non può negarsi che il patto nullo, in quanto inosservante dei limiti di sostanza e di forma alla deroga, sia sostituito dalla disciplina dispositiva "abusivamente" derogata.

Queste fattispecie sono sicuramente divenute più numerose per effetto della legislazione di protezione, ma alcune di esse sono rinvenibili nel codice civile; di ciò è consapevole la dottrina che da tempo si pone il problema della "correzione dispositiva".

Il riferimento è alle clausole vessatorie che non sono specificamente approvate per iscritto (art. 1341 c.c.): se la legge consente di derogare a norme dispositive solo osservando una certa procedura e forma, va da sé che l'inosservanza di queste regole, certamente cogenti, possa far rivivere le norme dispositive cui le parti intendevano derogare.

Anche l'art. 1815, secondo comma, c.c., nella formulazione in vigore sino

---

<sup>214</sup> Per l'idea che talora l'art. 1374 c.c. da sé possa legittimare un "intervento cogente dell'equità", seppure "in limiti ristretti e ben delineati" già F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 56 e ss. (v. altresì, più di recente, le considerazioni svolte dallo stesso autore nel *Manuale di diritto privato*, Napoli 2003, p. 772 e s.). In diversa linea, rileva che "l'equità non può essere compresa tra le clausole generali" operando solo laddove esplicitante richiamata già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 246. Ma di recente, con riguardo all'inosservanza delle prescrizioni di contenuti minimi trasparenti, v. le aperture di D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 252; nonché, con riguardo anche alla correzione dei patti abusivi, quelle di F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 699, nota 105.

<sup>215</sup> V. G. B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, cit., p. 698.

al 1996, disponeva la nullità del patto usurario e la sua sostituzione con interessi legali, ovvero con una regola dispositiva derogabile dalle parti<sup>216</sup>.

Si veda anche l'art. 1284 c.c. il quale prevede la nullità del patto "informale" con cui le parti derogano al tasso legale e la sua sostituzione con la disciplina legale derogata.

Lo stesso meccanismo sostitutivo opera nelle ipotesi in cui il legislatore eserciti il proprio controllo sull'atto di autonomia, fissando dei limiti (quantitativi) di derogabilità alla norma dispositiva<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup> Non sembra del tutto convincente l'idea per cui "l'interpolazione del regolamento contrattuale" sarebbe configurabile "nell'ambito ...del codice del consumo" mentre non lo sarebbe "con riguardo al codice civile"<sup>216</sup> (F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit. p. 708). Ben si comprende, anche in questo caso, il timore sotteso a tale rilievo: quello della generalizzazione di una tecnica di conformazione del negozio e della conseguente coincidenza di fattispecie integrazione (disciplinata secondo l'art. 1374 c.c.) con quelle di correzione legale. Nella linea che vede tendenzialmente con sfavore un'estensione non controllata dell'area della correzione legale del contratto, si è così inteso praticare una strada, per così dire, intermedia e di equilibrio: che prende per un verso realisticamente atto dell'esistenza di settori del diritto del contratto in cui la correzione dispositiva del negozio pare suggerita dallo stesso legislatore - o comunque dal "sotto sistema" del diritto del contratto con il consumatore - ma che, nel contempo, neghi all'operazione una più generale legittimazione sistematica.

Ma tale tesi viene smentita proprio dalla disciplina del codice civile, ove non mancano casi di "sostituzione dispositiva". Il riferimento, come si è visto, è alle clausole vessatorie ex art. 1341 c.c., e al vecchio testo dell'art. 1815, secondo comma, c.c.. Per G. B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, cit., p. 19, nella fattispecie di cui all'art. 1815 c.c. la regola destinata a sostituire l'interesse usurario era certo "imperativa perché essa opera come sanzione alla violazione di un divieto (quello di perseguire interessi usurari) che sicuramente è imperativo". Nello stesso senso, di recente, F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., p. 702. Ma un conto è il carattere cogente del divieto dell'abuso - come visto certo indiscutibile - altra questione la natura dispositiva delle regole chiamate alla sostituzione.

Appare allora non del tutto persuasiva l'idea di un sistema normativo in cui, pregiudizialmente, il problema della sostituzione nemmeno si prospetta, ed un sistema di "diritto del consumo" in cui, d'improvviso, l'operazione risulta non solo concettualmente configurabile ma anche opportuna e sistematicamente fondata.

<sup>217</sup> Con riguardo all'art. 7 del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 che sanziona con la nullità il patto gravemente iniquo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo nel pagamento, AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di <<abuso dell'autonomia contrattuale>>)*, cit., p. 239, precisa come non si tratti di un divieto che colpisca il contenuto dell'atto in sé, come accadrebbe se le nuove norme fossero assistite da una previsione di inderogabilità pattizia. E non manca chi valorizza tali indicazioni per concludere che nullità siffatte non seguono al conflitto del patto con norme imperative, ma trovano altrove la loro ragione, così giustificandosi il peculiare statuto della nullità che connoterebbe simili fattispecie. In realtà sembra si possa ritenere che, in tali casi, la disapprovazione da parte dell'ordinamento abbia comunque ad oggetto il contenuto dell'atto, sebbene non in quanto difforme da una regola inderogabile (che non esiste) bensì in quanto difforme oltre certi limiti dalla disciplina derogabile. Si prospetta allora come concettualmente possibile, come si rileva nel testo, che la deroga a norme derogabili possa essere oggetto di un divieto legale (imperativo) e, quindi, ragione

Si consideri il D. Lgs. 231/02 sulla lotta contro i ritardi nelle transazioni commerciali (come modificato dal D. Lgs. 92/12), il quale, sancita la nullità dei patti che derogano in modo “gravemente iniquo” alla disciplina sulla decorrenza degli interessi moratori (art. 4), sul saggio degli interessi (art. 5) e sul rimborso dei costi di recupero (art. 6), prevede l’applicazione delle norme dispositive abusivamente derogate (art. 7).

Si veda anche l’art. 117 del TUF, il quale – al fine di assicurare (non un riequilibrio normativo o economico ma) la trasparenza del regolamento delle parti - dopo aver disposto la nullità dei patti “oscuri” sui tassi e sui prezzi, prevede la sostituzione con regole (i tassi dei Bot annuali) che di per sé sono derogabili.

Significativi sono anche gli artt. 33 e 36 cod. cons: è evidente che, alla nullità parziale necessaria delle clausole vessatorie, segue la riespansione delle norme dispositive. Del resto le clausole abusive sono tali proprio perché aggravano la posizione della parte aderente rispetto alla posizione che risulterebbe dalla disciplina legale dal contratto.

Dunque, nei casi in cui il legislatore lascia spazio all’autonomia privata “*a condizione che non si vada oltre certi limiti, o che siano rispettate determinate forme*”<sup>218</sup>, la clausola disapprovata è sostituita con regole dispositive normalmente derogabili. E proprio con riguardo a tali fattispecie si è evocata la categoria delle norme cd. “*semidispositive*”<sup>219</sup>.

Non appare allora insuperabile il rilievo secondo cui le norme suppletive possano trovare applicazione esclusivamente nell’ipotesi di lacune dovute alla mancata regolamentazione delle parti, ma non anche per il caso di lacune

---

di nullità; e ci si può interrogare circa la possibilità che (anche al di là delle scelte espresse del legislatore) norme derogabili si prestino a sostituire patti di deroga disapprovati dall’ordinamento.

<sup>218</sup> G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 13.

<sup>219</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 488. Già A. GIORDANO, *I contratti per adesione*, Milano, 1951, p. 121, rileva come le norme dispositive derogabili solo nel rispetto dell’art. 1341 c.c., “*si comportano come norme relativamente disponibili*”.

determinate da nullità parziale.

Se esistono regole (imperative<sup>220</sup>) di controllo sulla deroga al diritto dispositivo e la deroga è “iniqua”, è certo possibile che, in luogo del patto di deroga (nullo), produca effetti la norma dispositiva la cui inosservanza è all’origine dell’invalidità<sup>221</sup>.

D'altronde anche l'interprete più cauto in ordine all'ammissibilità di una “correzione dispositiva” del contratto, riconsidera la questione alla luce del “nuovo diritto dei contratti”, che consentirebbe di rendere il ricorso al diritto dispositivo in chiave correttiva<sup>222</sup>, non solo prospettabile, ma finanche obbligato tenuto conto della *ratio* protettiva del controllo sulla deroga abusiva.

Sembra allora che possa essere superata l'obiezione circa l'incompatibilità logica tra nullità e norme dispositive, le quali innegabilmente talvolta si prestano ad una funzione “correttiva” dell'autonomia negoziale.

Occorre tuttavia verificare se tale operazione sia altresì fondata nel nostro ordinamento anche in mancanza di previsioni esplicite di sostituzioni con

---

<sup>220</sup> Ma cfr. G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, p. 651, per cui non si assiste in questi casi ad una trasformazione del diritto «dispositivo» in «diritto cogente», sicché “la nullità non si atteggia come nullità per contrasto con norme imperative” bensì per contrarietà all’ “ordine pubblico economico (di protezione)”. Analogamente F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, p. 713, ritiene, con riferimento alle clausole abusive - in cui “l'abusività non è caratteristica intrinseca della clausola” - che dette clausole non si pongano in conflitto con norme imperative proprio perché “esprimono la deroga in astratto permessa al diritto dispositivo”. Sicché, per quest'Autore, sarebbe l'abuso dell'autonomia negoziale all'origine della nullità dei patti di deroga (abusiva) a norme dispositive. Non sembra tuttavia che qui sia in questione la “trasformazione” del diritto dispositivo in diritto cogente: bensì, piuttosto, la disapprovazione di determinate deroghe a regole legali normalmente, o secondo certe modalità, derogabili: disapprovazione ad opera di un divieto che sembra difficile non qualificare come imperativo.

In realtà, la preoccupazione delle opinioni in esame è quella di legittimare una discontinuità, rispetto allo statuto “classico” dell'invalidità, del regime della supposta nullità per “abuso di autonomia negoziale” o per contrasto con l'ordine pubblico di protezione (v. ancora D'AMICO, *op. cit.*, pp. 648, 653 e ss.). Tuttavia l'invocata discontinuità di disciplina sembra, come si è visto, guadagnabile anche continuando a ritenere, come sembra corretto, che la nullità per deroghe abusive segua il conflitto con divieti imperativi.

<sup>221</sup> Così A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 252.

<sup>222</sup> Così F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., pp. 698, 708 e ss., dopo aver negato che norme dispositive si possano prestare ad intervenire su lacune sopravvenute, con argomenti che non si è reputato di potere condividere, finisce per accedere ad esiti più “liberali” in tutti i casi in cui si faccia questione di contratti che vedano come protagonista il consumatore.

materiale dispositivo. Atteso che la sostituzione non è legittimata da una specifica norma analoga a quella di cui all'art. 1339 c.c. per il caso di inosservanza di una norma inderogabile, l'indagine sulla praticabilità, nel sistema, della conformazione dispositiva necessita di approfondimento.

Prima di procedere a tale verifica, occorre affrontare l'obiezione secondo la quale l'integrazione dispositiva, per sua natura, non avrebbe riguardo al "contenuto minimo della manifestazione della volontà negoziale". Le norme dispositive rappresenterebbero il mezzo attraverso il quale l'ordinamento completa un regolamento negoziale lacunoso esclusivamente nei suoi elementi accidentali; esse, pertanto, non potrebbero mai operare qualora la lacuna riguardi un elemento essenziale.

In senso opposto è da rilevare che, assai di frequente, il legislatore prevede una disciplina dispositiva volta proprio a definire elementi essenziali del contratto, quali le prestazioni a carico delle parti.

Si pensi ai casi in cui il legislatore definisce i criteri per la determinazione del prezzo dovuto, come avviene, a titolo d'esempio, nella disciplina della compravendita (art. 1474 c.c.), della somministrazione (art. 1561 c.c.), di appalto (art. 1657 c.c.), di mandato oneroso professionale (art. 1709 c.c.), di contratto di commissione (art. 1733 c.c.), di contratto di spedizione (art. 1740 c.c.), di contratto di mediazione (art. 1755 c.c.), di contratto d'opera (art. 2225 c.c.) e di contratto d'opera intellettuale (art. 2233 c.c.)<sup>223</sup>.

Proprio di recente si è evidenziata la tendenza del legislatore a predisporre un complesso di norme dispositive volte a garantire il funzionamento del contratto non compiutamente determinato dalle parti contraenti; un intervento in

---

<sup>223</sup> Si consideri anche l'art. 55 della Convenzione di Vienna del 1980 il quale, in tema di vendita internazionale, stabilisce che il contratto è validamente concluso anche "*senza che il prezzo delle merci vendute sia stato espressamente o implicitamente fissato nel contratto, o da una disposizione che permetta di determinarlo*", poiché "*si reputa che le parti si siano, salvo disposizioni contrarie, tacitamente riferite al prezzo solitamente praticato al momento della conclusione del contratto, nel ramo commerciale considerato, per le stesse merci vendute in circostanze analoghe*".

tale direzione sarebbe così consistente da indurre taluno a svalutare il problema della nullità dei contratti d'impresa per indeterminatezza dell'oggetto<sup>224</sup>.

Del resto le norme dispositive si interessano essenzialmente di definire elementi della prestazione contrattuale (il luogo, il tempo, etc.), la cui mancata disciplina lascerebbe indeterminati gli impegni contrattuali, con ovvi rischi per la "tenuta" del contratto. L'oggetto risulta di frequente determinabile<sup>225</sup> proprio grazie al ricorso a norme dispositive e tale constatazione risulta utile ai nostri scopi, ove alla caducazione del patto possano seguire problemi nella determinazione delle prestazioni e quindi dell'oggetto del contratto<sup>226</sup>.

I risultati cui si è pervenuti possono essere così riassunti: le norme dispositive sono in grado di colmare anche lacune determinate da nullità; esse, inoltre, disciplinano elementi essenziali del contratto, ovvero regolano prestazioni che qualificano il tipo negoziale.

Resta da stabilire quale sia la ragione per la quale, nel silenzio del legislatore, si debba preferire la sostituzione della clausola (essenziale) abusiva alla nullità dell'intero regolamento contrattuale.

---

<sup>224</sup> Per entrambe le considerazioni evocate nel testo si veda G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 30 e ss.

<sup>225</sup> Anzi, sarebbe proprio sul piano della necessità di una vera e propria determinazione dell'oggetto del contratto, ovvero sulla sufficienza di una sua determinabilità, che riviverebbe l'antica distinzione tra contratti civili - ove si rende necessaria una determinazione diretta ad opera delle parti dell'oggetto negoziale - e contratti commerciali retti invece dalla logica della determinabilità: cfr. G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti d'impresa*, cit., p. 31. Sul punto cfr. A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Napoli, 2000, p. 261 e ss.

<sup>226</sup> Non è evidentemente questa la sede per una riflessione sulla nozione, certo discussa, di oggetto del contratto. Basti al riguardo ricordare come talora si individui l'oggetto del contratto nelle prestazioni dedotte nel negozio (tra gli altri, P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, p. 60 e ss.; G. DE NOVA, *L'oggetto del «contratto di informatica»: considerazioni di metodo*, in *Dir. inf.*, 1986, p. 804), talaltra nel bene economico oggetto della prestazione (tra gli altri, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 578; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, Milano, 1968, t. I, p. 138), talaltra ancora nel complessivo contenuto negoziale (per tutti R. SACCO, SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, p. 3 e ss.). Sul punto si rinvia comunque a E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti* diretto da Pietro Rescigno e Enrico Gabrielli, Torino, 1999, p. 695 e ss.; nonché a G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti d'impresa*, cit., p. 31. Sembra comunque da ritenere che quando difetti la determinazione della prestazione il problema che si pone è proprio quello della determinazione dell'oggetto del contratto.

Anche perché la mancanza di una norma espressa in tal senso - a differenza di quel che accade nel caso di violazione di una norma inderogabile<sup>227</sup> - sembrerebbe dovere indurre l'interprete a ritenere nullo l'intero contratto quando sia invalida una clausola essenziale.

Per superare il problema non basta affermare che le norme dispositive suppliscono a deficienze del regolamento negoziale, siano esse sopravvenute oppure originarie; tale assunto va dimostrato, perché non spiega perché mai la lacuna che segue la nullità sia trattata come quella che segue al mancato esercizio dell'atto di autonomia.

D'altronde, ritenendo sempre operativa la sostituzione con norme dispositive, la scelta dell'interprete contrasterebbe e prenderebbe il posto di quella del legislatore per il caso di nullità parziale: sia quella "tradizionale" di cui all'art. 1419, primo comma, c.c.<sup>228</sup>; sia quella più recente della salvezza "per il resto" di cui, ad esempio, all'art. 34 cod. cons..

Non mancano allora argomenti che suscitano più di qualche perplessità circa una generale ammissibilità della correzione del contratto mediante regole dispositive, tanto più se si consideri la generale cautela con cui sono state interpretate norme, come l'art. 1339 c.c., che invece una conformazione del contratto certo garantiscono<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> Se in passato si è ritenuto che anche senza l'intervento espresso dell'art. 1339 c.c., all'inosservanza di norme inderogabili potesse seguire la sostituzione del patto invalidato con le regole imposte, poiché, in fondo, imponendo contenuti negoziali, *"la norma ricollega al contratto effetti corrispondenti al contenuto delle norme imperative"* (v. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1973, p. 127 e s.) nel nostro caso non si fa evidentemente questione di prezzi o condizioni imposti.

<sup>228</sup> Lo notava già, pur favorevole all'idea della sostituzione, G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale, e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, cit., p. 489. Netamente per quest'obiezione A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, p. 282 e s.

<sup>229</sup> Sebbene, di tutta evidenza, l'art. 1339 c.c. autorizzi una volta per tutte la sostituzione del patto difforme con la disciplina inderogabile, non sono mancate opinioni restrittive, che subordinano la correzione ex artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c., all'espressa previsione (di sostituzione) da parte della singola norma inderogabile violata. Nel passato, in letteratura, G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 225 e ss.; solo apparentemente in questo senso la massima (ambigua) di Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, in *Arch.civ.*, 2000, p. 977, che però ritiene operante la sostituzione ex art. 1419, secondo comma, c.c. solo nel caso di rigida predeterminazione delle regole in sostituzione. Ma l'orientamento

Per superare le difficoltà di cui si è dato conto, si osserva che è ormai diffuso nel nostro ordinamento il ricorso alla tecnica della nullità alla deroga abusiva e alla sostituzione con regole dispositive<sup>230</sup>.

Come già rilevato, siffatte fattispecie, già contenute nel codice civile (art. 1815, secondo comma, c.c., prima della modifica ad opera della L. 108/96; art. 1341 c.c.; art. 1284 c.c.)<sup>231</sup>, sono oggi sempre più numerose poiché il legislatore, abbandonando la tecnica di cui all'art. 1339 c.c., sempre più di frequente controlla la deroga alle regole dispositive (v. art. 7 del D. lgs. n. 231 del 2002; artt. 117 e 124 TUB; artt. 33 e 36 cod. cons.).

Né, d'altronde, la tecnica legislativa appare sorprendente: le fattispecie in questione (v. art. 7 del D. lgs. n. 231 del 2002; artt. 117 e 124 TUB; artt. 33 e 36 cod. cons.) si caratterizzano per il fatto che il contratto è predisposto ad opera di un solo contraente; sarebbe allora normale che l'ordinamento miri a controllare quella deroga che, normalmente, è libero esercizio di autonomia negoziale<sup>232</sup>, reputando operanti regole non inderogabili, ma ritenute "normali" ovvero soddisfacenti per la parte che subisce la deroga abusiva.

Le fattispecie in questione sono dunque accomunate da un'identità di

---

opposto è da sempre, e comprensibilmente, il più accreditato: v. in giurisprudenza Cass. 21 agosto 1997, n. 7822; Cass. 21 dicembre 1994, n. 11032; Trib. Milano 13 novembre 1995, in *Giust.civ.*, 1996, I, p. 1820 e s., per le quali, anzi, l'art. 1339 acquista funzione normativa quando vi sia contrasto tra il contenuto del contratto e la previsione legale e tuttavia la legge non prevede esplicitamente la sostituzione automatica.

<sup>230</sup> G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 13.

<sup>231</sup> E proprio tali norme spiegano le aperture già mostrate in passato ad una più larga operatività delle regole dispositive ai fini dell'adattamento del negozio. V. G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, cit, p. 488 e ss., con riguardo alla già evocata vicenda della nullità della clausola vessatoria non espressamente approvata ex art. 1341 c.c.; ma la stessa soluzione, per l'Autore, si prospetterebbe nell'ipotesi in cui le parti, libere di determinare la misura della ripartizione degli utili nel contratto di società, si siano spinte ad escludere uno o più soci da ogni partecipazione agli utili od alle perdite (patto - cd. leonino - reputato nullo dall'art. 2265 c.c.): anche in questo caso si potrebbe ritenere operante la disciplina dispositiva di cui all'art. 2263 c.c.

<sup>232</sup> Assai perspicui, in proposito, i rilievi di G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., p. 648, per cui mentre non c'è nessuna ragione di (e sarebbe anzi contraddittorio) assoggettare a «limiti» la possibilità accordata alla scelta concorde di entrambi i contraenti di derogare al diritto «dispositivo» si capisce invece come il potere di deroga unilaterale accordato a (ed esercitato da) una sola delle parti (e con pretesa, ovviamente di «vincolare» anche l'altra) non possa essere «assoluto».

*rationes*, essendo tutte dirette a salvaguardare gli interessi del contraente debole ovvero l'efficienza del mercato, che sono pregiudicati da una clausola ingiusta od abusiva.

Poiché di regola detti interessi vengono soddisfatti dalla correzione del regolamento negoziale – essendo il contraente protetto interessato all'operazione economica - piuttosto che dalla obliterazione dell'intero contratto, in tutti i casi in cui lo squilibrio del regolamento trovi ragione nella deroga abusiva alla disciplina dispositiva, sarebbe ovvio che le norme derogabili, ma derogate arbitrariamente, finiscano per colmare la lacuna che segue la nullità<sup>233</sup>. Proprio la propensione a considerare “normale” la sostituzione del patto abusivo avrebbe indotto il legislatore delle clausole abusive a stabilire la salvezza del contratto “per il resto”, senza ulteriore apprensione quanto all'effettiva operatività della tecnica<sup>234</sup>.

Poiché il legislatore, rifuggendo dalla tecnica di cui all'art. 1419, primo comma, c.c., circoscrive espressamente la nullità alla sola clausola abusiva per garantire la conservazione del regolamento residuo, quando la clausola invalidata è “essenziale” dal punto di vista strutturale, sarebbe normale richiamare quella tecnica che consente la conservazione del negozio, non pregiudicando la scelta protettiva operata dal legislatore<sup>235</sup>.

Dunque lo scopo dell'invalidità, per i casi in cui la nullità colpisca un patto essenziale del contratto, ne legittimerebbe la sostituzione<sup>236</sup>.

Si è inoltre rilevato come la correzione mediante norme dispositive possa

---

<sup>233</sup> A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 264.

<sup>234</sup> Analoghe considerazioni in G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, cit., p. 41.

<sup>235</sup> V. C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie, cioè abusive*, cit., p. 19.

<sup>236</sup> In questa direzione C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie, cioè abusive*, cit., p. 39, cui per un verso appare chiaro che la regola della salvezza “per il resto” del contratto privato della clausola nulla opera solo nel caso di clausole secondarie, perché il contratto privo di clausola essenziale non potrebbe certo conservarsi. Ma che, per altro verso, ritiene che l'esplicita scelta conservativa desumibile dalla *ratio* della previsione di nullità potrebbe indurre l'interprete a ricercare la sopravvivenza del contratto ricorrendo alla supplenza di norme dispositive: perché è proprio “l'intento di tutela del consumatore” ad imporre di prendere sul serio, e di ricercare fino all'ultimo, la salvezza del resto del contratto.

essenzialmente profilarsi, e lo rilevano le fattispecie qui in discussione, in tutti i casi in cui il legislatore, disciplinata una certa materia, per un verso attribuisca alle parti la facoltà di derogare negozialmente alla disciplina legale; per l'altro limiti tale facoltà, condizionandola all'osservanza di vincoli di forma ovvero vietando deroghe reputate - in genere perché oltrepassano di una certa misura la regola legale - abusive.

In questi casi di “deroga abusiva a norme derogabili”, l'intervento dell'ordinamento teso al controllo della deroga avrebbe caratteri di “imperatività”; perché alla scelta di dettare norme dispositive per disciplinare una certa materia si accompagna quella di vietare le deroghe alla disciplina dispositiva, qualora non siano osservati vincoli di forma ovvero limiti di contenuto. Di conseguenza nelle fattispecie in questione *“la “deroga” si configura come una vera e propria violazione di una regola legale imperativa”*<sup>237</sup>.

Nelle fattispecie analizzate, analogamente a quel che accade nei casi

---

<sup>237</sup> Sui rapporti tra norme inderogabili ed imperative, e sulla non sovrapposizione dei due concetti, v. soprattutto R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, cit., p. 279 e ss.; più di recente, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 244 e ss. Su questi problemi, da ultimo, chiare le considerazioni di G. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in F. Di Marzio (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 21 e ss. (nota 21). Invero è convincente l'idea che non tutte le norme inderogabili siano altresì imperative, mentre nel contempo non è ovviamente dato alle parti di derogare a norme imperative. Albanese (*op. ult. cit.*, p. 248-250) si spinge a ritenere che la distinzione tra norme inderogabili (che possono essere pertanto sia ordinarie sia imperative) e norme imperative possa avere rilevanza altresì ai fini dell'individuazione della disciplina della nullità parziale applicabile. Perché nell'ipotesi in cui la legge vieti, in via imperativa, un certo contenuto negoziale (come quando vieti alle parti di pattuire oltre un minimo od un massimo) potrebbe operare la sostituzione legale ex art 1339 c.c., e quindi la regola di nullità parziale di cui al capoverso dell'art. 1419 c.c. Nel caso in cui, invece, il legislatore si spinga a disciplinare i patti in modo inderogabile, la prevalenza della disciplina legale in luogo di quella convenzionale difforme non passerebbe per l'inserzione di clausole nel contenuto del negozio, con la conseguente inoperatività degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c.; con il paradossale corollario del potenziale fallimento dell'intervento correttivo: l'operare della regola ordinaria art. 1419 primo comma c.c. imporrebbe infatti di valutare se senza il patto difforme, la parti avrebbero contrattato o meno.

Ma una tale soluzione si fonda su di un presupposto incerto, cioè quello per cui norme inderogabili che disciplinano la sostanza del contenuto negoziale non postulino la disapprovazione del patto difforme e la sua sostituzione; e sul piano operativo è fortemente riduttiva delle scelte racchiuse nell'art. 1339 c.c., che sembra dovere essere ritenuto operante sia quando il legislatore si limiti a porre condizioni e prezzi limite sia quando, invece, predisponga direttamente contenuti negoziali.

regolati dall'art. 1339 c.c., vi è un conflitto tra regola pattizia e disciplina legale che può essere ragione di sacrificio della prima.

La previsione di cui all'art. 1339 c.c. e quelle in esame<sup>238</sup> sono accomunate da un “*giudizio negativo*”, che ha ad oggetto la difformità esistente tra il patto ed una determinata disciplina legale<sup>239</sup>. L'invalidità segue non alla trasgressione di un mero divieto negativo, bensì all'inosservanza di un *regolamento legale*; di un divieto, in altre parole, formulato “*in positivo*”<sup>240</sup>.

L'unica differenza tra le due tecniche sta in ciò, che nei casi disciplinati dall'art. 1339 c.c. la disapprovazione ha *tout court* ad oggetto l'inosservanza della regola legale (ordinativa) che l'ordinamento vuole imporre; nelle nullità di protezione, invece, la disapprovazione riguarda, non tutte le deroghe alla regola legale, ma solo quelle ritenute “abusive” perché eccedenti i limiti di contenuto o di forma imposti dalla legge.

In definitiva, l'idea di sostituire con regole legali dispositive le clausole invalidate perché difformi, non sarebbe estranea alle indicazioni desumibili dal sistema, che anzi suggerirebbe come nel caso di conflitto tra regole legali e regole pattizie che si risolva a favore delle prime, il legislatore propenda per l'operatività, in luogo della clausole negoziali nulle, della regola legale la cui inosservanza è stata ragione di nullità. E tale correzione sarebbe imposta tenuto conto della *ratio* dell'invalidità, soddisfatta solo dalla conservazione del negozio, pur corretto nei suoi contenuti<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Così A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., pag. 266.

<sup>239</sup> E si è osservato come l'assunto non possa essere superato considerando che nella nullità “classica” la disapprovazione avrebbe ad oggetto l'atto, la fattispecie negoziale, mentre quando si accerti la deroga abusiva a regole normalmente derogabili la nullità, piuttosto, “*si comprende nella logica del contesto in cui il contratto accade*” (così F. Di MARZIO, da ultimo in *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., p. 716); affermazione questa che sembra descrittiva della modalità (che talora possono invero rivelarsi complesse) in cui si accerta l'effettivo contrasto tra un patto ed una regola legale che disapprova il patto iniquo.

<sup>240</sup> Così A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 267.

<sup>241</sup> Analoghe considerazioni in G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, cit., p. 41.

#### 4.2 *Segue: critica.*

La tecnica della sostituzione della clausole nulle con norme dispositive, pur essendo “positivizzata” nelle numerose fattispecie sopra menzionate, non sembra tuttavia suscettibile di un’applicazione generalizzata.

Essa, infatti, non è sempre conforme alle politiche di trasparenza adottate dal legislatore, poiché quando si impone alle parti di rendere trasparente il negozio, l’integrazione rischia di lasciare senza sanzione la condotta del contraente qualificato: scelta la sanzione più pesante (nullità) rispetto a quella più lieve (risarcimento), e neutralizzata la prima dall’operare di strumenti di integrazione, la condotta non trasparente resta priva di conseguenze.

Per questo motivo il legislatore opta in alcuni casi per la nullità dell’intero contratto. Si veda l’art. 117, comma 8, del T.U.B., il quale demanda alla Banca d’Italia la facoltà di determinare il contenuto di determinati contratti o titoli e stabilisce che l’inosservanza dei contenuti imposti – ai quali ben avrebbe potuto conseguire la correzione del regolamento- è ragione di nullità dell’intero contratto<sup>242</sup>.

Inoltre il legislatore, nei casi in cui decide per la salvezza del contratto, talvolta non prevede alcuna sostituzione della clausola invalida con norme dispositive, ma con evidente finalità punitiva (più che di riequilibrio) dispone che “*nulla è dovuto*” (art. 23, secondo comma, T.U.F.; art. 117, comma 7, lett. b, T.U.B.).

Quando invece opera la sostituzione della clausola nulla, poiché non si fa questione di deroga abusiva a norma dispositiva bensì di inosservanza del vincolo ad una regolazione trasparente<sup>243</sup>, il materiale sostitutivo non è

---

<sup>242</sup>V. G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 94, il quale osserva che in una fattispecie in cui certo la salvezza del contratto era a portata di mano - non tanto invocando la strada dell’inefficacia in luogo della nullità - quanto prospettando la sostituzione dei patti difformi con i contenuti imposti - il legislatore ha preferito la strada della nullità totale.

<sup>243</sup>Sulla differenza fra regole imperative di informazione e regole imperative del contenuto negoziale v. S. GRUNDMANN, *L’autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 278: <<Le regole imperative che

rappresentato dalle “normali” norme dispositive, ma da regole dal contenuto affatto peculiare che, in quanto favorevoli al contraente non qualificato vittima di un regolamento oscuro, rendono il regolamento negoziale comunque accettabile.

Talora si tratta di regole determinate dallo stesso contraente qualificato e che questi ha reso “pubbliche” alla clientela in ottemperanza a prescrizioni legali. Prevedere che il contratto oscuro abbia il contenuto prospettato al cliente mediante pubblicità nella fase delle trattative significa garantire che il consenso del cliente si sia formato consapevolmente sulla base di indicazioni a lui “illustrate” (v. art. 117, settimo comma, lett. b), TUB, il quale dispone l’integrazione del contratto mediante *“prezzi e condizioni pubblicizzati”*).

Talaltra il legislatore prospetta l’applicazione in via sostitutiva di regole diverse che garantiscono comunque un trattamento favorevole al contraente non qualificato: il regolamento è quello che il cliente avrebbe presuntivamente approvato anche se dettagliatamente informato. Si veda l’art. 117, lett. a) del TUB che prevede l’applicazione in via sostitutiva del *“tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell’economia e delle finanze”*.

La tecnica della sostituzione con norme dispositive non appare neppure adeguata per riequilibrare il contratto frutto dell’abuso di dipendenza economica. Anche qui il giudizio di nullità non si fonda sulla deroga abusiva ad una norma dispositiva, ma sull’esistenza di *“condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose”* (art. 9 L. n. 192/1998).

---

*prescrivono una determinata soluzione costringono la vaerità dei possibili contenuti entro un margine ben delimitato (...) oppure lo riducono ad un unico profilo ... Le regole di informazione sono sì anch’esse imperative, in quanto impongono l’obbligo (sottratto alla disponibilità dei privati) di informare. Non sono però imperative per quanto attiene alla soluzione, in ordine alla disciplina del rapporto, che viene in ultima analisi preferita. A tal fine esse si limitano soltanto a preparare il terreno per una scelta di autonomia privata, nel rispetto della varietà dei contenuti e delle preferenze individuali>>.*

In questo caso, diversamente da quanto accade per la nullità con scopi di trasparenza, la finalità di tutela della parte debole esige necessariamente la salvezza del contratto, poiché la nullità totale comporterebbe l'uscita dal mercato dell'impresa che si dovrebbe tutelare, alla quale quindi converrebbe conservare il regolamento squilibrato.

Tuttavia l'applicazione della norma suppletiva non sembra idonea ad assicurare la finalità di riequilibrio sottesa alla norma.

Supponiamo che in un contratto di vendita o somministrazione la parte "forte" riesca ad imporre all'impresa acquirente (ed economicamente dipendente) un prezzo eccessivamente elevato rispetto a quello di mercato.

L'applicazione della norma dispositiva determinerebbe la sostituzione della clausola nulla con *"il prezzo normalmente praticato dal venditore"* (art. 1474 c.c. richiamato dall'art. 1561 c.c.). Tuttavia, ove il venditore praticasse agli altri partner commerciali (in pari posizione di asimmetria) un prezzo superiore a quello di mercato, la norma dispositiva non garantirebbe il raggiungimento del livello a cui si attestano le altre contrattazioni nel mercato di riferimento.

Nel caso speculare in cui è l'impresa debole a vendere a un prezzo eccessivamente basso (imposto dal contraente forte), potrebbe essere impraticabile il ricorso al prezzo normalmente pattuito dal venditore, perché di frequente la dipendenza economica deriva dall'avere la parte debole come unico rapporto contrattuale quello con l'impresa responsabile dell'abuso.

In conclusione, nel caso di abuso di dipendenza economica, la sostituzione dispositiva non rappresenta una soluzione soddisfacente per la parte che subisce la deroga abusiva, poiché non consente il raggiungimento di quel riequilibrio contrattuale cui mira la nullità di protezione<sup>244</sup>.

---

<sup>244</sup> V. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, Milano, 2003, p. 177. ID, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere: costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, in Studi per Giovanni Nicosia, V, Milano, 2007, p. 249.

E la preoccupazione dell'inadeguatezza delle norme dispositive sembra coinvolgere persino il legislatore, il quale, in fattispecie in cui la sostituzione con regole dispositive appare la soluzione più naturale, prospetta soluzioni diverse proprio in considerazione della potenziale inadeguatezza dei contenuti delle regole dispositive e della necessità di un intervento correttivo duttile, perché calibrato sul caso concreto. Come accadeva, significativamente, con riferimento alla nullità dei patti sui termini di pagamento iniqui: l'art. 7, d.lg. n. 231/2002 evocava sì, al riguardo, la sostituzione dispositiva dei patti, ma in alternativa prospettava altresì la possibilità di una rideterminazione giudiziale di termini di pagamento considerati, nel singolo caso, adeguati.

CAPITOLO V

RIEQUILIBRIO GIUDIZIALE E ALTRE TECNICHE DI ADATTAMENTO  
DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Fattispecie legali di integrazione giudiziale: la riduzione della penale eccessiva (art. 1384 c.c.); la determinazione del canone di locazione (art. 13 L. 431/98); la riconduzione ad equità dell'accordo iniquo sui termini di pagamento (art. 7 D. Lgs. 231/02); 2. Ipotesi giurisprudenziali di riequilibrio del contratto parzialmente nullo da parte del giudice: il trasferimento degli spazi destinati a parcheggio; la nullità della clausola part-time non stipulata per iscritto nel contratto di lavoro subordinato; retribuzione inadeguata nel contratto di lavoro; 3. Potere integrativo e disciplina delle sopravvenienze. 4. Riequilibrio economico del contratto mediante il risarcimento per equivalente. 5. Prospettiva *de iure condendo* sul potere correttivo del giudice.

**1. Fattispecie legali di integrazione giudiziale: la riduzione della penale eccessiva (art. 1384 c.c.); la determinazione del canone di locazione (art. 13 L. 431/98); la riconduzione ad equità dell'accordo iniquo sui termini di pagamento (art. 7 D. Lgs. 231/02)**

Considerate le difficoltà riscontrate sulla strada della “integrazione dispositiva” del contratto che contempli pattuizioni abusive, non sorprende che la tecnica dell'intervento giudiziale sul regolamento sia invocata quale strumento atto, per un verso, a garantire un adattamento del contratto in ogni caso in cui ciò si renda necessario per soddisfare la *ratio* della previsione di nullità; e, per l'altro, in grado di assicurare un intervento correttivo flessibile che, per sua natura, si adatta alla fattispecie delle cui vicende il giudice è investito.

Occorre pertanto interrogarsi sull'operare del meccanismo della correzione giudiziale del contratto che contempli patti abusivi, tenendo peraltro conto che il ricorso, nei casi di caducazione del patto abusivo, al meccanismo della

correzione giudiziale non è evocato nel solo caso in cui - ad esempio per la carenza di regole dispositive in sostituzione - non vi siano alternative alla salvezza del contratto.

Vi è infatti chi considera che un simile intervento giudiziale assicurerebbe sempre le soluzioni più adeguate a garantire le finalità perseguite dal legislatore che vieta l'abuso<sup>245</sup>.

In particolare, per il caso di nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica, si è ritenuto che solo il giudice, una volta valutato in concreto l'abuso - ad es. comparando le condizioni dell'accordo con quelle praticate dall'impresa dominante ad altri clienti - sia in grado di ricostruire la regola idonea a soddisfare gli interessi che la norma vuole garantire<sup>246</sup>.

Sarebbe allora davvero questo il momento per accreditare un più largo intervento del giudice sul regolamento negoziale "abusivo". Talora perché questa sola è la strada per assicurare una correzione del contratto; in ogni caso perché la correzione giudiziale si presta meglio di ogni altra a dare effettività alle scelte perseguite dall'ordinamento e volte a obliterare il patto abusivo.

In questa prospettiva, si assume che la politica della manutenzione del contratto nullo nelle sue porzioni "inique" non potrebbe prescindere dall'intervento del giudice<sup>247</sup>.

Poiché tuttavia si è dubitato dell'operatività ai fini correttivi dell'art. 1374 c.c. - che evoca tra le fonti di integrazione, pur in via subordinata, l'equità - si tratta di capire come giustificare nei nostri casi un generalizzato potere di

---

<sup>245</sup> Per il caso dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, denuncia la tendenziale inadeguatezza delle regole dispositive di *default* F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, vol. V, 2, p. 691. Ma l'orientamento non è isolato: cfr. G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "costituzione" europea*, Milano, 2005, p. 138.

<sup>246</sup> Cfr. M.R. MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere, costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, cit., p. 255 ss. (e già ID., *Abuso di dipendenza economica e autonoma privata*, Milano, 2003, 177 s.), che peraltro, come si è visto, fonda l'intervento del giudice direttamente sull'art. 1339 c.c., reputando così di limitare la discrezionalità giudiziale.

<sup>247</sup> Si veda, ancora, F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., 747.

intervento del giudice sul contratto.

Taluno, in proposito, considera che se il legislatore affida al giudice il compito di valutare l'equilibrio (normativo ma talora anche economico) delle pattuizioni negoziali, non si vede perché, una volta accertata la natura iniqua del patto, l'interprete non possa altresì sostituire i patti nulli riconducendoli ad equità<sup>248</sup>.

E tanto più una tale conclusione si imporrebbe considerando quella che è, nei casi in esame, la tecnica di disapprovazione dei patti, che non opera mediante una determinazione di norme inderogabili ovvero per il tramite di un'analitica definizione dei patti meritevoli di disapprovazione, ma che, servendosi di "clausole generali", assegna al giudice il compito di accertare l'iniquità ovvero il carattere abusivo del patto.

Dunque, nella prospettiva in esame, il legislatore che sanzioni "l'abuso dell'autonomia contrattuale" di una parte, nel disapprovare il patto iniquo non potrebbe che imporre, anche quando non lo espliciti, la sua correzione mediante un regolamento equo, che è il giudice a dover ricostruire.

La tesi è argomentata con il richiamo alle norme che legittimano l'intervento correttivo del giudice<sup>249</sup> ed in particolare: l'art. 1384 c.c. che consente al giudice la riduzione della penale se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo; l'art. 13, comma 5, ultimo periodo, L. 431/98 che, nel caso in cui il locatore abbia preteso l'instaurazione di un rapporto di locazione di fatto, consente al giudice di accertare l'esistenza del contratto di locazione e di

---

<sup>248</sup> Peraltro vi è chi osserva che la formulazione ad opera del legislatore di clausole generali ai fini del controllo dei contenuti negoziali - e soprattutto l'indicazione di criteri idonei a concretizzarle - sottrarrebbero al giudicante la possibilità di decidere in via meramente equitativa del carattere iniquo dei patti: v. G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, cit., 244.

<sup>249</sup> V. S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit. 239 ss., che propone (op. ult. cit., 258) un'applicazione della logica all'art. 9, l. n. 192/1998, e art. 13, l. n. 431/1998, che autorizzano una correzione giudiziale del patto iniquo.

determinare il canone dovuto<sup>250</sup>; l'art. 7 D. Lgs. 231 del 2002 il quale (nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte dal D. Lgs. 9 novembre 2012, n. 192) prevedeva, in alternativa all'applicazione dei termini legali, la riconduzione ad equità dell'accordo iniquo sui termini di pagamento.

Dette disposizioni, lungi dal configurarsi quali norme eccezionali, non farebbero altro che esplicitare quel che è "ovvio" ovvero che un patto disapprovato perché iniquo non può che essere sostituito dal patto equo.

L'argomento non sembra però decisivo perché non si può fare discendere dall'attribuzione al giudice della facoltà di giudicare patti iniqui altresì un potere di correzione del contratto: un conto sono le scelte dell'ordinamento quanto alla disapprovazione di un patto, altro conto quelle scelte che - imponendo regole e non limitandosi a caducare contratti - sono ben più "intrusive" rispetto all'autonomia privata.

Restano tuttavia le previsioni legali menzionate, che, legittimando l'intervento correttivo del giudice, potrebbero indurre a ritenere che si vada affermando nel sistema - con il moltiplicarsi di fattispecie di nullità a finalità protettive o regolative del mercato - il principio di correzione giudiziale del contratto che contempra patti abusivi.

Occorre pertanto esaminare le disposizioni sopra richiamate per comprendere se l'affermazione di un tale principio possa essere condivisa.

La prima fattispecie (art. 1384 c.c.) presenta sicuri profili di interesse ai fini della presente indagine. La norma prevede che *“la penale può essere diminuita equamente dal giudice ... se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento”*<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> Canone che non può eccedere quello definito ai sensi del comma 3 dell'articolo 2 ovvero quello definito ai sensi dell'articolo 5, commi 2 e 3, nel caso di conduttore che abiti stabilmente l'alloggio per i motivi ivi regolati. V. anche, nell'ambito della *soft law*, gli artt. 3.2.7 dei Principi Unidroit e 4:109 dei *Principles of European Contract Law*.

<sup>251</sup> Una fattispecie simile è quella disciplinata dall'art. 1526, comma 2, c.c. il quale, con riferimento alla vendita con riserva di proprietà, stabilisce che *“qualora sia convenuto che le rate*

Si tratta, secondo la giurisprudenza, di un rimedio previsto in via generale per le manifestazioni di autonomia che eccedono i limiti di meritevolezza posti dall'ordinamento per la categoria generale del contratto. Per questo motivo si è ritenuto che il potere riduttivo sia esercitabile dal giudice *ex officio*.

Il principio è affermato per la prima volta nella sentenza della Suprema Corte n. 10511 del 24 settembre 1999<sup>252</sup>, nella quale si legge che nell'interpretare

---

*pagate restino acquisite al venditore a titolo di indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta*". La ritenzione delle rate pagate costituisce un'indennità pattiziamente determinata (sia pure quantificabile in via successiva) per i danni subiti dal venditore in conseguenza dell'inadempimento del compratore e, come tale, rientra nella più ampia nozione di penale: Cass. 28 giugno 1995, n. 7266, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 6; Cass. 24 giugno 2002, n. 9161, in *Arch. civ.*, 2003, p. 445. In dottrina si è contestato che tra le due fattispecie intercorra un rapporto di specialità in senso stretto, atteso che il patto di acquisizione delle rate già pagate, al contrario della clausola penale, produrrebbe effetti reali: S. MAZZARESE, *Clausola penale, artt. 1382-1384*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, 1999, p. 298.

<sup>252</sup> In *Foro it.*, 2000, I, p. 1929, con nota di A. PALMIERI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 507 ss., con nota di U. STEFINI; in *Contratti*, 2000, 118, con nota di G. BONILINI; in *Giur. it.*, 2000, 1154, con nota di G. GIOIA. La sentenza ha ribaltato per la prima volta l'orientamento contrario alla riducibilità d'ufficio della penale, espresso in numerose pronunce precedenti e poi ancora ribadito sporadicamente in decisioni successive: Cass. 24 aprile 1980, n. 2749, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1784; Cass. 26 gennaio 1982, n. 519, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 207; Cass. 9 giugno 1990, n. 5625, in *Mass. Giur. it.*, 1990, 21, Cass. 24 settembre 1994, n. 7859, in *Foro it. Rep.*, 1994, voce *Appello civile*, n. 32; Cass. 25 marzo 1995, n. 3549, in *Giur. it.*, 1995, I, 3; Cass. 15 gennaio 1997, n. 341, in *Foro it. Rep.*, 1997, voce *Contratto in genere*, n. 425; Cass. 21 ottobre 1998, n. 10439, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2138; e poi Cass. 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, I, 2924 ss.; Cass. 19 aprile 2002, n. 5691, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1075; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in *Arch. civ.*, 2004, 236; Cass. 30 maggio 2003, n. 8813, in *Arch. civ.*, 2004, 357. Molte delle sentenze da ultimo citate, tuttavia, affermano che la domanda di riduzione è da considerarsi implicitamente contenuta nell'assunto della parte di non dovere nulla a titolo di penale, così realizzando una sorta di rilevazione officiosa "mascherata". In dottrina prevale ancora l'opinione contraria alla riducibilità d'ufficio: A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 195; E. MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata* (nota a Cass. 24 aprile 1980 n. 2749), in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 1784; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 1988, p. 381; R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 314; D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contr.*, 2003, 623.

L'orientamento si è poi consolidato nelle successive pronunce: Cass. 23 maggio 2003, n. 8188, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 553 ss., con nota di R. PALASCIANO; e soprattutto Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2006, I, p. 106, con nota di A. PALMIERI; in *Riv. dir. priv.*, 2006, 683, con nota di Cicala; in *Danno e resp.*, 2006, 411, con note di C. MEDICI e di A. RICCIO; in *Notariato*, 2006, 13, con nota di M. TATARANO; in *Dir. e giur.*, 2005, 582, con nota di R. RASCIO; in *Obbl. e contr.*, 2006, 415, con nota di V. PESCATORE; in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 353, con nota di G. SPOTO; in *Riv. dir. proc.*, 2006, 715, con nota di E.F. RICCI; in *Resp. civ. prev.*, 2006, 56, con nota di G. SCHIAVONE. La S.C. ha recentemente precisato che la penale è riducibile d'ufficio anche qualora le parti abbiano contrattualmente convenuto l'irriducibilità della stessa: Cass. 28 settembre 2006, n. 21066, in *Foro it.*, 2007, I, 434, sulla quale si appuntano le critiche di G. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 188 ss.. Per la validità della clausola di irriducibilità della penale v. anche A.

l'art. 1384 c.c. non bisogna lasciarsi suggestionare dalla *“dommatica della volontà”* e da *“risalenti riserve contro l'intervento del giudice nella <<cittadella della autonomia privata>>”*. Si dovrebbe quindi abbandonare il *“mito ottocentesco della volontà e del dogma della intangibilità delle convenzioni”*, che ha influenzato anche il tema della riducibilità della clausola penale. Pertanto, l'intervento riduttivo del giudice andrebbe considerato non *“più in chiave di eccezionalità bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata”*. Questo controllo – sempre secondo la Suprema Corte - implica un bilanciamento tra valori costituzionali: da un lato, l'autonomia negoziale, tutelata dall'art. 41 Cost.; dall'altro, il dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost, che in ambito codicistico si specifica nel dovere di buona fede oggettiva, il quale funzionalizza *“il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale”*. In altri termini, il potere di riduzione ad equità della penale deve essere esercitato d'ufficio poiché si configura come potere-dovere attribuito al giudice per la *“realizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento”*, che, nel caso della penale, si specifica nell'esigenza *“di garantire l'adeguatezza e proporzione della sanzione all'illecito che essa è destinata a prevenire o reprimere”*.

Queste considerazioni vengono riprese e sviluppate dalle Sezioni Unite con la nota sentenza n. 18218 del 13 settembre 2005. Con essa la Corte ha ribadito che il potere attribuito al giudice nel controllo della clausola serve per tutelare un interesse generale dell'ordinamento ovvero *“per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela”*. Di conseguenza il giudice può senz'altro esercitare il potere di controllo anche di ufficio, al fine di *“correggere il potere di autonomia privata riducendolo nei limiti in cui opera il riconoscimento di essa, mediante l'esercizio di un potere equitativo che*

---

MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 195: *“La norma ... è posta a tutela di un interesse del debitore. Perciò ha carattere dispositivo”*.

*ristabilisca un congruo contemperamento degli interessi contrapposti*"; il che equivale a dire che il potere è concesso *"in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità"*.

I principi enucleati dalla Suprema Corte, se portati alle loro estreme conseguenze, potrebbero avere un effetto a dir poco dirompente nel nostro ordinamento: il rischio è quello dell'affermazione di un generale principio di equità correttiva<sup>253</sup>, alla stregua del quale il giudice potrebbe controllare l'equilibrio del contratto in nome del principio costituzionale di solidarietà sociale (art. 2 Cost.). Così il giudice potrebbe ricondurre ad equità il contratto tutte le volte in cui ritenga l'assetto di interessi non meritevole di interesse perché eccessivamente squilibrato in danno di una delle parti.

L'affermazione di siffatto principio non appare tuttavia condivisibile.

In realtà il richiamo della Suprema Corte al *"normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata"* appare del tutto inappropriato, dovendo il potere di riduzione essere spiegato con la funzione punitiva della penale<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 3, p. 927 ss..

<sup>254</sup> V. A. MARINI, voce *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1990, p. 1 ss.; M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *I lineamenti generali*, Milano, 1954, p. 240 ss.; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 186 ss.; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, cit., p. 377 ss.; M. DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998; G. PIOLA, *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, p. 351 ss. Nel codice del 1865 la penale era disciplinata dall'art. 1212, che attribuiva alla clausola la funzione della *"compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento della obbligazione principale"*, nonché dall'art. 1230 sull' *"accertamento dei danni fatto sotto forma di penale"*. La dottrina assolutamente prevalente ascriveva alla clausola penale la sola funzione risarcitoria: L. COVIELLO, *Le obbligazioni negative. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, Napoli, 1931, p. 117 ss.. Ancora oggi, peraltro, vi è chi ritiene che *"la clausola non è chiamata ad assolvere neppure indirettamente una funzione punitiva"*: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 233, nota 47.

Ritiene che il concorso tra le molteplici funzioni non dipende dalla volontà dei contraenti, essendo piuttosto una funzione tipica della clausola penale: MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., p. 181. In senso contrario si veda A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1954, p. 226, ad avviso del quale la funzione sanzionatoria starebbe esclusivamente nel plusvalore della penale rispetto alla normale misura del danno e, dunque, verrebbe meno quando il danno è convenzionalmente liquidato per un ammontare pari o inferiore a quello effettivo; in senso analogo M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 79, secondo cui la clausola può *"assumere, in concreto, sia funzione risarcitoria che sanzionatoria, a seconda delle intenzioni delle parti"*.

È noto che la clausola penale svolge funzioni molteplici: per un verso assolve ad una finalità risarcitoria<sup>255</sup>, consentendo alle parti di liquidare in via preventiva e forfettaria il risarcimento dovuto per l'inadempimento o per il ritardo (funzione risarcitoria), esonerando così le parti dall'onere di provare il danno e snellendo l'eventuale fase contenziosa.

Per altro verso la penale rappresenta uno strumento con cui i privati svolgono una funzione che è propria dell'ordinamento: quello dell'applicazione della pena (funzione punitiva<sup>256</sup>), che deve necessariamente rispettare il principio di proporzionalità.

---

<sup>255</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, 1969, p. 4 ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 131 ss.; F. GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 207 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., p. 224 ss. e p. 520 ss.; L. GHEDINI FERRI, *La riduzione della clausola penale e i valori dell'ordinamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 558 ss.; G.M. PELLEGRINI, *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 801 ss.. In giurisprudenza v. Cass. 14 giugno 1983, n. 4069, in *Foro it. Rep.*, voce *Contratto in genere*, 1983, n. 245; Cass. 8 agosto 1962, n. 2465, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1127; Cass. 30 gennaio 1982, n. 590, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 206; Cass. 17 dicembre 1976, n. 4664, in *Foro it. Rep.*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 217; Cass. 17 ottobre 1985, n. 5122, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 139; Cass. 28 febbraio 1986, n. 1300, in *Foro it. Rep.*, 1986, voce *Contratto in genere*, n. 279; Cass. 16 marzo 1988, n. 2468, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 117; Cass. 3 dicembre 1993, n. 12013, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1247; Cass. 10 aprile 1995, n. 4126, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2393; Cass. 10 luglio 1996, n. 6298, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 1257; Cass. 6 novembre 1998, n. 11204, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 419; Cass. 27 marzo 1999, n. 2941, in *Giust. civ.*, 2000, I, I, p. 1118; Cass. 21 maggio 2001, n. 6927, in *Foro it. Rep.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 409; Cass. 17 giugno 2002, n. 8967, in *Foro it. Rep.*, 2002, voce *Contratto in genere*, n. 64; Cass. 26 giugno 2002, n. 9295, in *Giur. it.*, 2003, 3, p. 450; Cass. 22 novembre 2002, n. 16492, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1023; Cass. 23 dicembre 2004, n. 23965, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 481; Cass. 4 marzo 2005, n. 4779, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 521; Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 981. Il carattere preventivo e forfettario della penale, che “è dovuta indipendentemente dalla prova del danno” (art. 1382, comma 2, c.c.), consente al creditore di snellire il processo, evitando le contestazioni del debitore e le lungaggini della determinazione giudiziale. v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., p. 222, il quale afferma che “il rafforzamento del diritto di credito non attiene ad una diversa, ulteriore funzione della clausola ma è un vantaggio insito nel fatto stesso della preventiva e forfettaria liquidazione del danno”.

<sup>256</sup> La norma, infatti, non richiede la necessaria corrispondenza tra penale ed entità del danno: G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, 1990, p. 1 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; E. MOSCATI, voce *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 770; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, p. 480 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti*, Torino 2000, p. 128. In giurisprudenza, tra le varie, Cass. 26 maggio 1980, n. 3443, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 786: “La clausola penale, come pattuizione accessoria intesa a rafforzare il vincolo contrattuale, ha non solo la funzione di attuare una liquidazione preventiva e forfettaria del danno, ma anche di sancire, essendo essa indipendente dall'effettività del danno, una pena convenzionale a carico della parte inadempiente”. Osserva G. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007, p. 179 che se la funzione della penale fosse solo risarcitoria, la clausola dovrebbe essere nulla nella parte eccedente l'entità del danno da inadempimento perché priva di causa. Alla pena viene

È questa partecipazione dei privati ad un'attribuzione specifica dell'apparato normativo a giustificare il controllo sulla penale che, non a caso, assume il tratto della correzione e non della sostituzione – sanzione. Il legislatore, pur apprezzando positivamente siffatto strumento di autoregolazione degli interessi privati, ritiene necessario un intervento correttivo ove la pena privata abbia un carattere afflittivo eccessivo ed ingiustificato.

La penale è corretta per l'eccessiva sproporzione della sanzione privata<sup>257</sup>, sicché la sua riduzione rappresenta un intervento giudiziale anomalo nel contesto del sistema codicistico, che nulla ha a che fare con l'asimmetria contrattuale delle parti.

E proprio perché la riduzione equitativa ha lo scopo di rimediare ad una sanzione eccessiva, l'art. 1384 c.c. non appare suscettibile di applicazione analogica nei casi in cui la nullità sia dettata al fine protettivo di riequilibrare le prestazioni, né dalla norma è possibile ricavare un generale potere equitativo in funzione correttiva.

Un ulteriore ipotesi di potere integrativo del giudice è contemplata dall'art. 13, comma 5, L. 9 dicembre 1998, n. 431 in tema di locazioni ad uso abitativo.

---

attribuita l'ulteriore funzione di rafforzare il vincolo obbligatorio, inducendo il debitore all'adempimento: S. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit. p. 49; M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 139. In effetti l'induzione ad un determinato comportamento è l'effetto connesso ad ogni genere sanzione, sicché tale finalità non appare autonoma rispetto alla funzione sanzionatoria: F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 132; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, cit., p. 5; R. PALASCIANO, *La riducibilità ex officio della clausola penale tra equità delle sanzioni e principio della domanda*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 556; M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 76.

<sup>257</sup>V. Cass., SS. UU., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.: "A fronte della innegabile (anche concorrente, se non prevalente) funzione sanzionatoria assolta dalla clausola penale, quell'interesse si specifica e consolida nell'esigenza ... di garantire l'adequatezza e proporzione della sanzione all'illecito che essa è destinata a prevenire o reprimere" (Cass. 23 maggio 2003, n. 8188, cit). V. anche A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 254, che giustifica la riducibilità della penale sulla base di un'esigenza di controllo sul giusto esercizio del potere punitivo. A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 138, che evoca il principio di proporzionalità della sanzione. U. PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 196; nonché M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., pp. 139 – 140.

L'articolo prevede, in primo luogo, che se le parti hanno stabilito un corrispettivo superiore a quello massimo consentito dalla legge, per immobili aventi le stesse caratteristiche e appartenenti alle medesime tipologie, la clausola è nulla e il conduttore può chiedere che i termini della locazione siano ricondotti alle condizioni di legge<sup>258</sup>. Non si configura, in questo caso, un intervento equitativo del giudice, il quale si limiterà ad integrare il contratto mediante precisi contenuti dettati dal legislatore.

Differente è invece la fattispecie contemplata dal secondo periodo del medesimo art. 13, il quale dispone che se il contratto è nullo per mancanza della forma scritta, il giudice, su richiesta del conduttore, *“accerta l'esistenza del contratto di locazione ... [e] determina il canone dovuto, che non può eccedere quello definito ai sensi del comma 3 dell'articolo 2”*.

Dunque se il contratto è nullo per mancanza di forma scritta, il giudice, previa costituzione del rapporto contrattuale<sup>259</sup>, determina il canone. Il potere di intervenire sul contratto nullo implica una valutazione di equità, atteso che il canone determinato dalla legge costituisce unicamente il limite massimo. In questo caso, pertanto, appare corretto parlare di integrazione equitativa.

---

<sup>258</sup> Secondo S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 239: *“<<La regola, sotto questo aspetto, non presenta particolari aspetti problematici, inscrivendosi nella tendenza a disciplinare i rapporti caratterizzati dalla debolezza di una delle parti attraverso la tecnica dell'inderogabilità in pejus>>”*.

<sup>259</sup> La pronuncia del giudice ha carattere costitutivo, sebbene il tenore letterale della norma (*“accerta l'esistenza del contratto”* e *“determina il canone dovuto”*) militi a favore della soluzione opposta. A ben vedere se il contratto è invalido, esso non può essere mantenuto in vita o sanato, sicché il giudice costituisce un nuovo regolamento negoziale, sulla falsariga di quello nullo ma caratterizzato da una nuova determinazione del canone dovuto. In questo senso si veda POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 240, nota 461 che parla di un *“recupero del contratto nullo ... che consente il mantenimento degli effetti impegnativi del contratto anche per il futuro”*. Secondo Trib. Verona, 21 giugno 2000, in *Rass. loc.*, 2000, 429, si tratta di una conversione del contratto nullo: *“il contratto verbale di locazione di immobile destinato a civile abitazione, pur essendo nullo per carenza di forma scritta a norma dell'art. 1, comma 4, l. 431/98, si converte, a seguito dell'eccezione del conduttore di una locazione di fatto a norma dell'art. 13, comma 5 ... in contratto valido”*. Si vedano anche le osservazioni di G. STELLA RICHTER, *Nullità del contratto per difetto di forma e locazione di fatto degli immobili ad uso abitativo*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 383 ss.; G. ROBIGLIO, *La legge di riforma nelle locazioni abitative e i “patti contrari”*, in *Arch. loc. e cond.*, 1998, p. 813 ss..

La finalità della norma è sicuramente protettiva, poiché la disposizione mira a proteggere l'interesse della parte debole a proseguire il rapporto di locazione quando il contratto è nullo per abuso di potere contrattuale del locatore (*"nei casi in cui il locatore ha preteso l'instaurazione di un rapporto di locazione di fatto"*)<sup>260</sup>; l'abuso è infatti perpetrato non solo in danno dell'erario ma anche del conduttore, che rischia di vedere irrimediabilmente invalidato il proprio contratto di locazione.

La norma sembra inoltre avere una funzione sanzionatoria nei confronti del locatore, poiché per proteggere il conduttore sarebbe bastato affidare al giudice il compito di accertare il canone effettivamente versato e prevedere la sua "trasposizione" nel contratto costituito mediante la sentenza. Invece l'aver posto come limite massimo il canone determinato ai sensi del comma 3 dell'art. 2, determina nella maggior parte dei casi una diminuzione del canone precedentemente corrisposto.

Ora, in ordine alla ipotizzata possibilità di estensione analgica dell'art. 13 può osservarsi quanto segue.

In primo luogo l'art. 13, comma 5, L. n. 431/98, è stato verosimilmente abrogato dall'art. 3, comma 8, d.lgs. 23/2011 il quale, nel disciplinare i contratti di locazione nulli per omessa registrazione (in base all'art. 1, comma 346, l. 311/04<sup>261</sup>) o per registrazione ad un importo inferiore a quello effettivo o sotto la veste simulata del comodato (art. 3, comma 9, d.lgs. 23/2011), prevede che all'eventuale successiva registrazione consegua l'applicazione di un canone

---

<sup>260</sup> G. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 241; G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., p. 1347.

<sup>261</sup> Corte Cost., ord. 5 dicembre 2007, n. 420, in *Foro it.*, 2008, I, 1 ss.: *"tale norma ... eleva la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determina la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 c.c."*. Per A. MAZZEO, *Nullità di singole pattuizioni relative al canone nelle locazioni abitative e nullità (per omessa registrazione) dei contratti di locazione in genere*, in *Arch. loc. cond.*, 2006, p. 8, l'ipotesi di nullità non appartiene alla tradizione giuridica italiana, poiché l'invalidità deriva dall'omissione di un adempimento tributario. In giurisprudenza si ritiene tuttavia che la registrazione non sia un requisito di validità del contratto ma una mera *condicio iuris* sospensiva, sicché la registrazione, anche se tardiva, renderebbe il contratto efficace *ex tunc*: Trib. Reggio Emilia, 5 marzo 2009, in *Arch. loc. cond.*, 2009, p. 374; Trib. Modena, 12 giugno 2006, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 482 ss.

locatizio *“fissato in misura pari al triplo della rendita catastale, oltre l'adeguamento, dal secondo anno, in base al 75 per cento dell'aumento degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli impiegati ed operai”*. Al giudice non viene lasciato alcun margine di apprezzamento nell'individuazione della regola equa nel caso concreto, dovendo egli limitarsi ad effettuare un calcolo i cui elementi sono predeterminati con precisione dalla legge.

In effetti, stante l'inciso dell'art. 1, comma 346, l. 311/04 che si riferisce ai contratti *“comunque stipulati”*, sembra che il legislatore abbia voluto includere nell'ambito applicativo della nuova disciplina anche la fattispecie della locazione di fatto, abrogando implicitamente il disposto dell'art. 13, comma 5, l. 431/98<sup>262</sup>.

In secondo luogo, se pure l'art. 13 fosse ancora in vigore, l'applicazione analogica sarebbe preclusa dal contenuto della stessa norma, che nell'attribuire al giudice il potere equitativo, si preoccupa di evitare decisioni arbitrarie ponendo all'intervento correttivo dei limiti peculiari alla locazione non adattabili a fattispecie diverse (il canone *“non può eccedere quello definito ai sensi del comma 3 dell'articolo 2”*).

Resta da analizzare l'art. 7 D. Lgs. 231/02, che nella originaria formulazione, oltre a disporre la nullità dell'accordo gravemente iniquo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento, esplicitamente prevedeva la correzione del patto invalido sui termini, disponendo in via alternativa il ricorso alle regole legali dispositive ovvero al diverso regolamento che il giudice riteneva equo. Inoltre la norma specificava i criteri in base ai quali il giudice doveva decidere del carattere iniquo, consistenti nella corretta prassi commerciale, la natura dei beni o dei servizi oggetto del contratto, la condizione dei contraenti ed i rapporti commerciali tra i medesimi.

---

<sup>262</sup> È tuttavia dubbio se l'art. 13, comma 5, L. n. 431/98, possa “rivivere” per effetto della recente sentenza del Giudice delle Leggi n. 50 del 14/03/2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di commi 8 e 9 dell'art. 3 del D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23, perché non coperti dalla relativa legge di delegazione n. 42 del 5 maggio 2009.

Senonché l'attuale testo dell'art. 7 – come modificato dal D. Lgs. 192/12 che ha dato attuazione alla Direttiva 2011/7/UE – non contempla più il potere di riconduzione ad equità del giudice, ma unicamente l'integrazione mediante norme (semi)dispositive<sup>263</sup>.

Tuttavia, anche prima della modifica dell'art. 7 D. Lgs. 231/02, non sembra che da tale previsione, come dalle altre sopra citate (art. 1384 c.c. e art. 13, comma 5, ultimo periodo, L. 431/98), potessero trarsi corollari significativi<sup>264</sup>.

Esse, invero, sono limitate nel numero e per di più riguardano un settore in cui è modesto il rischio di una ricostruzione arbitraria del regolamento giudiziale da parte dell'interprete, il cui potere di correzione nei fatti è ancorato a parametri ben specifici, rendendo così duttile, ma tendenzialmente prevedibile, l'intervento conformativo<sup>265</sup>. Si rammenti che il giudice, ai sensi del menzionato art. 7 D. Lgs. 231 del 2002, applica(va) i termini legali ovvero quelli ritenuti più adeguati nel caso concreto, sicché le regole legali svolgevano sicuramente una funzione di indirizzo del potere giudiziale; la penale è ridotta tenendo conto dell'interesse del creditore; l'art. 13, co. 5, citato fissa un limite massimo del canone determinato dal giudice.

In un contesto normativo di generale prudenza quanto ai poteri del giudice nella determinazione del contenuto negoziale<sup>266</sup>, servirebbe allora qualche conferma in più a favore dell'integrazione giudiziale; conferma che le discipline

---

<sup>263</sup> V. per un primo commento A.M. BENEDETTI, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, I, p. 1094.

<sup>264</sup> Diversa la posizione di M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 173, che per un verso segnala le difficoltà concettuali di certa giurisprudenza portata a legittimare la correzione equitativa del regolamento, rilevando che la ricognizione del dato positivo conferma che la sorte del rapporto contrattuale è generalmente affidata alla determinazione del legislatore. Per altro segnala che previsioni come l'art. 7 parrebbero fornire all'interprete una cornice contrattuale atta a legittimare un tale intervento.

<sup>265</sup> In senso analogo, G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 12.

<sup>266</sup> Così anche M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 126.

legali della nullità, anche quelle innovative delle "nullità di protezione"<sup>267</sup>, stentano a suggerire<sup>268</sup>.

E tanto più un tale esito sembra sfuggire se si considera che l'interprete è solito ritenere che l'intervento correttivo del giudice, a differenza di quello sostitutivo legale, presuppone la validità del patto, con la conseguente preclusione di ogni forma di correzione equitativa nelle fattispecie di nullità del patto abusivo<sup>269</sup>.

Oggi non sembra allora potersi ammettere la correzione giudiziale nei casi in cui la legge sanziona un patto iniquo senza nulla disporre in ordine ai meccanismi di sostituzione<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup> Questa oggi, come è noto, la rubrica della norma del codice del consumo (art. 36) che regola la tecnica della "salvezza per il resto" del contratto che contenga la clausola abusiva.

<sup>268</sup> Si consideri che l'art. 6 della direttiva 93/13 in tema di clausole abusive disponeva la salvezza per il resto del contratto "*sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive*" (evidentemente in tal guisa non prospettando alcun intervento giudiziale di ricostruzione del regolamento).

<sup>269</sup> In tal senso, ma prima del D. lgs. 231/2002, A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 1179 e ss.. L'argomento - che estremizzato ha indotto talora a ritenere che anche la sostituzione legale ex art. 1339 e 1419, capoverso, c.c., postuli la validità e non la nullità del patto: da ultimo E. SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 586 - peraltro non convince fino in fondo perché l'intervento sostitutivo/correttivo sovente postula la disapprovazione del patto (rileva opportunamente B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, cit., p. 157, che anche l'inserzione si innesta sulla "nullità di una parte più o meno rilevante del contratto"). E trova smentita, proprio con riguardo ai nostri problemi, nell'art. 7 del D. lgs. 231/02, che dispone la riduzione ad equità del patto nullo; ed infatti una critica alla previsione legale proprio in tale senso si rinviene in D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo*, cit., p. 630; e G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi di pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 13. In diversa prospettiva M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 138 ss., che distingue la fattispecie di cui all'art. 7 da quella, ad esempio, della riduzione della clausola penale, che continuerebbe invece a presupporre la validità del patto. Un conto sarebbe infatti l'intervento giudiziale di tipo correttivo (la correzione manterrebbe "essenza e funzione dell'atto di autonomia", e quindi la validità del patto corretto) altro conto quello sostitutivo, che postula la nullità del patto sostituito (e, tuttavia, sia consentito osservare sul punto, sovente non sarà agevole distinguere con nettezza tra interventi di mera correzione e di più radicale sostituzione).

Ritiene invece, ancora una volta, che sia il diverso modello di nullità a spiegare perché l'integrazione ex art. 7 D. lgs. 231/02 postuli la nullità del patto sebbene normalmente "*l'operare dell'integrazione presuppone la validità del patto*", A. FEDERICO, *Profili all'integrazione del contratto*, Milano, 2008, p. 205.

<sup>270</sup> Invece per S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 499 ss., spec. 502, l'art. 9 della legge sulla subfornitura nel contemplare un controllo regolamento, già prevede la sostituzione giudiziale della clausola abusiva. Per l'Autore l'unico problema è quello di comprendere se l'intervento correttivo trovi fondamento nell'art. 9 oppure al di fuori di esso. Tuttavia non sembra che l'art. 9,

Se l'ordinamento in alcuni casi consente l'integrazione con norme dispositive del contratto parzialmente nullo, si dimostra invece assai più cauto quanto alla correzione giudiziale. L'ortopedia legale e giudiziale del contratto non possono essere assimilate perché altro è la correzione legale, definibile a priori, altro è quella, singolare e discrezionale del giudice<sup>271</sup>.

**2. Ipotesi giurisprudenziali di riequilibrio del contratto parzialmente nullo da parte del giudice: il trasferimento degli spazi destinati a parcheggio; la nullità della clausola part-time non stipulata per iscritto nel contratto di lavoro subordinato; retribuzione inadeguata nel contratto di lavoro.**

Le conclusioni raggiunte nel paragrafo che precede devono tuttavia fare i conti con gli orientamenti giurisprudenziali che ammettono il potere integrativo del giudice per colmare le lacune conseguenti a pronunce di invalidità, sebbene detto potere non sia espressamente contemplato da previsioni normative.

Occorre pertanto esaminare le argomentazioni adottate dalla giurisprudenza per comprendere se un potere correttivo del giudice possa essere giustificato in un modo diverso dal richiamo alle fattispecie legali citate.

Viene in rilievo, in primo luogo, la nota e controversa vicenda degli spazi a parcheggio. Un consolidato orientamento della Suprema Corte ritiene che nei rapporti tra privati debba applicarsi la norma urbanistica ed edilizia di cui all'art. 41-sexies l. 1150/42 (c.d. legge urbanistica), che recita testualmente: "*nelle nuove costruzioni ed anche nelle aree di pertinenza delle costruzioni stesse*

---

nel disciplinare l'abuso di dipendenza, assegni al giudicante un potere correttivo del patto. Anche C. CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 53, ritiene l'art. 9 "racchiuso" nella "alternativa tra invalidità e responsabilità".

<sup>271</sup> M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., p. 320. Rileva (seppure con riguardo alla sola predisposizione legale di contenuti minimi del contratto) come "*l'opera di conformazione della regola resta (...) prerogativa del legislatore*", G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto*, cit., p. 234.

*debbono essere riservati appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore ad un metro quadrato per ogni dieci<sup>272</sup> metri cubi di costruzione”.*

Dalla violazione di tale norma deriva, secondo la giurisprudenza<sup>273</sup>, la nullità per violazione di norme imperative del contratto di vendita di immobile, nella parte in cui viene omesso il trasferimento della proprietà del parcheggio. Alla nullità parziale del contratto si aggiunge, in forza di un richiamo espresso al meccanismo dell'integrazione automatica di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c., un intervento correttivo del giudice che - a “completamento” del disposto della norma imperativa inserita in via di sostituzione della clausola nulla (l'attribuzione al cessionario del diritto reale d'uso sull'area a parcheggio

---

<sup>272</sup> La successiva l. 122/89 distingueva, ai sensi dell'art. 9, due tipi di parcheggio: il primo realizzabile *“nel sottosuolo degli immobili ovvero in locali siti al pian terreno dei fabbricati ... anche in deroga agli strumenti urbanistici e ai regolamenti edilizi vigenti”*; il secondo *“su aree comunali o nel sottosuolo delle stesse ... su richiesta dei privati interessati o di imprese di costruzione o di società anche cooperative”* se ciò è previsto dal Comune nel proprio programma urbano dei parcheggi (comma 4).

In entrambi i casi la realizzazione era subordinata alla mera autorizzazione gratuita (in luogo della concessione), e si stabiliva che essi *“non possono essere ceduti separatamente dall'unità immobiliare alla quale sono legati da vincolo pertinenziale”*, per cui *“i relativi atti di cessione sono nulli”* (comma 5). La disciplina è mutata per effetto dell'art. 10 d.l. 5/2012: ferma la disciplina dell'art. 41 *sexies* l. 1150/42 e l'immodificabilità dell'esclusiva destinazione a parcheggio, è ora previsto che *“la proprietà dei parcheggi realizzati a norma del comma 1 può essere trasferita, anche in deroga a quanto previsto nel titolo edilizio che ha legittimato la costruzione e nei successivi atti convenzionali, solo con contestuale destinazione del parcheggio trasferito a pertinenza di altra unità immobiliare sita nello stesso comune”*, mentre resta ferma per i parcheggi di cui al comma 4 la nullità degli atti con cui se ne ceda la proprietà separatamente da quella della corrispondente unità immobiliare, *“ad eccezione di espressa previsione contenuta nella convenzione stipulata con il comune, ovvero quando quest'ultimo abbia autorizzato l'atto di cessione”*.

<sup>273</sup> Cass., SS. UU., 17 dicembre 1984, n. 6600, in *Foro it.*, 1985, I, p. 710: *“L'art. 41-sexies della legge urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150, introdotto dall'art. 18 della legge 6 agosto 1967 n. 765, ... configura norma imperativa ed inderogabile, in correlazione degli interessi pubblicistici da essa perseguiti, che opera non soltanto nel rapporto fra il costruttore o proprietario di edificio e l'autorità competente in materia urbanistica, ma anche nei rapporti privatistici inerenti a detti spazi, nel senso di imporre la loro destinazione ad uso diretto delle persone che stabilmente occupano le costruzioni o ad esse abitualmente accedono”*. Secondo Cass. 25 febbraio 1992, n. 2337, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 340 ss., con nota critica di AMADIO, la norma è di natura pubblicistica ma *“incide sui rapporti privatistici, nel senso che non può ritenersi consentito che attraverso questi ultimi venga vanificata la realizzazione dell'interesse perseguito dalle norme”*. Si vedano anche Cass. 3 aprile 1998, n. 3422, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 729, e Cass. 21 luglio 2007, n. 16172, in *Giust. civ. mass.*, 2007, p. 7 ss. La ratio della norma è quella di evitare la congestione delle strade derivante dal parcheggio degli autoveicoli, sicché tale obiettivo non potrebbe essere adeguatamente conseguito se non imponendo che ad utilizzare gli spazi per il parcheggio siano le persone che stabilmente occupano le relative costruzioni, poiché il maggiore ingombro di esse in prossimità degli edifici è causato proprio dai veicoli appartenenti a chi abita o frequenta quegli edifici.

originariamente non previsto nel contratto) –ridetermina il corrispettivo spettante all’alienante.

Vi è dunque un’integrazione legale e una giudiziale del contratto: dalla violazione della norma urbanistica consegue, in primo luogo, l’inserzione automatica della stessa nel contratto con cui è stata disposta la vendita della (sola) abitazione, determinando così l’alienazione *ope legis* del diritto reale d’uso del parcheggio: in un secondo momento opera il riconoscimento *ope iudicis* del diritto al corrispettivo a fronte dell’ulteriore scambio non previsto dai contraenti<sup>274</sup>.

A sostegno di tale complesso meccanismo sostitutivo viene richiamato il principio di uguaglianza, indicato quale presupposto sul quale “notoriamente” si fonda l’autonomia privata, sicché una sostituzione delle clausole nulle con le

---

<sup>274</sup> Cass. 25 gennaio 1982, n. 483, cit.; Cass., SS. UU., 17 dicembre 1984, n. 6600, cit.. Più di recente, v. Cass., SS. UU., 5 novembre 1996, n. 9631, in Giust. civ., 1997, I, 55: “*Laddove il trasferimento è attuato in forza di legge, in contrasto con la volontà e la dichiarazione contrattuale, il prezzo del trasferimento del diritto di uso del parcheggio non può intendersi ricompreso in quello stabilito e pagato per la vendita della unità immobiliare ... il trasferimento del diritto accessorio d'uso in favore dell'acquirente della casa principale comporta che, alla operata integrazione dell'oggetto di una delle prestazioni dovute per contratto, si faccia corrispondere la coerente integrazione dell'oggetto della controprestazione nella misura da concordarsi tra le parti o comunque determinabile in giudizio mediante opportuna stima*”. Per l’integrazione del prezzo occorre utilizzare come criterio il valore di mercato: Cass. 10 marzo 2006, n. 5160, in *Giur. it.*, 2007, p. 852 ss.; Cass. 6 settembre 2007, n. 18691, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 400, con nota di MARTINI. La posizione della Cassazione è criticata da A. D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 104, nota 121, secondo il quale “*non si capisce dove la Cassazione abbia attinto una disciplina della nullità parziale che comporti, in luogo di una decisione sull’estensione o meno del vizio di una parte del contratto, tout court una ridefinizione giudiziale del regolamento. Solo un uso del tutto improprio della regola della nullità parziale consente allora di affermare, prima, l’attribuzione giudiziale di un diritto che le parti mai hanno preso in considerazione e, poi, il corrispondente riequilibrio del contratto*”. In toni critici si esprimono anche V. MARICONDA, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: la pretesa nullità relativa ai parcheggi*, cit., p. 858 ss.; e A. ALBANESE, *Violazioni di norme imperative e nullità del contratto*, 2003, p. 100 ss.. La Suprema Corte evidenzia la necessità di evitare un indebito arricchimento dell’acquirente: v. Cass. 16 aprile 1996, n. 3580, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2395, per cui “*se in occasione del trasferimento ope legis del diritto sullo spazio per il parcheggio il costo ed il valore di mercato non venissero pagati, ciò determinerebbe il depauperamento del patrimonio del costruttore – venditore e l’indebito arricchimento, senza causa, del patrimonio dell’acquirente*”. In altri casi viene richiamato il principio di equità: v. Cass. 20 ottobre 1997, n. 10248, in *Foro it.*, 1998, I, p. 214, secondo la quale “*sarebbe .. in contrasto con i principi generali dell’ordinamento non curare che la sostituzione delle clausole nulle con le norme imperative assicuri comunque l’equilibrio tra i contraenti*” (anche Cass., SS. UU., 17 dicembre 1984, n. 6600, cit., si richiama al principio di equità “immanente nell’ordinamento”).

norme imperative che non assicurasse l'equilibrio tra i contraenti sarebbe in contrasto con detto principio.

Non sembra tuttavia che tali considerazioni possano essere condivise<sup>275</sup>.

Perché, come osservato da attenta dottrina<sup>276</sup>, la regola urbanistica in esame non sembra incidere sull'autonomia privata, disciplinando la vicenda solo dal punto di vista pubblicistico. Essa, in altre parole, non produce effetti nei rapporti tra privati e non può dunque sostituire la volontà negoziale nei contratti con cui i contraenti dispongono riguardo ai beni considerati, a meno di non subire interventi manipolativi additivi del suo originario contenuto, che si risolvono nella costruzione per via giudiziale di una nuova norma in realtà non formulata dal legislatore.

In secondo luogo, se si trattasse di norma imperativa produttiva di effetti sul piano privatistico, non si configurerebbe alcuna nullità perché i contraenti nulla hanno disposto in ordine al parcheggio<sup>277</sup>, con la conseguente mancanza di una clausola contraria alla norma imperativa. Pertanto il trasferimento potrebbe tutt'al più avvenire ai sensi dell'art. 1374 c.c. (ovvero si tratterebbe di

---

<sup>275</sup> v. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 104, nota 121: "È davvero difficile che un orientamento siffatto possa indurre a ritenere generalmente prospettabile una ridefinizione giudiziale dei corrispettivi a seguito della invalidità di una clausola che disciplina la prestazione a carico di una delle parti".

<sup>276</sup> N. IRTI, *Riserva di spazi a parcheggi nelle nuove costruzioni (parere pro-veritate sull'art. 18 l. 6 agosto 1967 n. 765)*, cit., p. 44 ss.; P. RESCIGNO, *La rilevanza privatistica della disciplina degli spazi a parcheggio*, in *La disciplina degli spazi per parcheggio* a cura di Ieva, Milano, 1992, p. 3 ss. Gli Autori ritengono che l'art. 41 *sexies* non sia efficace nei confronti dei terzi, al pari di tutte le norme urbanistiche ed edilizie, il cui unico destinatario è il costruttore degli edifici. Esse, infatti, hanno la finalità esclusiva di assicurare un rapporto di proporzionalità tra il volume delle unità abitative e la superficie da destinare a parcheggio. Si osserva inoltre che la finalità della disposizione, di evitare l'eccessiva concentrazione di autoveicoli parcheggiati nelle strade, è comunque assolto con la costruzione degli spazi per il parcheggio nelle aree di proprietà privata, anche se sono occupati da terzi (e non dai proprietari). Dunque all'art. 41 *sexies* viene riconosciuta natura imperativa, ma è ritenuta inidonea a disciplinare vicende di carattere negoziale.

<sup>277</sup> Invece, secondo Cass., SS. UU., 17 dicembre 1984, n. 6600, cit.: "Deve affermarsi la nullità di tale contratto nella parte in cui sottrae lo spazio per parcheggio alla suddetta inderogabile destinazione, e conseguentemente deve ritenersi il contratto stesso integrato ope legis con il riconoscimento di un diritto reale di uso di quello spazio in favore di detto condomino". L'argomentazione, già contenuta in Cass. 25 gennaio 1982, n. 483, in *Foro it.*, 1982, I, 1409, è riproposta nelle successive pronunce: Cass., SS. UU., 18 luglio 1989, n. 3363, in *Foro it.*, 1989, I, p. 2729; Cass. 1 giugno 1993, n. 6104, in *Riv. giur. edil.*, 1994, I, p. 2739; Cass. 4 febbraio 1999, n. 973, in *Notariato*, 1999, p. 519; Cass. 3 ottobre 2005, n. 19308, in *Giust. civ. mass.*, 2005, p. 10.

un'integrazione del contratto ad opera della legge), ma in questo caso non troverebbe giustificazione il versamento del corrispettivo inteso a compensare l'attribuzione al compratore dell'ulteriore effetto della convenzione. Infatti, poiché il trasferimento avverrebbe sulla base di una specifica norma di legge, non sarebbe ipotizzabile un indebito arricchimento del compratore, con conseguente esclusione della proponibilità dell'azione ex art. 2041 c.c.

Appare quantomeno contraddittorio affermare che il trasferimento del diritto d'uso operi in conseguenza dell'efficacia diretta della normativa urbanistica sui rapporti interprivati, ossia per effetto di un'integrazione legale, e al tempo stesso sostenere che quella stessa attribuzione voluta e imposta dalla legge realizzi un indebito arricchimento dell'acquirente: il fatto che l'attribuzione avvenga in base alla legge non può che escludere in radice la proponibilità dell'azione ex art. 2041 c.c. Anzi è proprio il versamento di un ulteriore corrispettivo a non trovare giustificazione causale.<sup>278</sup>

Va inoltre considerato che, se si trattasse di nullità, lo squilibrio contrattuale non sarebbe "causa" bensì "conseguenza" della nullità parziale, la quale produrrebbe un'alterazione del sinallagma cui il giudice sarebbe chiamato a rimediare.

Dunque l'intervento del giudice non metterebbe in discussione equilibri voluti dalle parti, ma al contrario mirerebbe a conservarli nonostante l'intervenuta caducazione parziale<sup>279</sup>. Si è dunque ben lontani dall'ipotesi

---

<sup>278</sup> V. nota di A. SILVESTRINI a Cass. 18 dicembre 1981, n. 6714, in *Foro it.*, 1982, I, c. 33 ss. che richiama però l'art. 1374. Si vedano anche le osservazioni critiche di M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 130, nota 35: "Pur ammesso che la norma imperativa violata incida sui regolamenti pattizi imponendo il trasferimento del diritto reale d'uso insieme con il trasferimento del diritto di proprietà sull'abitazione a tutela di un supposto interesse dei consociati al godimento del parcheggio, essa in ogni caso non potrebbe essere che neutra rispetto alla causa (gratuita od onerosa) della cessione: essendo, questo, un elemento lasciato alla libera determinazione dei privati". Si veda anche la notazione di E. SCODITTI, *Vendita di appartamento, area di parcheggio e problema del prezzo*, nota a Cass. 25 febbraio 1991, n. 2004.

<sup>279</sup> Così A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 108: In altri termini <<l'intervento del giudice non altera lo schema contrattuale, ma lo adatta perché le circostanze dello scambio sono state modificate dalla legge>>. V. Cass. 9 settembre 2003, n. 13143, cit., il riequilibrio è necessario in quanto teso a "ripristinare l'equilibrio del sinallagma

contemplata dall'art. 7 D. 231/02, poiché in questo caso il potere correttivo del giudice si allinea perfettamente ai valori del preesistente assetto di interessi e non si pone in relazione antagonista con esso.

Nella stessa direzione può essere letto l'orientamento della Suprema Corte sulla clausola *part-time* non stipulata per iscritto nel contratto di lavoro subordinato.

L'art. 5, comma 2, d.l. 726/84 prevedeva per il contratto di lavoro a tempo parziale la forma scritta, che per la giurisprudenza doveva intendersi prescritta *ad substantiam*<sup>280</sup>, con conseguente nullità della clausola *part-time* stipulata in forma orale<sup>281</sup>.

Tuttavia la giurisprudenza, con un'interpretazione costituzionalmente orientata, escludeva che la nullità potesse travolgere l'intero contratto<sup>282</sup>. Si affermava, in particolare, che la clausola non poteva considerarsi essenziale ai

---

*funzionale del contratto che, diversamente, ne rimarrebbe inficiato*". Dunque l'intervento correttivo del giudice ha lo scopo di mantenere l'originario equilibrio venuto meno a causa della nullità parziale: Cass., SS. UU., 5 novembre 1996, n. 9631, *cit.*; Cass. 7 maggio 1994, n. 4465, in *Foro it.*, 1994, I, 1343, con nota di E. SCODITTI.

<sup>280</sup> Il testo della disposizione, modificato dalla legge di conversione n. 863/84, prevedeva che "*il contratto di lavoro a tempo parziale deve stipularsi per iscritto*", senza specificare se la forma fosse prescritta *ad substantiam* o *ad probationem*.

<sup>281</sup> Cass. 11 luglio 1989, n. 3266, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, p. 192; Cass. 4 marzo 1991, n. 2231, in *Giur. it.*, 1993, p. 694, con nota di M. FREDIANI; Cass. 14 febbraio 1996, n. 1121, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 357, con nota di P. MORGERA; Cass. 28 maggio 2003, n. 8492, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 718; Cass. 28 agosto 2004, n. 17271, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 384, con nota di M. CARO. L'opzione era condivisa dalla gran parte della dottrina: F. AMATO, *La disciplina legale del lavoro a tempo parziale: l'art. 5 della legge 19.12.1984 n. 863*, in *Lav. 80*, 1985, p. 719; G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, p. 572 ss.. *Contra* P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, V, 1, 1984, p. 341.

<sup>282</sup> L'orientamento è stato recentemente confermato con riguardo a fattispecie ancora regolate dalla norma del 1984 in quanto relative a contratti stipulati prima della sua abrogazione: Cass. 13 aprile 2004, n. 7012, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, p. 697; Cass. 10 marzo 2006, n. 5330, in *Guida lav.*, 2006, 22, p. 31. Si veda, da ultimo, Cass. 21 novembre 2011, n. 24476, in *Guida lav.*, 2011, 23, p. 32: "*La nullità della clausola sul tempo parziale, per difetto di forma scritta ... non è comunque idonea a travolgere integralmente il contratto, ma ne determina la c.d. conversione in un normale contratto di lavoro ... sempre che la clausola nulla non risulti avere carattere essenziale per entrambe le parti del rapporto, nel senso che, in particolare, anche il lavoratore, il quale di regola aspira ad un impiego a tempo pieno, non avrebbe stipulato il contratto se non con la clausola della riduzione di orario*". L'orientamento trae spunto dagli indirizzi della Corte Costituzionale: Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210, in *Foro it.*, 1992, I, p. 3232; Corte Cost. 15 luglio 2005, n. 283, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2600, con nota di C. ALESSI. Sulla necessità di interpretare l'art. 1419 c.c. valorizzando il *favor laboratoris* sotteso alla complessiva disciplina del contratto a tempo parziale, v. M. BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, 1991, p. 142.

sensi dell'art. 1419 c.c., qualora fosse risultato che il lavoratore avrebbe stipulato il contratto senza la clausola *part – time* (il che equivale a dire che avrebbe stipulato un contratto a tempo pieno).

Poiché la nullità riguardava unicamente la clausola *part-time*<sup>283</sup>, il contratto si convertiva in un contratto a tempo indeterminato, con il conseguente diritto del lavoratore a percepire un'integrazione salariale corrispondente alla maggiorazione dell'orario di lavoro.

Anche in questo caso al giudice veniva affidato il potere di integrare la lacuna determinata dalla nullità, nonostante la mancanza di un'espressa previsione in tal senso.

Il richiamato orientamento giurisprudenziale riguarda ormai unicamente i contratti di lavoro stipulati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 61/2000, il cui art. 8, comma 1, prevede ora che *“nel contratto di lavoro a tempo parziale la forma scritta è richiesta ai fini di prova”* e che *“in difetto di prova ... su richiesta del lavoratore potrà essere dichiarata la sussistenza fra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla data in cui la mancanza della scrittura sia giudizialmente accertata”*.

In ogni caso, oltre alla modifica legislativa che ha reso oggi inestensibile l'orientamento citato ad altre figure e anche a voler ritenere superate le perplessità in ordine alla prospettata interpretazione dell'art. 1419 c.c.<sup>284</sup>, si osserva che la rideterminazione della retribuzione non ha nulla a che fare con il riequilibrio giudiziale contemplato dal legislatore con riferimento ai contratti parzialmente nulli per iniquità dalla recente legislazione speciale. Anche in

---

<sup>283</sup> Cass. 3 maggio 1991, n. 4811, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 1694; Cass. 14 giugno 1995, n. 6713, in *Giust. civ.*, 1996, p. 803. Altre pronunce avevano invece affermato la nullità dell'intero contratto ex artt. 1325 e 1418 c.c.: Cass. 10 giugno 1993, n. 6487, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 475; Cass. 30 maggio 1994, n. 5265, in *Giur. it.*, 1995, p. 1728, con nota di C. CIRIELLI; Cass. 29 dicembre 1999, n. 14692, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 255, con nota di M. TATARELLI.

<sup>284</sup> È infatti del tutto trascurato l'interesse del datore di lavoro al mantenimento di un diverso contratto a tempo pieno e ciò contrasta con l'interpretazione largamente prevalente in dottrina e giurisprudenza. V. sul punto capitolo II, par. 3.

questo caso, infatti, si mira a ricomporre l'originario equilibrio voluto dalle parti, mentre nelle nullità speciali i meccanismi sostitutivi talvolta previsti sono volti a porre rimedio all'originario squilibrio delle prestazioni.

Sempre nell'ambito del diritto del lavoro è emersa nell'orientamento giurisprudenziale un'ulteriore ipotesi di riequilibrio giudiziale diretto, questa volta, a correggere un regolamento contrattuale squilibrato in danno del lavoratore.

La Suprema Corte è ferma nel ritenere la nullità della clausola del contratto di lavoro subordinato che preveda una retribuzione inadeguata, perché troppo esigua in proporzione al lavoro svolto o comunque non idonea ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

La nullità deriva dal contrasto con l'art. 36 Cost., a mente del quale “*il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*”<sup>285</sup>. Si ritiene che la norma abbia carattere di immediata precettività<sup>286</sup>, nel senso che essa attribuisce direttamente al lavoratore il diritto ad una retribuzione giusta, anche nel caso cui non vi sia un

---

<sup>285</sup> Si afferma che il requisito della sufficienza della retribuzione, dovendo sussistere “*in ogni caso*”, prevale sul requisito della corrispondenza del compenso alla quantità e alla qualità del lavoro svolto. Il criterio della proporzionalità è pertanto collocato in una posizione logicamente susseguente: R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, p. 78 ss.. Altri invece ritengono che il tenore letterale della norma costituzionale ponga in primo luogo il requisito della proporzionalità, attribuendo al criterio della sufficienza il ruolo di filtro successivo: G. PERONE, voce *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, p. 45.

<sup>286</sup> S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, p. 189 ss.; R. NICOLÒ, *L'art. 36 della Costituzione ed i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, III, p. 5; T. TREU, *Art. 36 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, 1979, p. 79; L. RIVA SANSEVERINO, sub art. 2099, in *Disciplina delle attività professionali. Dell'impresa in generale*, Commentario Scialoja-Branca, VI ed., p. 290; C. LEGA, *Il salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1952, II, p. 287. In giurisprudenza, v. Cass. 21 febbraio 1951, n. 46, in *Dir. lav.*, 1952, II, p. 275; nonché Cass. 11 febbraio 1974, n. 400, in *Riv. giur. lav.*, 1974, II, p. 469. In passato alcuni autori hanno sostenuto la valenza meramente programmatica della norma costituzionale: A. SERMONTI, *L'adeguatezza della retribuzione di fronte al contratto collettivo di diritto comune e al primo comma dell'art. 36 Cost.*, in *Mass. giur. lav.*, 1952, p. 128; M. SCORZA, *Il diritto al salario minimo e l'art. 36 Cost.*, in *Dir. lav.*, 1951, II, p. 450.

contratto collettivo direttamente applicabile per lo specifico rapporto individuale di lavoro<sup>287</sup>.

Alla nullità della clausola sulla retribuzione per contrasto con l'art. 36 Cost.<sup>288</sup> segue, su domanda del lavoratore, l'intervento equitativo del giudice che riequilibra il corrispettivo<sup>289</sup>, da determinare secondo i valori costituzionali della proporzionalità e della sufficienza<sup>290</sup>, che si ritengono concretizzati nelle determinazioni contenute nei contratti collettivi non direttamente applicabili tra le parti<sup>291</sup>.

---

<sup>287</sup> Come è noto, la mancata attuazione dell'art. 39 Cost. impedisce l'applicabilità *erga omnes* dei contratti collettivi. Invece, se il contratto collettivo è applicabile alle parti, la sostituzione trova fondamento nell'art. 2077, comma 2, c.c., il quale stabilisce che *“le clausole difformi dei contratti individuali, preesistenti e successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro”*.

<sup>288</sup> Cass., SS. UU., 18 luglio 1961, n. 1745, in *Mass. giur. lav.*, 1961, p. 412; Cass. 10 marzo 1962, n. 484, in *Riv. giur. lav.*, 1962, II, p. 181. Si veda anche A. CESSARI, *Invalidità del contratto di lavoro per violazione dell'art. 36-I della Costituzione*, in *Dir. lavoro*, 1951, p. 197. *Contra* T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, p. 165.

<sup>289</sup> V., *ex multis*, Cass. 25 marzo 1960, n. 636, in *Mass. giur. lav.*, 1960, p. 147. Sul lavoratore grava l'onere di provare l'inadeguatezza della retribuzione: Cass. 5 ottobre 1964, n. 2518, in *Riv. giur. lav.*, 1964, II, p. 540; Cass. 4 marzo 1972, n. 629, in *Orient. giur. lav.*, 1973. L. RIVA SANSEVERINO, *sub art. 2099, cit.*, p. 290; I. PICCININI, *Equità e diritto del lavoro*, Padova, 1997, p. 139.

<sup>290</sup> I. PICCININI, *Equità e diritto del lavoro, cit.*, p. 139: *“Non stupisce che l'equità tenda a costituzionalizzarsi sulla base dei due criteri – guida espressi dall'art. 36: nella sua valutazione, dunque, il giudice deve fissare un'equa retribuzione che sia al tempo stesso proporzionata e sufficiente”*.

<sup>291</sup> Cass. 14 febbraio 1966, n. 446, in *Riv. dir. lav.*, 1967, II, p. 442; Cass. 22 aprile 1966, n. 1038, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, p. 601; Cass. 10 ottobre 1968, n. 3216, in *Riv. giur. lav.*, 1969, II, p. 51; Cass. 24 maggio 1969, n. 1843, in *Foro it.*, 1969, I, p. 2185; Cass. 25 agosto 1969, n. 3024, in *Foro it.*, 1969, I, p. 3074. Da ultimo v. Cass. 11 gennaio 2012, n. 153, in cui si legge che il contratto collettivo, sebbene non applicabile tra le parti, rappresenta *“il più adeguato parametro per determinare il contenuto del diritto alla retribuzione”*. Vige allora presunzione relativa di che le tariffe sindacali rispettino i criteri costituzionali di proporzionalità e sufficienza: L. RIVA SANSEVERINO, *sub art. 2099, cit.*, 291. Tuttavia poiché si tratta di una presunzione relativa, al giudice è permesso applicare valori diversi da quelli stabiliti dalla contrattazione collettiva, qualora ritenga che essi non rispecchino i criteri di proporzionalità e sufficienza della retribuzione: Cass. 1 dicembre 1984, n. 6281, in *Foro it. rep.*, 1984, voce *Lavoro (rapporto)*, 1683; Cass. 20 gennaio 1966, n. 260, in *Riv. dir. lav.*, 1966, II, 538; Cass. 31 gennaio 1969, n. 294, in *Orient. giur. lav.*, 1969, 591; Cass. 28 maggio 1963, n. 1403, in *Giur. agr. it.*, II, 30; Cass. 15 febbraio 1964, n. 343, in *Mass. giur. lav.*, 1964, 301; Cass. 24 maggio 1969, n. 1843, *cit.*; Cass. 20 gennaio 1975, n. 234, in *Orient. giur. lav.*, 1975, 11; Cass. 27 ottobre 1975, n. 3581, in *Riv. giur. lav.*, 1976, II, 467; Cass. 16 novembre 1985, n. 5649, in *Mass. giur. lav.*, 1986, 35; Cass. 16 febbraio 1989, n. 927, in *Dir. prat. lav.*, 1989, 1793; Cass. 9 agosto 1996, n. 7383, in *Foro it.*, 1998, I, 3228. Il giudice, ovviamente, dovrà giustificare l'eventuale discostamento dai valori dei contratti collettivi: Cass. 3 gennaio 1966, n. 29, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, 412, e Cass. 3 agosto 1968, n. 2792, in *Orient. giur. lav.*, 1969, 418; Cass. 29 agosto 1987, n. 7131, in *Foro it. Rep.*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1282; Cass. 1 luglio 1981, n. 4265, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 859; Cass. 5 aprile 1990, n. 2835, in *Foro it. rep.*, 1990, voce

Se i risultati cui perviene la giurisprudenza sono condivisibili in quanto conformi al dettato costituzionale, non può dirsi altrettanto per le argomentazioni addotte per giustificare il potere correttivo del giudice.

All'affermazione del potere integrativo si giunge mediante l'applicazione dell'art. 2099, comma 2, c.c., ai sensi del quale "*in mancanza di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice, tenuto conto, ove occorra, del parere delle associazioni professionali*".

In realtà l'art. 2099 c.c. ha carattere meramente suppletivo ("*in mancanza di accordo*") e può dunque applicarsi solo nel caso di lacuna negoziale, ovvero quando nel contratto nulla si dica in ordine al corrispettivo, e non anche nella diversa ipotesi di nullità parziale.

Si è infatti sostenuto nel precedente capitolo che le norme suppletive possono colmare lacune determinate da clausole invalide soltanto nel caso in cui esse possano qualificarsi come "semidispositive", e cioè quando la deroga è ammessa entro determinati limiti di contenuto o forma, mentre l'art. 2099 c.c. non contiene alcuna determinazione in ordine al corrispettivo.

L'orientamento giurisprudenziale è comunque significativo ai fini della presente indagine, in quando il potere correttivo del giudice assume la finalità, propria della nullità di protezione, di porre rimedio ad un contratto squilibrato a causa dell'asimmetria di potere contrattuale.

Tuttavia, diversamente dalla fattispecie prevista dall'art. 7 D.Lgs. 231/02, l'intervento giudiziario non è diretto a ripristinare equilibri di mercato<sup>292</sup>, ma è

---

*Lavoro (rapporto)*, n. 1053. La scelta del giudice non è censurabile dinanzi alla Suprema Corte quando si fonda su criteri adeguati, quali la quantità e qualità del lavoro prestato, le condizioni personali e familiari del lavoratore, il carattere artigianale e le dimensioni dell'azienda: Cass. 6 aprile 1992, n. 4200, in *Dir. prat. lav.*, 1992, 1712; Cass. 9 agosto 1996, *cit.*. Il difetto di automaticità nel subentro della retribuzione fissata dall'autonomia collettiva rende discutibile il richiamo al combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. effettuato da L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1997, I, 1 ss., nonché da M. C. CATAUDELLA, *Contratti di lavoro e nullità parziale*, *cit.*, 30 ss.

<sup>292</sup> Secondo G. PERONE, voce *Retribuzione*, *cit.*, 45 la valutazione della giusta retribuzione prescinde da valutazioni "*angustamente mercantilistiche*", e la stessa direttiva costituzionale della proporzionalità "*attiene ad un diverso e intrinseco valore del lavoro*", che è "*quello di per sé attribuibile all'esplicazione di attività lavorativa dipendente e alla conseguente*

volto ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa<sup>293</sup>.

In definitiva, rimane difficile costruire su tale orientamento un generale potere correttivo del giudice, in quanto le argomentazioni espresse dalla Suprema Corte suscitano più di qualche perplessità<sup>294</sup> e la finalità della norma non coincide con quella delle nullità di protezione in esame.

### **3. Potere integrativo e disciplina delle sopravvenienze.**

Indizi dell'esistenza nel nostro ordinamento di un potere correttivo del giudice vengono tratti non solo dagli interventi normativi e dalle pronunce giurisprudenziali evocate, ma anche, più significativamente sotto il profilo sistematico, dalla disciplina approntata dal codice civile in tema di "sopravvenienze".

Infatti, per i casi in cui vicende successive alla conclusione dell'accordo finiscano per alterare l'originario assetto d'interessi che le parti avevano programmato all'atto della stipulazione del contratto, il codice contempla rimedi idonei a garantire la conservazione del contratto ed evitare in tal modo la sua caducazione.

---

*partecipazione alla creazione della ricchezza sociale". L'interprete, perciò, deve "individuare un trattamento obiettivamente giusto che tenga conto dell'implicazione della persona del lavoratore nel rapporto al fine di trarne i mezzi di vita per sé e per la propria famiglia": I. PICCININI, *Equità e diritto del lavoro*, cit., p. 139. Dunque la retribuzione non rappresenta solo il corrispettivo della prestazione lavorativa, ma ha la finalità di assicurare il sostentamento del lavoratore e della sua famiglia. Essa è infatti dovuta anche nel caso di sospensione o riduzione dell'attività aziendale: L. RIVA SANSEVERINO, sub *art. 2099*, cit., p. 287. Si veda lo stesso G. PERONE, voce *Retribuzione*, cit., p. 46, secondo cui "il collegamento con esigenze soggettive di reddito vitale del lavoratore attenua l'equivalenza oggettiva delle prestazioni dedotte in contratto.*

<sup>293</sup> B. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti, Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 57; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 209.

<sup>294</sup> È molto critico il giudizio di F. SANTORO PASSARELLI, *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, 147, secondo cui la soluzione giurisprudenziale è il frutto di un'innovazione *praeter legem*. M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 2005, p. 111, parla a questo proposito di una "giurisprudenza in funzione normativa"

La correzione del contratto alterato dalle sopravvenienze non è affidata nel nostro ordinamento solo alla volontà delle parti, che potrebbero prevedere meccanismi di adeguamento del contenuto negoziale per il sopravvenire di determinate circostanze (cd. clausole di *hardship*), ma è talvolta assicurata - secondo modalità diverse - da specifiche disposizioni normative.

Così - per stare solo a talune fattispecie significative - l'art. 1467, terzo comma, c.c. consente al contraente "favorito dalla sopravvenienza" di evitare la risoluzione per eccessiva onerosità offrendo di riadeguare il contratto.

Inoltre l'art. 1464 c.c. prevede che nel caso di impossibilità parziale della prestazione, il contraente "vittima" dell'impossibilità è legittimato ad ottenere una corrispondente riduzione della propria prestazione.

Anche la disciplina dei contratti tipici contempla rimedi analoghi: l'art. 1664 c.c. permette all'appaltatore e al committente di richiedere la revisione del prezzo per il caso di sopravvenute variazioni significative del prezzo di manodopera e materiali.

Tuttavia, in tali fattispecie - che lasciano trasparire una predilezione del sistema per rimedi conservativi piuttosto che demolitori - non si fa propriamente questione di interventi giudiziali di correzione bensì di diritti potestativi al riequilibrio del negozio alterato dalla sopravvenienza attribuiti ad uno dei contraenti.

Eppur talvolta – ed è ciò che succede nell'ipotesi in cui sia necessaria la modificazione del contratto d'appalto e le parti non riescano a raggiungere un accordo – al giudice è attribuito il potere di determinare le variazioni da introdurre anche in assenza di un accordo tra le parti, autorizzandolo a rideterminare il contenuto negoziale tenendo conto delle mutate circostanze (cfr. art. 1660 c.c.)<sup>295</sup>.

---

<sup>295</sup> V. D'ADDA, *Nullità e tecniche di integrazione del contratto*, cit., 281. V. F. MACARIO, da ultimo in *I rimedi manutentivi, l'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, cit. p. 690. Cfr V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1043 ss.

Analoghe fattispecie, se pure tra loro assai diverse, permetterebbero di individuare nel sistema, in tutti i casi in cui il programma contrattuale originario sia alterato da fatti sopravvenuti, una tendenziale preferenza per i rimedi conservativi rispetto a quelli cd. demolitori, che determinano la caducazione dell'intero contratto; conformemente a quanto peraltro oggi stabilisce il § 313 del BGB, che prevede una generale *Anpassung von Verträgen* (adeguamento dei contratti) operante per tutti i casi in cui vengano a mutare le circostanze poste a base del contratto<sup>296</sup>.

Ma anche a ritenere significativa - nel nostro sistema - la tecnica di riequilibrio giudiziale del contratto alterato dalle sopravvenienze, si tratta di capire se la tendenziale preferenza per i rimedi conservativi sia utile ai nostri fini ovvero se legittimino una rideterminazione della clausola nulla (perché abusiva) da parte del giudice.

All'interrogativo sembra doversi dare una risposta negativa.

È pur vero che nel caso di nullità di protezione, come nell'ipotesi delle sopravvenienze, i rimedi che permettono la conservazione del negozio riequilibrato sembrano più appropriati. Ma la considerazione di analoghe esigenze di tutela lascia in ombra la diversità delle due fattispecie dell'iniquità "da sopravvenienza" e quella "da nullità". Tale eterogeneità induce ad escludere che i rimedi che consentono, secondo diverse modalità, l'adeguamento del contratto alterato da fatti sopravvenuti, legittimino l'affermazione dell'esistenza di un generale potere del giudice di correggere la clausola abusiva.

Il tema della correzione del regolamento contrattuale è evidentemente quello del rapporto tra l'autonomia privata ed i poteri del giudice, che si atteggia diversamente nelle due fattispecie in esame.

Il giudice chiamato a "modificare" il regolamento negoziale alterato dalle sopravvenienze dovrà tener conto dell'originario assetto di interessi che le parti

---

<sup>296</sup> Nella nostra letteratura manifesta da tempo tal convincimento F. MACARIO, *I rimedi manutentivi, l'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, cit. p. 690.

si erano date, in modo tale da salvare il senso dell'operazione economica che le parti intendevano perseguire.

Invece allorquando il giudice deve correggere un contratto non perché divenuto squilibrato (rispetto al programma iniziale) ma perché considerato *ab origine* - proprio per come voluto dalle parti - iniquo od abusivo, un'eventuale sostituzione giudiziale del patto iniquo non può certo considerarsi mero "sviluppo" dell'autonomia delle parti, non essendo mantenuta la originaria proporzione delle prestazioni<sup>297</sup>.

Se allora è certamente opportuno discutere di un intervento correttivo del giudice in relazione alle clausole abusive e a tal fine potrà tenersi conto - a livello argomentativo - della supposta generale preferenza dell'ordinamento per i rimedi conservativi che evitano la caducazione del contratto, non sembra che detto potere possa trovare un valido fondamento giuridico nella disciplina delle sopravvenienze<sup>298</sup>.

#### **4. Riequilibrio economico del contratto mediante il risarcimento per equivalente.**

Se si esclude la possibilità di configurare un generale potere correttivo del giudice e di applicare in via analogica le fattispecie che prevedono un siffatto potere, occorre chiedersi se vi siano alternative alla caducazione integrale del contratto allorquando la nullità di protezione colpisca una clausola essenziale.

Il riferimento è in particolare alla figura dell'abuso di dipendenza economica (art. 9 L. 192/98) che, secondo la dottrina maggioritaria, può perpetrarsi anche attraverso l'imposizione di un prezzo eccessivamente basso da parte dell'impresa più forte (c.d. "squilibrio economico").

---

<sup>297</sup> In senso analogo M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit. p. 316.

<sup>298</sup> Ben si comprende allora perché, interrogandosi sull'area di applicazione di un principio generale di correzione del contratto iniquo, G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 264, giudichi più "affidabile" ritenere operante la tecnica dell'adeguamento per i soli casi di sopravvenienza.

In questo caso la finalità protettiva sarebbe certamente disattesa qualora l'unico rimedio fosse quella della nullità totale. All'impresa debole converrebbe, infatti, conservare il rapporto contrattuale squilibrato, poiché la nullità dell'intero contratto equivarrebbe all'interruzione della relazione commerciale e, conseguentemente, alla fuoriuscita del mercato. Il rimedio (la nullità totale) sarebbe allora addirittura peggiore del male (il contratto squilibrato).

A mio avviso il contratto potrebbe essere riequilibrato in via risarcitoria<sup>299</sup>.

Il legislatore, oltre a sanzionare con la nullità le clausole attraverso le quali si realizza l'abuso, prevede come ulteriore rimedio il risarcimento del danno. Si tratta evidentemente di una responsabilità precontrattuale<sup>300</sup> (art. 1337 c.c.) poiché l'abuso, sostanziandosi nell'imposizione di clausole inique, si realizza nella fase di formazione del contratto e l'interesse protetto è quello a poter

---

<sup>299</sup> Analoga soluzione viene adottata a tutela del cliente finale pregiudicato dall'intesa anticoncorrenziale. V. M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 94 e s., (v. altresì *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237) per il quale "le intese restrittive della concorrenza, comportando la violazione di una norma di condotta corredata da sanzioni amministrative pecuniarie (...) sono atti illeciti e costituiscono pertanto, in linea di principio, fatti produttivi di danno risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c". v. anche M.R. MAUGERI, *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un 'impresa che partecipa ad un'intesa vietata*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, p. 347 e ss.

Anche la giurisprudenza ha optato per la soluzione risarcitoria. V. Cass. S. U. 4 febbraio 2005, n. 2207: "Il consumatore che ha subito un danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, e cioè di un "cartello", anche se non è parte di un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione l'azione di cui all'art. 33 della legge Antitrust ( legge 10 ottobre 1990, n. 287). Ne consegue che l'automobilista, per far valere le sue ragioni, potrà rivolgersi direttamente alla Corte d'appello chiedendo la dichiarazione di nullità dell'intesa e l'eliminazione del pregiudizio da quest'ultima prodotto sulla sua polizza attraverso il risarcimento del danno". Cfr. Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475; Cass. 11 giugno 2002, n. 9384; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305.

<sup>300</sup> Per quanto attiene alla natura della responsabilità, si rinvencono in dottrina tre tesi che, rispettivamente, collocano l'art. 1337 c.c. nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXI, Milano 1987, p. 736; L. M. LOI, F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano 1975, p. 106 ss.; A. VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 175 ss.; E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano 1980, p. 13), della responsabilità contrattuale (L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360; A. DE CUPIS, *La natura della responsabilità*, Milano 1966, p. 371; N. DI STASO, *I contratti in generale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, I, Torino 1980, p. 341; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano 1990, p. 755), nonché di un *tertium* genus autonomo rispetto alle due precedenti (V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 1270).

contrarre a condizioni eque<sup>301</sup>.

Il contraente vittima dell'abuso è legittimato ad azionare esclusivamente il rimedio risarcitorio, ottenendo così la conservazione dell'accordo contrattuale e contestualmente il suo riequilibrio per mezzo della compensazione economica<sup>302</sup>. La liquidazione del danno produce, infatti, il risultato di modificare il concreto assetto di interessi disciplinato tra le parti, spostando sensibilmente i termini economici dell'accordo<sup>303</sup>.

Precisamente il pregiudizio da ristorare consiste nel risultato economico positivo che il partner debole avrebbe ottenuto se l'altra parte contrattuale non avesse abusato del proprio potere contrattuale<sup>304</sup> ovvero, secondo la Suprema Corte, nel "*minor vantaggio o maggior aggravio economico*" determinato

---

<sup>301</sup> Così C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 359 e 363. L'opinione è condivisa da P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 500, nonché da E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro Italiano*, 2002, p. 88, il quale ritiene che la responsabilità è per forza precontrattuale, perché conseguente alla violazione di <<uno specifico obbligo di comportamento nell'ambito di un rapporto intersoggettivo>>.

Secondo un'idea diffusa, la responsabilità da abuso di dipendenza economica si atterrebbe a contrattuale, extracontrattuale o precontrattuale, secondo la maggiore o minore <<vicinanza>>, variamente specificata, dell'illecito ad un contratto già concluso ed in corso di esecuzione, già terminato o ancora da stipulare. S. BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di abuso di dipendenza economica*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di Vettori, Padova, 2005, p. 509; G. CERIDONO, Art. 9 (*Abuso di dipendenza economica*), in *Disciplina della subfornitura nella attività produttive*, a cura di Lipari, in *Nuove leggi civili commentate*, 2000, p. 452; C. PILIA, *Circolazione giuridica*, cit., p. 358, M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche circa il rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica*, in *Rivista di diritto industriale*, 1999, p. 209-210.

<sup>302</sup> G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, pag. 751, ritiene che con il risarcimento del danno da *culpa in contrahendo* si "*tende a conservare l'operazione economica e la validità dell'accordo e a riequilibrare il contratto attraverso il risarcimento che può avere, si è detto, una precisione chirurgica. A ben vedere tale indirizzo è espressione della tendenza radicata alla espansione del rimedio per equivalente che esalta il valore economico dell'affare sino a prevalere sul controllo giuridico dell'atto*". Dello stesso parere è G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010, p. 122.

<sup>303</sup> V. V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, 2012, p. 90.

<sup>304</sup> V. BELLOMIA, *op. ult. cit.*, pag. 122, ritiene che a dover essere risarcito è "*l'ipotetico interesse positivo*" che sarebbe sorto in capo al soggetto se il regolamento contrattuale fosse stato definito in assenza del dolo. In effetti, osserva G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratto del contratto* diretto da ROPPO, V, *Rimedi*, a cura di Roppo, t. 2, Milano, 2006, p. 1135 ss. il vero e proprio interesse positivo all'adempimento "*in termini formali e rigorosi – non può sorgere che sulla base del contenuto del contratto effettivamente concluso*".

dall'illecito precontrattuale<sup>305</sup>.

Ad esempio, se per effetto dell'abuso il prezzo è eccessivamente basso, il giudice potrà condannare l'impresa "forte" al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di risarcimento dei danni (anche di quelli "futuri", nei rapporti di durata), equivalente alla differenza di prezzo che l'impresa "debole" avrebbe spuntato in mancanza di abuso, prendendo come riferimento il corrispettivo che quegli stessi soggetti sono soli pattuire con gli altri attori del mercato di riferimento in assenza di situazioni di asimmetria contrattuale<sup>306</sup>, o, in mancanza, al prezzo praticato in mercati concorrenziali analoghi.

Non v'è, del resto, incompatibilità concettuale tra mantenimento del contratto e responsabilità precontrattuale<sup>307</sup>, come dimostra l'art. 1440 c.c. che,

---

<sup>305</sup> V. Cass. civ., Sez. II, 16/04/2012, n. 5965; Cass. civ., Sez. III, 08/10/2008, n. 24795; Cass. civ. Sez. III Sent., 08/10/2008, n. 24795; Cass. civ. Sez. I, 07/03/2007, n. 5273; Cass. civ. Sez. I, 29/09/2005, n. 19024; Cass. civ. Sez. I, 29/09/2005, n. 19024; Cass. civ. Sez. I, 29/09/2005, n. 19024; Cass. civ. Sez. I, 29/09/2005, n. 19024; Trib. Pisa, 09/03/2008; Trib. Roma Sez. III, 22/11/2011; App. L'Aquila, 17/10/2011; Trib. Bari, 28/06/2011; Trib. Milano Sez. VI, 21/02/2011; Trib. Vicenza Sent., 15/06/2007; Trib. Padova, 30/03/2006; App. Napoli Sez. III, 24/02/2006

<sup>306</sup> M.R. MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere: costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, cit., p. 255 ss.

<sup>307</sup> V. MANTOVANI, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995 il quale fa riferimento ai cosiddetti "vizi incompleti", nei quali vengono ricompresi tutti quegli atteggiamenti, tenuti nella fase precontrattuale, che abbiano inciso sulla volontà o sulla capacità dell'altro contraente, o che abbiano integrato un raggirio tale da trarre in errore l'altra parte senza essere tuttavia connotati da quelle caratteristiche che il legislatore considera presupposto dell'azione di annullamento.

La dottrina maggioritaria ammette la responsabilità precontrattuale nel caso di contratto valido ed efficace: F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. II, Milano, 1972, pp. 362-366; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, spec. 243, 258 e 450; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 365 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 106; A. CATAUDELLA, *I contratti: parte generale*, Torino, 2000, p. 40; A. DI MAIO, *Libertà contrattuale e dintorni*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 14; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 249. G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, p. 95 ss. spec. 99, 101, a proposito della tesi contraria, parlano di un "idea" che "denota l'involutezza del sistema" e che priva la parte di ogni tutela "nelle situazioni apparentemente meno gravi, ma in realtà più insidiose, in cui le regole di buona fede sono state violate, ma tale violazione non ha impedito la conclusione del contratto, né ha cagionato l'invalidità di esso". Si vedano anche, a tale proposito, F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, p. 441 ss.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, II, Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 13 ss. spec. 26; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1270; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 236; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni-diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 148 ss.; M. MANTOVANI, *Vizi*

come è noto, stabilisce che in caso di dolo incidente il contratto rimane valido, ma il *decipiens* è tenuto al risarcimento del danno. La somiglianza tra le due fattispecie è evidente: in entrambi i casi vi è una lesione della libertà negoziale e la parte che ha subito l'illecito precontrattuale (i raggiri o l'abuso) ha interesse all'esecuzione del contratto, le cui condizioni sono però "alterate", divergendo esse da quelle che la parte avrebbe realmente voluto in mancanza della scorrettezza precontrattuale.

Non è invece percorribile la strada del risarcimento in forma specifica<sup>308</sup>

---

*incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., pp. 135 e 288; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2000, p. 348 ss. e p. 459 ss; E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 943 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2004, p. 303; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 234 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messina, XXI, Milano 1987, p. 736; L. LOI, F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano 1975, p. 106 ss.; A. VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 175 ss.; E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano 1980, p. 13.

Anche la giurisprudenza ammette che possa sussistere la responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido ed efficace. V. Cass. Civ., Sez. IV, 21 ottobre 2013, n. 23873: "*La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto*". Cfr. Cass., 8 ottobre 2008 n. 24795, in *Giust. civ. Mass.*, 2008 (v. giurisprudenza nella nota 304).

Di parere contrario è D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, pag. 117, per il quale il dolo incidente sarebbe frutto di una "finzione legislativa" e, di conseguenza, l'art. 1440 c.c. dovrebbe essere considerato una norma eccezionale, come tale insuscettibile di essere ricollegata ad un principio di carattere generale. Non mi sembra tuttavia corretto parare di "finzione", poiché il dolo è situazione materialmente esistente. Il diverso regime giuridico tra dolo incidente e dolo determinante si giustifica invece in base ad un dato reale: l'incidenza del vizio non sul consenso ma sul solo regolamento contrattuale. Del resto, "*se si tiene presente, come è opinione comune, che il dolo determinante e quello incidente non si distinguono in base alla natura o intensità dell'inganno, ma soltanto per il diverso grado di incidenza nel regolamento degli interessi dei contraenti, risulta chiaro che l'art. 1440 fa una valutazione non dell'illecito, ma dell'evento dannoso causato dall'inganno e dispone il risarcimento come mezzo sufficiente a sanare la situazione. Laddove nel caso di dolo determinante il pregiudizio è maggiore e comporta come unico rimedio possibile l'eliminazione del contratto con l'annullamento. Ma il fatto turbativo, cioè l'inganno in entrambi i casi ha la stessa natura sia quanto è causa di annullamento che di risarcimento del danno*" (G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, pag. 118).

<sup>308</sup> È questa la posizione di R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 499 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2004, p. 315 ritiene che sia una forma di risarcimento la nullità comminata ai sensi dell'art. 36 cod. cons. per le clausole introdotte dal professionista, in contrasto con la buona fede, nel contratto standard sottoposto al consumatore, che siano causa di uno squilibrio tra le posizioni contrattuali delle parti. In questa ottica anche altri istituti, come la rescissione, potrebbero essere inquadrati come particolari casi di tutela in forma specifica del soggetto danneggiato. A tale proposito, per un'analisi critica alla tesi per cui la rescissione del

che si sostanzi nella modifica della clausola contrattuale da parte del giudice. L'art. 2058 c.c. esclude, invero, detta forma di risarcimento qualora essa non “sia in tutto o in parte possibile” e tale possibilità va certamente negata nell'ipotesi in cui la rimozione diretta della lesione passi per la modifica del contratto e non sia espressamente previsto un potere correttivo del giudice<sup>309</sup>. L'autorità giudiziaria, infatti, può modificare rapporti giuridici solo nei casi espressamente previsti dalla legge (c.d. principio della tassatività delle sentenza costitutive; art. 2908 c.c.).

L'interesse alla conservazione potrebbe tuttavia essere pregiudicato nel caso in cui fosse riconosciuto alla parte “forte” la facoltà di rilevare la nullità che colpisce la clausola essenziale foriera dello squilibrio economico. In mancanza di meccanismi sostitutivi, l'unica soluzione sarebbe quella della caducazione dell'intero contratto.

Ben può accadere che la parte responsabile dell'abuso ritenga non più conveniente l'affare concluso e decida di liberarsi dal vincolo contrattuale. La domanda di nullità totale del contratto potrebbe essere inoltre avanzata al fine di contrastare la domanda risarcitoria della parte debole. In caso di nullità totale, infatti, il danno dovrebbe essere commisurato al solo interesse negativo e dunque alle spese inutilmente sostenute e alle occasioni perdute, salva ovviamente l'azione di ripetizione, che - diversamente da quanto ritenuto da parte della dottrina - non appare un rimedio affatto soddisfacente per la vittima dell'abuso<sup>310</sup>.

---

contratto leso del contraente per una scorrettezza (l'approfittamento dello stato di bisogno o di pericolo) commessa in fase precontrattuale si rinvia a B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000, 72 ss.

<sup>309</sup> Depone in tale senso l'art. 2098 c.c., il quale stabilisce che l'autorità giudiziaria può modificare rapporti giuridici solo nei casi espressamente previsti dalla legge (c.d. principio della tassatività delle sentenza costitutive).

<sup>310</sup> Ritene G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti – G. Villa, cit., pag. 132 che in caso di nullità totale l'azione di ripetizione dell'indebito avrebbe come esito “una restituzione per equivalente basata sulla remunerazione al giusto prezzo delle risorse scambiate”. Tuttavia in caso di nullità dell'intero contratto, l'unica azione ammessa è quella di ingiustificato arricchimento che, per giurisprudenza costante della Suprema Corte, non può mai comprendere il corrispettivo. V., *ex multis*, Cass. civ.

Ora, la legittimazione della parte forte può agevolmente essere esclusa qualora si ritenga – in linea con l’orientamento dominante<sup>311</sup> – che il divieto di abuso sia volto a proteggere in modo prevalente l’impresa debole. In questo caso sarebbe agevole il ricorso all’applicazione analogica dell’art. 36 cod. cons., secondo il quale la nullità opera esclusivamente a vantaggio della parte protetta<sup>312</sup>.

L’obiezione che comunemente si muove a tale soluzione è che il regime dei contratti del consumatore e quello dei contratti tra imprese dotate di disparità di potere non avrebbero *rationes* comuni. Segnatamente i limiti all’autonomia privata introdotti dagli artt. 33 e seguenti cod. cons. trarrebbero fondamento dall’esigenza di rimediare all’asimmetria informativa esistente tra il professionista ed il consumatore, il quale non avrebbe consapevolezza del contenuto del contratto unilateralmente predisposto dal professionista.

L’obiezione non sembra tuttavia convincente, non tanto perché l’identità di *rationes* potrebbe comunque ravvisarsi nella finalità protettiva di un contraente debole cui è stato impedito il libero esercizio della propria autonomia<sup>313</sup>, ma in

---

Sez. Unite, 11/09/2008, n. 23385: “Anche allorché l’azione di arricchimento ingiustificato venga esperita nei confronti della p.a., il depauperamento di cui all’art. 2041 c.c. deve comprendere tutto quanto il patrimonio ha perduto (in elementi ed in valore) rispetto alla propria precedente consistenza, ma non anche i benefici e le aspettative connessi con la controprestazione pattuita quale corrispettivo dell’opera, della fornitura, o della prestazione professionale, non percepito, quale, esemplificativamente, il profitto di impresa, le spese generali e “la retribuzione dell’opera che non sia consistita nella progettazione o direzione dei lavori”, con i relativi accessori, nonché ogni altra posta rivolta ad assicurare egualmente al richiedente - direttamente o indirettamente, tramite il ricorso ai parametri di cui si è detto - quanto si riprometteva di ricavare dall’esecuzione del contratto o dall’esecuzione di analoghe attività remunerative nello stesso periodo di tempo”. Cfr. Cass. civ., 26/09/2005 n. 18785; Cass. civ., 03/07/2003 n. 11454; Cass. civ. Sez. II, 18/02/1987, n. 1753; Cass. 12/07/1965 n. 1471.

<sup>311</sup> G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell’autonomia contrattuale”)*, in *Lettere sull’autonomia privata*, Padova, 2005, p. 285; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2002, vol. XIII, tomo VII, p. 31 e p. 127.

<sup>312</sup> V. M. F. PROSPERI, *Subfornitura industriale*, cit., p. 645. F. FALCO, *I contratti di subfornitura*, Art. 6 *Nullità di clausole*, in AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, 1999, p. 717. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 184; G. GIOIA, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, cit., p. 1332 ss.; P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da), *Diritto civile*, III, *Obbligazioni*, t. 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 953.

<sup>313</sup> V. P. FABBIO, *L’abuso di dipendenza economica*, cit., pag. 485 ritiene che “un’identità di ratio c’è e consiste evidentemente in ciò che nell’uno e nell’altro caso l’invalidità (e/o

quanto la finalità della disciplina dei contratti del consumatore non è, in realtà, la tutela della incompetenza del soggetto tutelato, ma va individuata nell'asimmetria di potere contrattuale<sup>314</sup>.

Altri Autori, tuttavia, ritengono che il divieto di abuso non abbia una funzione di protezione dell'impresa debole, appartenendo invece ad un non meglio definito <<ordine pubblico economico>>, con la conseguenza che la nullità, essendo posta a presidio di un interesse generale, sarebbe necessariamente assoluta<sup>315</sup>. Una variante di questa tesi ritiene che la nullità per abuso di dipendenza economica perseguirebbe l'obiettivo di rilevanza generale di un corretto funzionamento del mercato e solo in via residuale sarebbe interessata alla autenticità e razionalità individuale della singola scelta contrattuale<sup>316</sup>.

L'interesse protetto dalla legge sulla subfornitura non sarebbe allora solo quello del piccolo imprenditore che ha stipulato il patto nullo, ma coinvolgerebbe, più in generale, una politica legislativa tendente a regolamentare il mercato delle forniture ed a imporre che lo stesso si svolga secondo condizioni economiche. Così la scelta legislativa di non determinare i soggetti legittimati all'azione di nullità potrebbe fondarsi sulla consapevolezza che la violazione della normativa sulla subfornitura possa avere una incidenza negativa anche su imprese terze operanti nel mercato di riferimento.

In tale direzione si è prospettata l'ipotesi nella quale una data impresa riceva una proposta per un contratto di subfornitura, la quale venga rifiutata in quanto posta in violazione dell'art. 3 L. n. 192 del 1998. Si è ipotizzato, ancora, che la suddetta impresa inviti la parte proponente ad adeguare le condizioni

---

*inefficacia) è intesa a proteggere un contraente debole, cui è stato impedito, per un verso o per un altro, un esercizio libero della propria autonomia".*

<sup>314</sup> V. sul punto capitolo III, paragrafo 2.

<sup>315</sup> D. MAFFEIS, Art. 9 – *Abuso di dipendenza economica*, in AA. VV., *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998*, n. 192, Ipsoa, Milano, 1998, p. 197

<sup>316</sup> A. MUSSO, *La subfornitura*, in Commentario del codice civile Scialoja – Branca, a cura di Galgano, Bologna, 2003, p. 537 ss.

contrattuali imposte, ma che questa disattenda l'invito e stipuli con altra impresa concorrente alle stesse condizioni (invalidi) poste alla prima impresa rifiutante. In tal caso, la legittimazione relativa risulterebbe una tecnica inadeguata, in quanto ben potrebbe l'impresa subfornitrice stipulante dare esecuzione alla clausola nulla senza impugnarla, *<<a scapito non tanto del singolo contraente debole, quanto di terzi che dalla stipulazione ricevono un pregiudizio economico ingente, financo tale da comportarne l'estromissione dal giro delle commesse>>*<sup>317</sup>.

Ora, qualora si ritenesse che la nullità tuteli, non solo l'interesse del singolo contraente, ma anche quello dei terzi operanti nel mercato di riferimento, potrebbe comunque escludersi la legittimazione a far valere la nullità della parte responsabile dell'abuso.

Perché la sussistenza dell' "interesse" a far valere la nullità di cui all'art. 1421 c.c., diversamente dall'interesse processuale (art. 100 c.p.c.), va valutato in considerazione della funzione assoluta della nullità.

La parte forte e responsabile dell'abuso non è legittimata a far valere la nullità, perché il suo interesse è diverso da quelli che nella nullità trovano composizione e non è pertanto meritevole di tutela. Nella definizione della cerchia dei soggetti legittimati all'azione, occorre pertanto muovere dall'individuazione della finalità del rimedio azionato, per negare tutela a colui il quale agisca per un interesse che non appare meritevole alla luce dei valori a presidio dei quali il rimedio è posto<sup>318</sup>.

Inoltre l'azione del contraente non protetto potrebbe comunque essere

---

<sup>317</sup> S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 119. Sul punto si rinvia anche ad A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. Cuffaro (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, p. 353, il quale, con riferimento alla ipotesi di nullità derivante da abuso di dipendenza economica, rileva che la scelta di riconoscere la legittimazione al solo subfornitore potrebbe risultare controproducente, nella misura nella quale ad essa è sottesa il rischio di attribuire a questi null'altro che il potere di subire silenziosamente l'abuso.

<sup>318</sup> I. PRISCO, *Le nullità di protezione, Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., p. 49 e ss.

paralizzata con l'*exceptio doli*, in quanto costituirebbe un abusivo utilizzo dello strumento processuale<sup>319</sup>. Invero la domanda di nullità promossa da chi all'invalidità ha dato causa, integrerebbe senz'altro un atto sleale che viola il principio di buona fede, nel quale si specificano i doveri inderogabili di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

### **5. Prospettive *de iure condendo* sul potere correttivo del giudice.**

Il diritto positivo e gli orientamenti giurisprudenziali non sembrano consentire l'affermazione di un generale potere integrativo del giudice, propendendo invece per la soluzione risarcitoria.

Indicazioni di segno diverso potrebbero trarsi, a livello europeo, dalla recente predisposizione dei principi di diritto europeo del contratto, che vanno elaborandosi specie in vista di un'accelerazione del processo di armonizzazione del diritto privato europeo; principi certo privi di contenuto direttamente precettivo, ma che rappresentano modelli suscettibili di adozione da parte degli

---

<sup>319</sup> Numerosi sono i contributi della dottrina in ordine all'abuso del diritto di azione. In termini generali può innanzitutto farsi riferimento all'opera di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 88, dove l'Autore rileva come il problema dell'abuso dell'azione si presenterebbe nei casi in cui il processo serve formalmente ad un certo scopo, ma sostanzialmente mira a realizzare interessi immeritevoli di tutela. Così compito dell'interprete è quello di individuare la causa tipica di ogni azione al fine di paralizzare quelle domande tese ad un utilizzo controfunzionale del rimedio. Del resto, è da tempo che la dottrina riserva particolare attenzione a quelle ipotesi in cui un soggetto agisce per scopi diverse ed ultronei rispetto a quelli per i quali l'azione promossa è prevista. Da qui il ricorso alla figura dell'abuso del diritto di azione e la prospettata possibilità di paralizzare l'azione abusivamente intrapresa attraverso una *exceptio doli generalis*. Il dibattito dottrinale ha interessato, ad esempio, la problematica della legittimazione dell'amministratore di una società a domandare la declaratoria di nullità di bilanci alla formazione dei quali abbia partecipato proprio in ragione della qualità di amministratore (G.B. PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. comm.*, 1985, p. 407 ss., il quale reputa che in tale ipotesi vi sia spazio per la *exceptio doli generalis*, istituto affine a quello dell'abuso del diritto, che consisterebbe “in un rimedio che ... mira ad ottenere in modo immediato e, d'altro lato, esclusivo di altri effetti, l'estinzione o comunque la reiezione della pretesa altrui, in quanto manifestamente dolosa dell'esercizio del diritto sul quale la pretesa si fonda”. V. anche G. PELLIZZI, *Exceptio doli*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1996, p. 1076. Tra gli studiosi che hanno affrontato il tema dell'abuso del processo e dell'*exceptio doli* quale strumento idoneo a paralizzare l'azione abusivamente intrapresa: v. M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim.*, 2012, 1 p. 117 ss.; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 319 ss.; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo, I, Profili storici, II, Diritto positivo*, Padova, 2000; A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca bosa tit. cred.*, 1998, 2, p. 147 ss.; P. PERLINGIERI, *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 1301 ss.

stessi contraenti in via volontaria, che potrebbero prefigurare linee di tendenza in grado di orientare scelte future dei legislatori nazionali.

A tal proposito appaiono significative le indicazioni ricavabili dalla c.d. *soft law*, ossia da quell'insieme di regole che, in via informale e senza alcuna efficacia diretta<sup>320</sup>, vengono periodicamente formulate per iniziativa di operatori economici del commercio internazionale (*lex mercatoria*)<sup>321</sup> e talora finanche da commissioni ed organismi appositamente istituiti<sup>322</sup>, con lo scopo di “affiancare”

---

<sup>320</sup> Ciò è dovuto alla loro provenienza non statale, bensì *lato sensu* consuetudinaria (derivando dalla prassi, ossia dalla ripetuta osservanza da parte della generalità degli operatori economici di un determinato settore) o pattizia (si pensi agli accordi tra associazioni di categoria, come le disposizioni IATA per il traffico aereo). L'aggettivo *soft* sta ad indicare che l'efficacia di tali regole è soggetta alla legge, o meglio alla valutazione che il giudice statale effettua circa la compatibilità della singola regola con il proprio diritto nazionale. Il giudice, chiamato a risolvere una controversia relativa a un rapporto commerciale transnazionale, potrà servirsi direttamente delle norme di *soft law* soltanto se in base alla legge nazionale applicabile le riconoscerà come usi normativi o contrattuali, dovendo invece in caso contrario, pure in presenza di un espresso richiamo da parte dei contraenti, vagliarne la conciliabilità con le norme inderogabili del proprio ordinamento: L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pp. 524 – 525. La *soft law*, dunque, opera in concorso e non in conflitto con le fonti legali: R. LUZZATTO, *I Principi Unidroit e l'arbitrato commerciale internazionale*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, a cura di Bonell e Bonelli, 1997, p. 94 ss. Resta ferma, oltre alla vincolatività della *soft law* dal punto di vista sociale e professionale in virtù del discredito che la sua violazione genera nell'ambiente di categoria, la possibilità per le parti di rendere direttamente efficaci le regole scelte deferendo la risoluzione della controversia ad arbitri internazionali mediante apposite clausole compromissorie. Sul punto, v. S.M. CARBONE, *Principi dei contratti internazionali*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, cit., 27: “Una piena operatività non può esservi quando ad essere investito delle questioni relative al contratto sia un giudice statale, il quale non può prescindere dall'impiego del necessario tramite del proprio ordinamento; mentre invece attraverso lo strumento dell'arbitrato commerciale internazionale la delocalizzazione può compiutamente realizzarsi”.

<sup>321</sup> La *lex mercatoria*, nata in epoca antichissima, ha conosciuto una vera e propria rifioritura con l'avvento della società post – industriale: L. FRANZESE, *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, n. 5, 794. Sull'inquadramento del fenomeno si contrappongono due chiavi di lettura. Taluno lo interpreta come promanazione della tendenza propria della società civile a riorganizzarsi con strumenti che vanno oltre la produzione legislativa degli Stati, incapace di rispondere con tempestività alle esigenze del ceto imprenditoriale in un mercato che travalica i confini nazionali: F. GALGANO, *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, in *Sociologia del diritto*, cit., 158; M.J. BONELL, voce *Lex mercatoria*, in *Dig. disc. priv.*, IX, 11 ss.; G. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 243. Talaltro lo legge come insieme di regole imposte dagli imprenditori con maggiori potenzialità economiche, attrezzati a redigere i necessari schemi negoziali: A. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, 1995, 332. Nel primo senso è orientata la giurisprudenza della Cassazione, secondo cui la *lex mercatoria*, pur essendo materialmente predisposta dagli imprenditori più forti, traduce in tecnica giuridica prassi commerciali diffuse, e per questo i singoli imprenditori finiscono con l'aderire ai valori sottesi ai principi in tal guisa elaborati: Cass. 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, 2285.

<sup>322</sup> Si pensi, in particolare, alla Commissione Lando, che ha prodotto i Principi di diritto europeo dei contratti (nati nel 1980, poi rivisitati nel 1998 e nel 2002); all'Accademia dei Giusprivatisti Europei di Pavia, che ha redatto il c.d. “Codice Gandolfi”; all'*International Institute for the Unification of Private Law – Unidroit*, che ha generato i Principi Unidroit

le tradizionali produzioni legislative. Si tratta di indicazioni dalla valenza tutt'altro che trascurabile, in quanto provenienti da modelli contrattuali uniformi e codificazioni di principi che, lungi dal costituire il frutto di elaborazioni contingenti, recepiscono regole sorte nella prassi negoziale del mercato globale.

Ci si riferisce alla previsione dell'art. 3.10 dei principi Unidroit<sup>323</sup>, secondo cui *“una parte può annullare<sup>324</sup> il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo”, e “su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento, il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio”*<sup>325</sup>.

---

(dapprima nel 1994; poi nelle nuove versioni del 2004 e, da ultimo, del 2010); alla *United Nations Commission on International Trade Law* – Uncitral, che si è occupata soprattutto della formulazione di regole procedurali quali le *Arbitration Rules* (nel 1976, da ultimo rielaborate nel 2010); nonché al *Rèseau commun pour le droit des contrats européen* – Gruppo comune per il diritto europeo dei contratti, che su incarico della Commissione Europea ha predisposto nel 2009 il c.d. quadro comune di riferimento (*Draft common frame of reference*) per il diritto europeo dei contratti.

<sup>323</sup> I Principi Unidroit, a dispetto del nome, contengono un insieme di regole alquanto dettagliate e rappresentano un tentativo di cristallizzare ed enunciare in forma chiara i principi condivisi da molti ordinamenti nazionali nella materia dei contratti commerciali. Essi vengono definiti come un *“modello uniforme”* teso al *“reciproco riconoscimento dei diritti nazionali”*: M. FERRARI BRAVO, *Presentazione del convegno*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, cit., p. 4. Secondo altri si tratta di un mezzo non legislativo di uniformazione del diritto privato: F. ADDIS, *Note introduttive ai principi UNIDROIT*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 927. L'applicazione dei Principi, di per sé non vincolanti, dipende dalla scelta degli operatori giuridici: A. DI MAJO, *I “Principles” dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 612. Lo scopo dei redattori è quello di dare maggiore certezza al diritto dei contratti commerciali internazionali, afflitto dalla frammentarietà e lacunosità delle convenzioni di diritto internazionale privato, nonché di offrire una valida alternativa alle parti dei contratti transnazionali, le quali di frequente rifiutano di sottoporsi ad una legislazione che conoscono poco o che comunque ritengono poco vantaggiosa: M.J. BONELL, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, 9 ss..

<sup>324</sup> La possibilità di “annullare” va intesa, nell'ottica del diritto italiano, come facoltà di agire in giudizio per far dichiarare la nullità del contratto. I Principi, infatti, (alla stessa stregua delle norme comunitarie, anche al fine di evitare difficoltà di “trasposizione” negli ordinamenti interni) non si preoccupano di definire con esattezza il rimedio a disposizione del soggetto tutelato, limitandosi a regolare la legittimazione e gli effetti dell'azione. Si può evidenziare, al riguardo, che la disposizione sulla *gross disparity* si colloca esternamente e successivamente alla disciplina riguardante i vizi della volontà, il che induce a propendere per una qualificazione del rimedio in termini di nullità, ferma restando la non rilevabilità d'ufficio da parte del giudice: G. ALPA, *La protezione della parte debole di origine internazionale*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, a cura di Bonell e Bonelli, Milano, 1997, 227 ss..

<sup>325</sup> Tra i numerosi commenti all'articolo si vedano F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 40 ss., e M. TIMOTEO,

Similmente l'art. 4:109 dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti<sup>326</sup>, nel disciplinare la situazione di “*excessive benefit or unfair advantage*” (“ingiusto profitto o vantaggio iniquo”, nella traduzione italiana), stabilisce che “*una parte può annullare il contratto se, al momento della conclusione di esso, fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare, e l'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della prima in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto profitto*”; la norma prevede altresì che, “*su domanda della parte legittimata all'annullamento, il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza*”.

Queste previsioni hanno come ovvio ridato vigore alle opinioni favorevoli all'ampliamento dell'area della correzione giudiziale del patto, in qualche modo, reputato abusivo.

A questo punto, ponendoci nella prospettiva di evoluzione del diritto positivo, ci si deve chiedere se sia opportuno assecondare un generale potere correttivo della clausola abusiva da parte del giudice.

---

*Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei principi UNIDROIT*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1997, 141 ss..

<sup>326</sup> Sull'efficacia giuridica e sul livello di dettaglio delle regole accolte nei Principi di diritto europeo dei contratti (anche denominati PECL, acronimo dell'inglese *Principles of european contract law*), elaborati per la prima volta nel 1995 e poi modificati e integrati negli anni successivi da una commissione di studiosi presieduta da Ole Lando, possono richiamarsi le considerazioni svolte a proposito dei Principi Unidroit. Più incerto è il rapporto con le legislazioni statali sotto il profilo scientifico. Sul punto gli stessi redattori dei PECL mostrano di avere visioni notevolmente diverse: l'opinione di Bonell, ad esempio, è quella di considerare i Principi una sintesi ricognitiva e ordinante (*restatement*) dei diritti vigenti; ad avviso di Lando i Principi rappresentano un “ponte” tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*; mentre secondo Castronovo essi costituiscono addirittura un tassello, sia pure primordiale, del processo di codificazione europea del diritto privato, mettendo in atto una progettualità creativa volta a porre in discussione i capisaldi del diritto positivo tradizionale.

In senso critico si osserva che un siffatto potere giudiziale potrebbe essere fonte di incertezza ed arbitrarietà, perché un conto è che la legge stabilisca, secondo parametri determinati e che sono oggetto di precise scelte di politica del diritto, il contenuto di un negozio; altro conto è che lo possa fare, più o meno discrezionalmente, l'interprete.

La dottrina si è mostrata sin da subito diffidente verso i poteri equitativi riconosciuti dal giudice dall'art. 1384 c.c., il quale stabilisce che *“la penale può essere diminuita equamente dal giudice”*<sup>327</sup>. Un analogo atteggiamento di timore ha suscitato l'art. 7 d. lgs. 231/02, che prevedeva espressamente la riconduzione ad equità del contratto parzialmente invalido.

Queste disposizioni, come anche l'art. 13, comma 5, L. 431/98 e quelle ricavate dalla giurisprudenza (come la rideterminazione della retribuzione spettante al lavoratore in caso di nullità per contrarietà all'art. 36 Cost.), attribuiscono un inevitabile margine di discrezionalità al giudice, che rischierebbe di sfociare in arbitrio a causa dell'indeterminatezza della clausole generali di equità, equilibrio, ragionevolezza o proporzionalità. La volontà del giudice si trasformerebbe così in una vera e propria *“fonte del diritto”*<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> Con particolare riguardo all'equa riduzione della clausola penale, v. Cass. 25 giugno 1981, n. 4146, cit.: *“L'art. 1384 c.c., disponendo che la penale può essere diminuita dal giudice, ove l'ammontare di essa sia manifestamente eccessivo, avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, configura un potere discrezionale del giudice del merito”*. Da ultimo, v. Cass. 20 dicembre 2012, n. 23621: *“L'apprezzamento sulla eccessività dell'importo fissato con clausola penale dalle parti contraenti, per il caso di inadempimento o di ritardato adempimento, nonché sulla misura della riduzione equitativa dell'importo medesimo, rientra nel potere discrezionale del giudice di merito”*.

<sup>328</sup> Sul giudice come fonte del diritto v. A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, trad. it. a cura di Mattei, 1995, 223 ss.. L'A., in particolare, si sofferma sui diversi atteggiamenti coi quali la dottrina da lungo tempo si approccia al problema. Secondo la teoria meccanicista (che si avvale, tra l'altro, degli spunti offerti dalla teoria della separazione dei poteri di Montesquieu e dal formalismo interpretativo di Savigny), il giudice non è altro che *“bocca della legge”* e ogni sua intromissione o ingerenza nella creazione della regola costituisce un'inammissibile invasione di potere, dovendo egli limitarsi ad applicare ciò che è stabilito dal legislatore; ne consegue un modello decisionale dichiarativo, in cui non vi è spazio alcuno per la discrezionalità del giudice e ogni decisione è il frutto di un procedimento di mera rilevazione di un significato normativo che preesiste all'attività ermeneutica.

A questa visione si oppone una corrente di pensiero più moderna, nota come antiformalismo interpretativo, secondo cui l'interprete contribuisce a creare il significato di ogni norma e, in questo senso, il giudice gode di una discrezionalità che è tanto più ampia quanto più elevato è il grado di indeterminatezza dell'enunciato normativo. In quest'ultima ottica v. C.

Le preoccupazioni, pur legittime, appaiono eccessive.

Certo è che se il giudice decidesse in assenza di criteri legislativi il suo intervento sarebbe arbitrario e finirebbe per scontrarsi con il principio di legalità<sup>329</sup>.

Ma i concetti di equità, equilibrio, ragionevolezza e proporzione, nel particolare contesto delle norme che contemplano il riequilibrio giudiziale del contratto parzialmente nullo, sono dotati di una certa determinatezza.

Il significato di tali concetti può essere di volta in volta circoscritto grazie ai parametri che, in ciascuna disposizione, il legislatore detta al giudice per la constatazione dell'invalidità o inefficacia nel caso concreto.

È evidente che la discrezionalità del giudice si dispiega in maniera più o meno ampia a seconda del livello di dettaglio dei parametri ai quali il legislatore ancora il giudizio di invalidità e inefficacia<sup>330</sup>. Mentre in alcuni casi sono individuati criteri solidi e precisi, in altri i contorni dei concetti utilizzati restano più vaghi.

Nell'art. 8 d.lgs. 170/04, ad esempio, le clausole contrattuali concernenti le condizioni di realizzo e i canoni di valutazione delle attività finanziarie si presumono *“ragionevoli sotto il profilo commerciale”* quando siano conformi agli *“schemi contrattuali individuati dalla Banca d'Italia, d'intesa con la*

---

CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 25, secondo il quale anche i concetti descrittivi che si riferiscono a dati reali possiedono spesso un certo grado di indeterminatezza e perciò postulano un'interpretazione del giudice che si risolve in un'opzione di valore (*“l'indeterminatezza non può che trovare determinazione in una scelta di valore”*). È della stessa opinione S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 208: *“Le indagini degli ultimi tempi hanno chiaramente messo in luce come i giudizi di valore siano ineliminabili dall'attività del giudice”*.

<sup>329</sup> La distinzione tra esercizio discrezionale del potere e arbitrio è stata ben delineata in tempi risalenti da A. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Scritti giuridici*, III, 1, 1932, p. 7. La discrezionalità giudiziale deve mantenersi entro i limiti del conferimento legislativo, superati i quali essa sconfina nell'arbitrarietà: v. G. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit. 16, secondo cui quando il giudice è investito del potere discrezionale dalla legge *“è soggetto ai criteri che la legge stessa detta ... e dunque il suo intervento sarà sempre subordinato al contenuto e alle indicazioni della norma da applicare ... se il giudice decidesse indipendentemente dal contenuto delle norme che gli conferiscono tale potere, finirebbe per scontrarsi con il principio di legalità”*.

<sup>330</sup> A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 284

*Consob, in relazione alle clausole di garanzia elaborate nell'ambito della prassi internazionale*", salva la discrezionalità del giudice nello stabilire in quale misura la difformità da tali schemi comporti l'irragionevolezza del patto<sup>331</sup>.

Anche nell'applicazione dell'art. 36 Cost., all'esito di un'evoluzione giurisprudenziale, si è rinvenuto nei minimi retributivi stabiliti dalla contrattazione collettiva di settore un solido parametro per decidere del carattere "proporzionato" e "sufficiente" della retribuzione corrisposta al lavoratore.

Meno univoco, invece, appare il criterio dettato dall'art. 1384 c.c. per il giudizio di manifesta eccessività della clausola penale. Non a caso si discute da sempre sull'esatto significato dell'espressione "*avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento*": anche volendo aderire all'orientamento secondo cui l'eccessività della penale va parametrata al danno prevedibile al momento della stipulazione<sup>332</sup>, non si elimina l'ampio margine di discrezionalità di cui il giudice dispone non tanto e non solo nell'individuazione del valore del danno prevedibile, ma anche e soprattutto nel giudizio di manifesta eccessività della penale rispetto a tale valore.

---

<sup>331</sup> F. MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignorizia*, 2010, 98 ss.. Sulla determinatezza del concetto non concordano A.V. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, cit., 168, il quale parla della ragionevolezza commerciale come "*nozione amorfa, tale, di per sé sola, da poter generare contenziosi*"; e A. LAUDONIO, *Le clausole di close-out netting nel d.lgs. 170/04*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 557, il quale fa notare che la nozione, ripresa dal diritto anglosassone, è priva di qualsiasi precedente nella nostra tradizione giuridica. Secondo R. MARINO, *La disciplina delle garanzie finanziarie*, 2006, 210, la ragionevolezza commerciale deve essere collegata al principio di proporzionalità.

<sup>332</sup> Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 793, secondo cui "*deve escludersi che il relativo apprezzamento possa conseguire al rapporto tra l'ammontare della penale e il pregiudizio effettivamente subito*". Similmente C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., 232: "*Non deve aversi riguardo al pregiudizio prodotto dall'inadempimento in quanto la determinazione preventiva e forfettaria della pretesa risarcitoria esclude rilevanza alla maggiore o minore entità del pregiudizio effettivo*". In termini analoghi si esprime Cass. 25 giugno 1981, n. 4146, cit.: "*Deve escludersi che l'apprezzamento ... possa fondarsi sul rapporto tra l'ammontare della penale ed il pregiudizio realmente subito da chi la pretende*". Ciò non toglie le difficoltà che il giudice incontra nella decisione sul carattere manifestamente eccessivo della clausola penale: la manifesta eccessività della penale, infatti, non può ricavarsi puramente e semplicemente dal fatto che la sua entità eccede quella del danno prevedibile al momento della stipulazione, perché in tal modo si vanificherebbe la funzione stessa della clausola, ma va sancita in base al carattere manifesto o meno di tale eccedenza.

Alquanto vaghi erano i criteri che l'art. 7 d.lgs. 231/02 dettava all'interprete per verificare se, nell'ambito di una transazione commerciale, l'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento dovesse considerarsi gravemente iniquo in danno del creditore<sup>333</sup>. A tal fine infatti, ai sensi del comma 1, bisognava aver riguardo non solo *“alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi”*, ma anche *“ad ogni altra circostanza”*. Soltanto al comma 2 venivano esemplificate con maggiore precisione due ipotesi di accordo gravemente iniquo (*“l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi”*), nelle quali peraltro non mancavano elementi di indeterminatezza quali le *“ragioni oggettive”* giustificative dell'accordo e il carattere *“ingiustificatamente”* più lungo dei termini di pagamento imposti ai fornitori o subfornitori.

L'art. 9 l. 192/98 si limita ad espressioni generiche sia per la definizione della situazione di dipendenza economica, considerandosi tale *“la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio”*<sup>334</sup> *di diritti e di obblighi ... tenendo*

---

<sup>333</sup> Un'ampia e approfondita analisi di questi criteri è effettuata da M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 71 ss..

<sup>334</sup> S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 232: *“Quanto alla connotazione quantitativa dello squilibrio, l'aggettivo 'eccessivo' viene riempito di contenuto ... alla luce della clausola di correttezza: è riprovato lo squilibrio che sia il frutto di un abuso contrario a buona fede oggettiva”*. Similmente T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 354 ss.. Il riferimento alla buona fede non pare convincente: la buona fede funge da fonte di integrazione del contratto (generando determinate regole di comportamento) e non già da parametro di valutazione delle regole contrattuali. Anche assumendo che l'eccessività dello squilibrio sia data dalla sua contrarietà a buona fede, non sarebbe affatto semplice *“calare”* tale criterio nella verifica sul singolo e concreto contratto. A questo proposito, lo stesso S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi*

*conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*"; sia per l'individuazione dei patti che ne concretano l'abuso<sup>335</sup>, affermandosi che *"l'abuso può anche consistere ... nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie"*.

In definitiva, non possono negarsi le difficoltà che spesso si incontrano nel definire con esattezza i confini all'interno dei quali può e deve muoversi la rideterminazione giudiziale dei contenuti contrattuali disapprovati. Si tratta, tuttavia, di valutare caso per caso se tali confini siano sufficientemente delimitati dal legislatore mediante la fissazione di idonei parametri.

Emblematica è al riguardo l'evoluzione normativa dell'art. 7 D. Lgs. 231/02.

L'originaria formulazione, che prevedeva il potere del giudice di ricondurre ad equità il contratto, riproduceva l'art. 3, comma 3, della Direttiva 2000/35/CE (*"Ove si accerti che tale accordo è gravemente iniquo, si applicano i termini legali, a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità"*). L'attuale testo, che non prevede più il potere equitativo del giudice, è stata "imposto" dalla Direttiva 2011/7/UE, alla quale il legislatore italiano si è limitato a dare attuazione con il D. Lgs. 192/12.

I timori del legislatore europeo in ordine alla precedente soluzione erano dovuti alla scelta del parlamento tedesco, che, in sede di attuazione della prima direttiva, aveva ritenuto sufficienti le clausole generali di buona fede e di buon costume, omettendo l'indicazione dei parametri su cui il giudice doveva fondare

---

*protetti*, cit., p. 233 ritiene che lo squilibrio debba considerarsi eccessivo quando sia *"tale da non consentire all'interprete di reputare che la prestazione di valore inferiore rispetto a quella con la quale è scambiata corrisponda a un interesse, anche non patrimoniale, del debitore"*, rinviando ad una valutazione che, invero, sembra attenere più alla sussistenza della causa in concreto che all'eccessività dello squilibrio tra le prestazioni.

<sup>335</sup> Secondo F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 794, nell'ambito dell'art. 9 l. 192/98 *"una clausola dovrà dirsi iniqua quando il suo squilibrio è il frutto di un approfittamento conseguente ad una posizione di supremazia"*.

tanto il giudizio di nullità quanto i meccanismi di ricostruzione del regolamento contrattuale<sup>336</sup>.

È evidente, dunque, che il timore di un arbitrio giudiziale riguarda tanto la fase “*destruens*” quanto quella “*costruens*”. E una volta scongiurato tale rischio in sede di valutazione dell’invalidità della clausola (mediante un elevato livello di dettaglio dei parametri normativi), non sembrano porsi ragioni logiche o di opportunità per escludere il potere del giudice di ricostruire il regolamento contrattuale. Tecnica, questa, che rispetto alla correzione mediante regole legali predeterminate, ha l’indiscusso vantaggio di una maggiore duttilità, potendo assicurare soluzioni che tengano conto delle circostanze del singolo caso concreto.

Ai fini dell’operazione giudiziale di riequilibrio potrebbero essere utilizzati gli stessi criteri dettati per l’accertamento dell’iniquità. Tale tecnica, peraltro, si rinviene in numerose disposizioni.

Ad esempio l’art. 1384 c.c. stabilisce che l’equa riduzione deve effettuarsi avuto riguardo all’ “*interesse che il creditore aveva all’adempimento*”, utilizzando dunque lo stesso canone di cui l’interprete si serve nella valutazione di manifesta eccessività.

Anche nell’art. 36 Cost. la proporzionalità e la sufficienza, oltre a servire da parametro per la valutazione di adeguatezza, fungono da criteri guida per il riequilibrio della retribuzione da parte del giudice.

Qualche dubbio destava la formulazione dell’art. 7, comma 3, D. Lgs. 231/20, secondo cui la riconduzione ad equità del contenuto dell’accordo doveva avvenire “*avuto riguardo all’interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1*”. Tuttavia, se è vero che l’interesse del creditore non era menzionato dal primo comma tra le

---

<sup>336</sup> V. sul punto V. CUOCCI, *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, in *Contr. e impr. Europa*, 2006, p. 349 ss.

circostanze per valutare l'iniquità dell'accordo, era proprio tale interesse che si demandava all'interprete di ricostruire in base *“alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza”*.

In conclusione, i timori mostrati dalla dottrina verso un potere correttivo giudiziale appaiono eccessivi, potendo i rischi di arbitrio essere evitati con l'indicazione di dettagliati criteri su cui fondare la valutazione del giudice.

Se si ammette che concetti più o meno elastici possano legittimare un giudizio di nullità di singole clausole, che è pur sempre un'attività integrativa (mediante sottrazione), non vi sono ragioni per escludere che il legislatore utilizzi i medesimi concetti per guidare il giudice nell'integrazione del contratto parzialmente nullo<sup>337</sup>.

Del resto ai fini della liquidazione del danno da abuso di dipendenza economica, il giudice si serve degli stessi indici obiettivi che potrebbe utilizzare ai fini dell'integrazione giudiziale e il risultato di riequilibrio cui conduce la soluzione risarcitoria coincide con quello che si otterrebbe mediante un intervento di “ortopedia giudiziale”.

I rischi di arbitrio e di discriminazione nell'applicazione concreta della legge da parte dei diversi giudici potrebbero inoltre essere evitati dall'attività nomofilattica della Corte di Cassazione, il cui compito è di conferire obiettività e prevedibilità ai criteri normativi<sup>338</sup>. È infatti pacifico in giurisprudenza che le

---

<sup>337</sup> Vedi al riguardo M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 149, secondo cui *“il riferimento ai criteri e la loro simmetria nelle due evenienze (accertamento della grave iniquità e scelta in ordine alla sostituzione della clausola nulla) appaiono particolarmente significativi, sottolineando la continuità di approccio e di funzione tra la rilevanza negativa della clausola e la tecnica rimediale”*. Anche secondo G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto*, cit., 244, i criteri dettati per accertare la natura iniqua del patto servivano *“al giudice altresì per definire il regolamento equo”*.

<sup>338</sup> In proposito, v. Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, in *Foro it.*, 1999, I, 1891: *“È suscettibile di sindacato da parte della Corte di Cassazione, sotto il profilo della falsa applicazione di legge di cui al n. 3 dell'art. 360 c.p.c., il giudizio applicativo di norme c.d. elastiche posto in essere da parte del giudice del merito”*. Parimenti Cass. 13 aprile 1999, n. 3645, cit., e Cass. 11 marzo 2004, n. 5026, in *Mass. giust. lav.*, 2004, 538. Sulla distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto nell'applicazione delle norme elastiche, v. Cass. 17 agosto 2004, n. 16037, in *Giust. civ.*, 2005, 9, 2085: *“L'applicazione di norme elastiche non può essere*

decisioni di merito applicative di clausole generali e norme elastiche possano essere sindacate dalla Corte di legittimità, a tal fine investita con lo strumento del ricorso per “*violazione o falsa applicazione di norme di diritto*” (art. 360, n. 3, c.p.c.).

---

*censurata in sede di legittimità allorquando detta applicazione rappresenti la risultante logica e motivata della specificità dei fatti accertati e valutati nel loro contesto, mentre rimane praticabile il sindacato di legittimità ex art. 360 c.p.c. n. 3 nei casi in cui gli standard valutativi sulla cui base è stata definita la controversia finiscano per collidere con i principi costituzionali, con quelli generali dell'ordinamento, con precise norme suscettibili di applicazione estensiva o analogica, ed infine anche nei casi in cui i suddetti standard valutativi si pongano in contrasto con regole che si configurano, per la costante e pacifica applicazione giurisprudenziale e per il carattere di generalità assunta, come diritto vivente”.*



## **BIBLIOGRAFIA**

- ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003
- ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 1179 e ss.
- ALPA G., *La protezione della parte debole di origine internazionale*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, a cura di Bonell e Bonelli, Milano, 1997, 227 ss.
- AMADIO G., *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, 264 ss.
- AMADIO G., *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, II, 285 e ss.
- ALLARA M., *Il testamento*, Padova, 1936
- ALPA G., *La completezza del contratto: buona fede ed equità*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002
- ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996
- BARAK A., *La discrezionalità del giudice*, trad it. a cura di Mattei, Milano, 1995
- BARBA A., *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, 297 ss.

- BARBERO D., *Sull'approvazione per iscritto delle c.d. clausole vessatorie*, in *Foro pad.* , 1952, I, 456 ss.
- BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969
- BARCELLONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in, *Il contratto e le tutele Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002
- BARENGHI A., *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Napoli, 2000
- BARTOLINI D., *Contributo allo studio della invalidità parziale del negozio giuridico*, Ancona, 1970
- BELFIORE A., *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, Torino, 2003, 1 ss.
- BELFIORE A., *L'interpretazione della legge: l'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, 429 ss.
- BELLOMIA V., *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, 2012
- BENEDETTI A.M., *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, I, 1094 ss.
- BENUCCI S., *Le prime pronunce in tema di abuso di dipendenza economica*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di Vettori, Padova, 2005
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2 ed., Milano, 2000
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994
- BISCONTINI B., *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti, Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984

- BROLLO M., *Part time; la corte costituzionale detta le istruzioni per l'uso e le sanzioni per l'abuso*; in *Riv. it. dir. lav.* 1992, II, 731 ss.
- BOBBIO N., voce *Analogia*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino, 1957, 601 ss.
- BOBBIO N., voce *Norma giuridica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, 1957, 331 ss.
- BONELL M.J., *I Principi Unidroit dei contratti commerciali*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997
- BONELL M.J. – BONELLI F. in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997
- BONFIGLIO G. , *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 899 ss.
- BONILINI G., *L'invalidità del contratto*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2001, 737 ss.
- BUSNELLI F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv.dir.civ.*, 2001, 555 ss.
- CARNELUTTI F., *Sulla efficacia delle clausole non accettate nelle fatture commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 1 ss.
- CALVO R., *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 314 ss.
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948
- CARNELUTTI F., *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, 308 ss.
- CARPINO B., *La rescissione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000
- CARRARO L., *Il contratto in frode alla legge*, Padova, 1943
- CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale già*

diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1984, 584 ss.

- CARRESI F., *Il contenuto del contratto*, in Riv. dir. civ., 1963, I, 413 ss.
- CASELLA M., *Nullità parziale e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974
- CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in Jus, 1981, 158 ss.
- CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in Eur. dir. priv., 1998, 5 ss.
- CASTRONOVO C., *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, in Eur. dir. priv., 2001, 814 ss.
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in Riv. crit. dir. priv., 1986, 21 ss.
- CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in Europa e dir. priv. 2006, 397 ss.
- CASTRONOVO C., *Autonomia privata e Costituzione europea*, in Europa e dir. priv., 2005, 46 ss.
- CASTRONOVO C., *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 53 ss.
- CASTRONOVO C., *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in Danno e resp., 2004, 473 ss.
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1960
- CATAUDELLA A., *I contratti, parte generale*, Torino, 2000
- CATAUDELLA M. C., *Contratti di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008
- CERIDONO G., *Art. 9 (Abuso di dipendenza economica)*, in *Disciplina della subfornitura nella attività produttive*, a cura di Lipari, in *Nuove*

*leggi civili commentate*, 2000, 452 ss.

- CESSARI A., *Invalidità del contratto di lavoro per violazione dell'art. 36-I della Costituzione*, in *Dir. lavoro*, 1951, 197 ss.
- CHIOVENDA G., *Sulla regola ne eat iudex ultra petita partium*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, I, 1902, 176 ss.
- CIAN G., *Forma solenne ed interpretazione del negozio*, Padova, 1969
- CIAN G., *Il nuovo capo XIV - bis (titolo II. Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 1996, 419 ss.
- COMOGLIO L.P., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319 ss.
- CONFORTINI M., *Problemi generali del contratto attraverso locazione*, Padova, 1988
- CORAPI D., *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* a cura di Ferroni, *Atti del Convegno di San Marino 17-18 novembre 2000*, Napoli, 2002, 101 ss
- CORDOPATRI F., *L'abuso del processo*, I, *Profili storici*, II, *Diritto positivo*, Padova, 2000
- CORSINI E., *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 673 ss.
- COVIELLO L., *Le obbligazioni negative. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, Napoli, 1931
- CRISCUOLI G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959
- CUFFARO V., *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, 1270
- CUOCCI V., *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in*

Germania, in *Contr. e impr. Europa*, 2006, 349 ss.

- D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008
- D'ADDA A., *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in *Obbl. contr.*, 2008, 6, 487 ss.
- D'AMICO G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 625 ss.
- D'AMICO G., *Nullità virtuale-Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *I Contratti* 7/09, 740 ss.
- D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratto del contratto* diretto da ROPPO, V, *Rimedi*, a cura di Roppo, t. 2, Milano, 2006
- D'AMICO G., *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in F. Di Marzio (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, 21 ss.
- D'ANDREA S., *Contratti standart, Contratti del consumatore e Costituzione*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, nella collana "50 anni della Corte Costituzionale", a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2006, 75 ss.
- D'ANGELO A., *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2004
- D'ANTONIO A., *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974
- DANIELE L., *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in A.M. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, 361 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi di pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, 13 ss.
- DE CUPIS A., *La natura della responsabilità*, Milano 1966

- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1954
- DE LUCA M., *La clausola penale*, Milano, 1998
- DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993
- DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss.
- DE NOVA G., *Nullità relativa, nullità parziale, e clausole vessatorie non specificatamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 480 ss.
- DE NOVA G., voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., 1988, 381 ss.
- DE NOVA G., *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 940 ss.
- DELL'AQUILA E., *La correttezza nel diritto privato*, Milano 1980
- DI LORENZO G., *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Napoli, 2009
- DI MAJO A., *I "Principles" dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 612
- DI MAJO A., *La nullità*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, tomo VII, Torino, 2002, 31 ss.
- DI MAJO A., *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr.giur.*, 2000, 1486 ss.
- DI MAJO A., *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, 289 ss.
- DI MARZIO F., *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 3, 673 ss.
- DI MARZIO F., *Forme della nullità nel nuovo diritto*

*dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2000, 475 ss.

- DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 1999
- DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 681 ss.
- DI MARZIO F., *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 479 ss.
- DI STASO N., *I contratti in generale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da Bigiavi, I, Torino 1980, 341 ss.
- DOLMETTA A.A., *Exceptio doli generalis*, in *Banca bosa tit. cred.*, 1998, 2, 147 ss.
- FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006
- FALCO G., *La buona fede e l'abuso del diritto, Principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010
- FALCO F., *I contratti di subfornitura, Art. 6 Nullità di clausole*, in AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, 1999, 717 ss.
- FEDELE A., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943
- FEDELE A., *Della nullità del contratto*, in *Comm. D'Amelio – Finzi*, 653 ss.
- FEDERICO A., *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di Di Marzio, 2004, 53 ss.
- FEDERICO A., *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008
- FERRI G. B., *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 271 ss.
- FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966
- FERRI G. B., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*,

1977, I, 11 ss.

- FERRI G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1967
- FERRI G.B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1990
- FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983
- FILANTI G., voce *Nullità (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXI, 1 ss.
- FRAGALI M., *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, 312 ss.
- FRANCESCHELLI R., *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, in *Riv. dir. nav.*, 1938, I, spec., 289 ss.
- FRANZESE L., *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, n. 5, 794
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, 83 e ss
- FUNAJOLI G.B., *Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947-1948, I, 215 ss.
- GABRIELLI G., *Norme imperative e integrazione del contratto*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 492 ss.
- GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, 417 ss.
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu – Messineo – Mengoni e continuato da Schlesinger, 2 ed., 2002, 244
- GANDOLFI G., *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988
- GANDOLFI G., *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*,

in *Riv. trim.*, 1991, 1065 ss.

- GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 12 ed., Napoli, 2006
- GENOVESE A., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954
- GENTILI A., *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990
- GENTILI A., *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, II, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, 1999, 1257 ss.
- GENTILI A., *De jure belli; l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 34 ss.
- GENTILI A., *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I contr.*, 1/2003, 200 ss.
- GERBO F., *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 207 ss.
- GERI B., *Sul significato del termine "clausola" in relazione al comma 2 dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 688 ss.
- GIOIA G., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 3, 1332 ss.
- GIOIA G., *Nullità* MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996
- GIORDANO A., *I contratti per adesione*, Milano, 1951
- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali, per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, 2008
- GITTI G., *Il contratto in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 697 ss.
- GITTI G., *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999
- G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 30 e ss.
- GHEDINI FERRI L., *La riduzione della clausola penale e i valori dell'ordinamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 558 ss.

- GORLA G., *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, 121 ss.
- GORLA G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *I lineamenti generali*, Milano, 1954, 240 ss.
- GRASSETTI C., *Clausola del negozio*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 184 ss.
- GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico*, Milano, 1938
- GRASSO E., *la regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extra petizione*, in *Riv. dir. processuale*, 1965, 387 ss.
- GRUNDMANN S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 278 ss.
- GUARRACINO F., *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997, 638 ss.
- GUCCIONE A.V., *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano, 2008
- INZITARI B., *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979
- IRTI N., *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973
- IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 541 ss.
- IRTI N., voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1963, 799 ss.
- IRTI N., *Riserva di spazi a parcheggi nelle nuove costruzioni (parere pro- veritate sull'art. 18 l. 6 agosto 1967 n. 765)*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 43 ss.
- IRTI N., *L'età della codificazione*, Milano, 1989
- IRTI N., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1973

- LAUDONIO A., *Le clausole di close-out netting nel d.lgs. 170/04*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 557
- LEGA C., *Il salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1952, II, 281 ss.
- LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 94 ss.,
- LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, 237 ss.
- LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970
- LIVI M.A., *Le nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998
- LOI L. M., TESSITORE F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano 1975
- LONGU T., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 345 s.s.
- LONGOBUCCO F., *Obblighi di protezione e regole di concorrenza nella contrattazione di (e tra) impresa(e)*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, 51 ss.
- LUNARDON F., *Le nullità nel diritto del lavoro*, in A. BELLAVISTA e A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 219 ss.
- MACARIO F., *Norme in attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 744 ss.
- MACARIO F., *Il credito al consumo*, in *Tratt. Contratti Rescigno*, III, I *contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli – E. Minivervini, Utet, 2005, 637 ss.
- MACARIO F., *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, vol. V, 2, 691 ss.

- MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 699 ss.
- MAFFEIS D., *Art. 9 – Abuso di dipendenza economica*, in AA. VV., *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Ipsoa, Milano, 1998, 197 ss.
- MAFFEIS D., *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contr.*, 2003, 623 ss.
- MAGAZZÙ A., voce *Clausola penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, 195 ss.
- MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, in *Rimedi – 1 Roppo*, IV, Milano, 2006
- MANTOVANI M., *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, 69 ss.
- MARICONDA V., *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: la pretesa nullità relativa ai parcheggi*, in *Corr. giur.*, 1987, 858 ss.
- MARICONDA V., *Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di swap*, in *Giur. it.*, 2001, 2083 ss.
- MARINI A., voce *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1990
- MARINO R., *La disciplina delle garanzie finanziarie*, Napoli, 2006
- MAUGERI M. R., *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere: costruzione di un modello unitario di rimedio invali dativo o pluralità di modelli?*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, Milano, 2007, 249 ss.
- MAUGERI M. R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003
- MAUGERI M.R., *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un 'impresa che partecipa ad un'intesa vietata*, in *Riv.dir.comm.*, 2004, II,

347 ss.

- MAZZAMUTO S., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 45 ss.
- MAZZAMUTO S., *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, 1097 ss.
- MAZZARESE S., *Clausola penale, artt. 1382-1384*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, 1999, 298 ss.
- MAZZEO A., *Nullità di singole pattuizioni relative al canone nelle locazioni abitative e nullità (per omessa registrazione) dei contratti di locazione in genere*, in *Arch. loc. cond.*, 2006, 5 ss.
- MELI M., *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001
- MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360
- MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.
- MENGONI L., *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 524
- MENGOLZI P., *L'ordine pubblico comunitario e l'applicazione di disposizioni CE a tutela dei consumatori*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, 2, 758 ss.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, 1968, I
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952
- MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999
- MINERVINI E., *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del*

*pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Dir. banc.*, 2003, 215 ss.

- MONTICELLI S., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995
- MONTICELLI S., *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *I Contratti*, 2009, 1120 ss.
- MONTICELLI S., *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 565 ss..
- MONTICELLI S., *La nullità parziale del codice civile e la nullità parziale necessaria di protezione*, 25 novembre 2009, in [www.associazionecivilisti.it](http://www.associazionecivilisti.it).
- MONTICELLI S., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 2, 174 ss.
- MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 688 ss.
- MONTICELLI S., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, 6, 295 ss.
- MOSCATI E., *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata (nota a Cass. 24 aprile 1980 n. 2749)*, in *Giur.it.*, 1982, I, 1, 1784 ss.;
- MOSCATI E., voce *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 ss.
- MURINO F., *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2010
- MUSSO A., *La subfornitura*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 2003, 537 ss.
- NANNA M.C., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010

- NAPPI G., *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi - nota a Cass., sez. un., 19 dicembre 2007 n. 26724*, in *Giust. civ.*, 2008, 5, 1189 ss.
- NATOLI U., *Su una <<rimeditazione>> relativa al II comma dell'art. 1419 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, 547 ss.;
- NERVI A., *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, II, 506 ss.
- NICOLÒ R., voce *Diritto civile* in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 904 ss.
- NICOLÒ R., *L'art. 36 della Costituzione ed i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, III, 5 ss.
- ORLANDI M., *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'Autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, p. 75 e ss.
- PACCHIONI F., *Dei contratti in generale*, in *Diritto civile italiano*, parte II, vol. II, Torino, 1936.
- PAGLIANTINI S., *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Persona e Mercato*, 2010, 26 ss.
- PAGLIANTINI S., *L'abuso di dipendenza economica*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 499 ss.
- PALASCIANO R., *La riducibilità ex officio della clausola penale tra equità delle sanzioni e principio della domanda*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 556
- PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995
- PATTI G. – PATTI S., *Inserzione automatica di clausole*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, 253 ss.
- PELLEGRINI G.M., *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 801 ss..

- PENNASILICO M., *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 702 ss.
- PERFETTI U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005
- PERFETTI U., *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 196
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss.
- PERLINGIERI P., *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della Tavola rotonda di Catania, 17-18 maggio 1969, Milano, 1970, pag. 23 ss..
- PERLINGIERI P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003
- PERLINGIERI G., *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, in *Rassegna di diritto civile*, 3/2006, 804 ss.
- PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010
- PERLINGIERI P., *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1301 ss.
- PERLINGIERI P., *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962
- PERONE G., voce *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 34 ss.
- PERSIANI M., *Diritto sindacale*, Padova, 2005
- PILA C., *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002
- PIOLA G., *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 351 ss.

- POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001
- POLIDORI S., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2009, 1019 ss.
- PONZANELLI G., voce *Pena privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, 1990, 1 ss
- PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abusi di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 658 ss.
- PUCCINI L., *di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 610 ss.,
- PELLIZZI G., *Exceptio doli*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1996, 1076 ss.
- PERRONE A., *L'accordo gravemente iniquo nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 65,
- PORTALE G.B., *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. comm.*, 1985, p. 407 ss.
- PUGLIATTI S., *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, 189 ss.
- PUTTI P. M., *La nullità parziale*, Napoli, 2002
- PUTTI P.M., voce *Nullità* (nella legislazione di derivazione comunitaria), in *Dig. Disc. Priv. – sez. civ.*, Torino, 1955, 676 ss.
- PUTTI P.M., *Le nullità contrattuali*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da), *Diritto civile, III, Obbligazioni*, t. 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 953 ss.
- QUADRI R., *Nullità e tutela del “contraente debole”*, in *Contr. e impr.*, 2001, 1143 ss.
- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952

- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998
- RESCIGNO P., *La rilevanza privatistica della disciplina degli spazi a parcheggio*, in *La disciplina degli spazi per parcheggio* a cura di Ieva, Milano, 1992, 3 ss.
- RICCIO A., *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, 21 ss.
- RIVA SANSEVERINO L., sub art. 2099, in *Disciplina delle attività professionali. Dell'impresa in generale*, Commentario Scialoja-Branca, 6 ed., 290 ss.
- ROBIGLIO G., *La legge di riforma nelle locazioni abitative e i "patti contrari"*, in *Arch. loc. e cond.*, 1998, 813 ss..
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969
- ROLLI R., *Le attuali prospettive di «oggettivizzazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»*, in *Contr. e impr.*, 2001, 642 ss.
- ROMANO SALV., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002
- ROPPO V., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.* 1971, I, 690 ss.
- ROSSELLO C., *L'errore del contratto*, in *Commentario al Codice civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2004, 295 ss.
- RUSSO D., *Profili evolutivi della nullità contrattuale* Napoli, 2008
- RUSSO D., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 585 ss.

- SACCO R., in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, II, Torino, 2004
- SACCO R., *Le invalidità*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 10, Torino, 2002, 615 ss.
- SALANITRO U.A., *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003
- SANTORO PASSARELLI F., *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, 147 ss.
- SARACINI E., *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971
- SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, n. 3/2001, 489 ss.
- SCALISI V., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 856 ss.;
- SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, *ivi*, 2005, I, p. 474 ss.
- SCIALOJA A., *Sull'art. 37 del codice di commercio*, in *Riv.dir.comm.*, 1909, I, 479 ss.
- SCIALOJA A., *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Scritti giuridici*, III, 1, 1932
- SCHLESINGER P., *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, 725 ss.
- SCHLESINGER P., *L'autonomia contrattuale e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 231 ss.
- SCODITTI E., *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro Italiano*, 2002, 88 ss.
- SCODITTI E., *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento*

*contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 586 ss.

- SCOGNAMIGLIO R., *I contratti in generale*, in *Trattato Grosso Santoro Passarelli*, Milano, 1975
- SCOGNAMIGLIO C., *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, II, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, 1999, 1147 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, 1969, 4 ss
- SCOGNAMIGLIO C., *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, II, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, 1999, 1147 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *I contratti per adesione e l'art. 1341 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, I, 786 ss.
- SCORZA M., *Il diritto al salario minimo e l'art. 36 Cost.*, in *Dir. lav.*, 1951, II, 450 ss.
- SERMONTI A., *L'adeguatezza della retribuzione di fronte ai contratti collettivi di diritto comune e al primo comma dell'art. 36 Cost.*, in *Mass. giur. lav.*, 1952, 128 ss.
- SICCHIERO G., *La clausola contrattuale*, Padova, 2003
- SIMLER P., *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, 1969
- SINISCALCHI A., *Limitazioni di responsabilità nella vendita di beni di consumo*, in *Danno resp.*, 2005, 5, 481 ss.
- SPOLIDORO M.S., *Riflessioni critiche circa il rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica*, in *Rivista di diritto industriale*, 1999, 209 ss.
- SPOTO G., *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007
- STELLA RICHTER G., *Nullità del contratto per difetto di forma e locazione di fatto degli immobili ad uso abitativo*, in *Giust. civ.*, 1999,

II, 381 ss.

- TAMPONI M., *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 105 ss.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, 2, Milano, 1980, 151 ss.
- TARUFFO M., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim.*, 2012, 1 p. 117 ss.
- TIMOTEO M., *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei principi UNIDROIT*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1997, 141 ss..
- TOFFOLETTO A., *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996
- TOMMASINI R., voce *Nullità (dir. priv.)* in *Enc. dir.*, XVIII, 866 ss.
- TREITEL G. H., *An outline of the law of contract*, Oxford, 6 ed., 2004
- TREU T., *Art. 36 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna – Roma, 1979, 72 ss.
- TREU T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968
- TRIMARCHI M., *Istituzioni di diritto privato*, , Milano, 1996
- TRIMARCHI M., *La clausola penale*, Milano, 1954
- TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano 1990
- VALENTINO D., *Obblighi di informazioni, contenuti e forma negoziale*, Napoli, 1999
- VENUTI M.C., *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004
- VERDE G., *Profili del processo civile*, Napoli, 2008
- VENOSTA F., *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I,

*Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004

- VETTORI G., *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 751 ss.
- VETTORI G., *Diritto dei contratti e "costituzione" europea*, Milano, 2005
- VETTORI G., *Squilibrio e usura nei contratti*, in AA.VV., *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, 19 ss.
- VIGOTTI A., *La responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 175 ss.
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993
- VILLA G., *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, 14 ss.
- VOLPE F., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 40 ss.
- ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, e. 57 ss.
- ZICCARDI F., *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 148
- ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991

## **GIURISPRUDENZA**

### **Corte di Giustizia dell'UE**

Corte Giustizia CE, 14 luglio 1994, causa C-91/92

Corte Giustizia UE, 4 giugno 2009, causa C- 243/08

### **Corte Costituzionale**

Corte Cost., 11 maggio 1992, n. 210

Corte Cost., 15 luglio 2005, n. 283

Corte Cost., ord. 5 dicembre 2007, n. 420

Corte Cost., 14 marzo 2014, n. 50

### **Corte di Cassazione**

Cass. 7 giugno 1948

Cass. 21 febbraio 1951, n. 46

Cass. S.U. 16 ottobre 1958, n. 3294

Cass. 25 marzo 1960, n. 636

Cass. SS. UU., 18 luglio 1961, n. 1745

Cass. 10 marzo 1962, n. 484

Cass., 22 giugno 1962, n. 1631

Cass. 28 maggio 1963, n. 1403

Cass. 15 febbraio 1964, n. 343

Cass. 5 ottobre 1964, n. 2518

Cass. 24 aprile 1965, n. 719

Cass. 12 luglio 1965, n. 1464

Cass. 3 gennaio 1966, n. 29

Cass. 20 gennaio 1966, n. 260

Cass. 14 febbraio 1966, n. 446

Cass. 22 aprile 1966, n. 1038

Cass. 3 agosto 1968, n. 2792

Cass. 10 ottobre 1968, n. 3216

Cass. 31 gennaio 1969, n. 294

Cass. 24 maggio 1969, n. 1843

Cass. 25 agosto 1969, n. 3024

Cass. 4 marzo 1972, n. 629  
Cass. 11 febbraio 1974, n. 400  
Cass. 24 maggio 1969, n. 1843  
Cass. 20 gennaio 1975, n. 234  
Cass. 27 ottobre 1975, n. 3581  
Cass. 27 novembre 1975, n. 3974  
Cass. 17 dicembre 1976, n. 4664  
Cass., 7 novembre 1979, n. 5750  
Cass. 9 febbraio 1980, n. 899  
Cass. 24 aprile 1980, n. 2749  
Cass. 26 maggio 1980, n. 3443  
Cass. 4 settembre 1980, n. 5100  
Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610  
Cass. 1 luglio 1981, n. 4265  
Cass. 18 dicembre 1981, n. 6714  
Cass. 25 gennaio 1982, n. 483  
Cass. 25 gennaio 1982, n. 483  
Cass. 26 gennaio 1982, n. 519  
Cass. 30 gennaio 1982, n. 590  
Cass. SS.UU., 11 febbraio 1982, n. 835  
Cass. 14 giugno 1983, n. 4069,  
Cass. 1 dicembre 1984, n. 6281  
Cass. S. U. 17 dicembre 1984 nn. 6600  
Cass. SS. UU., 17 dicembre 1984, n. 6601  
Cass. SS. UU., 17 dicembre 1984, n. 6602  
Cass. 17 ottobre 1985, n. 5122  
Cass. 16 novembre 1985, n. 5649  
Cass. 28 febbraio 1986, n. 1300

Cass. 10 dicembre 1986, n. 7322  
Cass. 29 agosto 1987, n. 7131  
Cass. 16 marzo 1988, n. 2468  
Cass. 16 febbraio 1989, n. 927  
Cass. 11 luglio 1989, n. 3266  
Cass., SS. UU., 18 luglio 1989, n. 3363  
Cass., Sez. lav., 22 marzo 1990, n. 2382  
Cass. 5 aprile 1990, n. 2835  
Cass. 9 giugno 1990, n. 5625  
Cass. 25 febbraio 1991, n. 2004.  
Cass. 4 marzo 1991, n. 2231  
Cass., 3 maggio 1991, n. 4811  
Cass. 3 maggio 1991, n. 4811  
Cass. 1 febbraio 1992, n. 1074  
Cass. 6 aprile 1992, n. 4200  
Cass. 1 giugno 1993, n. 6104  
Cass. 3 dicembre 1993, n. 12013  
Cass. 7 maggio 1994, n. 4465  
Cass. 30 maggio 1994, n. 5265  
Cass. 24 settembre 1994, n. 7859  
Cass. 29 ottobre 1994, n. 7322  
Cass. 29 ottobre 1994 n. 9848  
Cass. 21 dicembre 1994, n. 11032  
Cass. 10 aprile 1995, n. 4126  
Cass. 14 giugno 1995, n. 6713  
Cass. 28 giugno 1995, n. 7266  
Cass. 21 dicembre 1994, n. 11032;  
Cass. 14 febbraio 1996, n. 1121

Cass. 16 aprile 1996, n. 3580  
Cass. 9 agosto 1996, n. 7383  
Cass., SS. UU., 5 novembre 1996, n. 9631  
Cass. 15 gennaio 1997, n. 341  
Cass. 21 agosto 1997, n. 7822  
Cass. 20 ottobre 1997, n. 10248  
Cass. 11 agosto 1998, n. 7871  
Cass. 6 novembre 1998, n. 11204  
Cass. 4 febbraio 1999, n. 973  
Cass. 27 marzo 1999, n. 2941  
Cass. 20 aprile 1999, n. 3902  
Cass., SS. UU., 24 settembre 1999, n. 10511  
Cass. 29 dicembre 1999, n. 14692  
Cass. 28 giugno 2000, n. 8794  
Cass. 27 ottobre 2000, n. 14172  
Cass. 7 marzo 2001, n. 3272  
Cass. 6 aprile 2001, n. 5114  
Cass. 21 maggio 2001, n. 6927  
Cass. 19 aprile 2002, n. 5691  
Cass. 7 giugno 2002, n. 8262  
Cass. 11 giugno 2002, n. 9384;  
Cass. 17 giugno 2002, n. 8967  
Cass. 24 giugno 2002, n. 9161  
Cass. 26 giugno 2002, n. 9295  
Cass. 22 novembre 2002, n. 16492  
Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475  
Cass. 4 aprile 2003, n. 5324  
Cass. 23 maggio 2003, n. 8188

Cass. 28 maggio 2003, n. 8492  
Cass. 30 maggio 2003, n. 8813  
Cass. 9 settembre 2003, n. 13143  
Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427  
Cass. 23 marzo 2004, n. 5755  
Cass. 13 aprile 2004, n. 7012  
Cass. 24 agosto 2004, n. 16755  
Cass. 28 agosto 2004, n. 17271  
Cass. 21 dicembre 2004, n. 23657  
Cass. 23 dicembre 2004, n. 23965  
Cass. S. U. 4 febbraio 2005, n. 2207  
Cass. 4 marzo 2005, n. 4779  
Cass. 20 maggio 2005, n. 1069  
Cass. 20 maggio 2005, n. 10700  
Cass. 29 settembre 2005, n. 19024  
Cass. 29 settembre 2005, n. 19024  
Cass. civ. Sez. I, 29/09/2005, n. 19024  
Cass. 3 ottobre 2005, n. 19308  
Cass. 16 dicembre 2005, n. 27732  
Cass. 10 marzo 2006, n. 5160  
Cass. 10 marzo 2006, n. 5330  
Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183  
Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305  
Cass. S. U. 4 febbraio 2005, n. 2207  
Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305  
Cass. ord. 16 febbraio 2007, n. 3863  
Cass. 07 marzo 2007, n. 5273  
Cass. 21 maggio 2007, n. 11673

Cass. 6 settembre 2007, n. 18691  
Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007 n. 26724  
Cass. 7 febbraio 2008, n. 2860  
Cass. pen. 23 aprile 2008, n. 27412  
Cass. pen. 16 maggio 2008, n. 19665,  
Cass., 26 maggio 2008, n. 13561  
Cass. pen., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654  
Cass. Ord., 26 settembre 2008, n. 24262  
Cass. 08 ottobre 2008, n. 24795  
Cass. Ord. 20 agosto 2010, n. 18785  
Cass. 13 dicembre 2010, n. 25157  
Cass. 21 novembre 2011, n. 24476  
Cass. 11 gennaio 2012, n. 153  
Cass. 16 aprile 2012, n. 5965  
Cass. Ord. 27 novembre 2012, n. 21070  
Cass. 02 luglio 2013, n. 16556  
Cass. 21 ottobre 2013, n. 23873  
Cass. civ., 26 settembre 2005 n. 18785  
Cass. civ., 03 luglio 2003 n. 11454  
Cass. civ., 18 febbraio 1987, n. 1753  
Cass. 12 luglio 1965 n. 1471

### **Corti di Merito**

App. Napoli Sez. III, 24 febbraio 2006  
Trib. Padova, 30 marzo 2006  
Trib. Roma Sez. III, 07 maggio 2007  
Trib. Vicenza Sent., 15 giugno 2007  
Trib. Pisa, 09 marzo 2008;

Trib. Modena, 09 giugno 2009;

Trib. Milano 21 febbraio 2011

Trib. Bari, 28 giugno 2011

App. L'Aquila, 17 ottobre 2011

Trib. Roma Sez. III, 22 novembre 2011

App. Napoli Sez. III bis, 13 marzo 2012

Trib. Monza, 20 novembre 2012