

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO
Dipartimento di istituzioni linguistico - letterarie, comunicazionali e storico - giuridiche
dell'Europa

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

NULLITÀ PARZIALE E POTERI SOSTITUTIVI DEL GIUDICE

(s.s.d. IUS/01)

Tesi di dottorato di:

Dott. Alessandro Nastri

Coordinatore del corso:

Prof. Ferdinando Albisinni

Tutore:

Prof. Ferdinando Albisinni

(13 giugno 2013)

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

LA NULLITÀ PARZIALE DEL CONTRATTO: GLI INFLUSSI COMUNITARI E LA RINNOVATA DIMENSIONE TELEOLOGICA

1. Premessa: la nullità come fattispecie 8
2. La nullità parziale oggi. La perdita di centralità dell'art. 1419 c.c. 22
3. La disciplina tradizionale della nullità parziale 28
4. Le tecniche di adattamento del contratto parzialmente nullo tra
codice civile e legislazione speciale 45
5. Le nullità conformative: categoria nuova o mera suggestione? Le
c.d. "nullità quantitative" 55
6. La disapprovazione dei patti squilibrati frutto di abuso:
considerazioni in tema di autonomia negoziale e interessi tutelati 75

CAPITOLO II

I POTERI DEL GIUDICE TRA NULLITÀ PARZIALE ED ETERONOMIA CONTRATTUALE

1. I poteri del giudice e l'integrazione del contratto 119
2. Il riequilibrio giudiziale del regolamento disapprovato: una nuova
stagione per l'equità? 137
3. Nullità parziale e riequilibrio giudiziale del contratto: equivoci e
distinzioni funzionali 175
4. Perché il giudice? Il ruolo delle clausole generali e dei concetti
elastici nella disciplina della nullità parziale 185

CAPITOLO III

LA RICONDUZIONE AD EQUITÀ DEL CONTRATTO PARZIALMENTE NULLO: CONTENUTI E AMBITI APPLICATIVI

1. La riconduzione ad equità. Pluralità di significati e rischi di
arbitrarietà 193
2. Il riequilibrio del contratto (parzialmente nullo perché) iniquo: quali
spazi per un'applicazione analogica? 208

INTRODUZIONE

Molte nullità parziali di recente genesi normativa, spesso introdotte in attuazione di direttive comunitarie, si contraddistinguono per una disciplina difforme rispetto a quella stabilita dall'art. 1419 c.c.. Esse sfuggono, in particolare, all'alternativa "secca" prospettata dalla norma codicistica: conservazione della porzione negoziale residua o propagazione della nullità all'intero contratto.

Non è ormai raro imbattersi in trattamenti della nullità parziale affatto peculiari e variamente caratterizzati (la parzialità necessaria, la sostituzione delle clausole invalide con regolamenti dettati da norme dispositive, la riconduzione del contratto ad equità da parte del giudice). In alcuni casi, poi, il legislatore omette di pronunciarsi circa la sorte della parte rimanente e la sostituzione delle clausole cassate, costringendo l'interprete a indagare quale sia la disciplina applicabile.

Vi è da chiedersi, anzitutto, se le ragioni delle enunciate peculiarità disciplinari risiedano esclusivamente nella rinnovata dimensione funzionale assunta dalla nullità, sempre più frequentemente rivolta alla protezione del contraente debole mediante la conformazione e il riequilibrio del sinallagma, o se invece il tratto distintivo delle nuove nullità concerne anche il piano strutturale.

Invero la finalità protettiva, se appare in sé idonea a spiegare l'ormai diffusa tendenza del legislatore a escludere in radice l'estensione della nullità a tutto il contratto, non sembra costituire una chiave di lettura sufficiente rispetto al fenomeno del crescente ricorso a sostituzioni legali o giudiziali. Non si può fare a meno di notare come alla base delle nuove fattispecie di nullità parziale vi sia molto spesso la disapprovazione di clausole inique o squilibrate, e più dettagliatamente il "divieto" di superare un certo limite quantitativo nella pattuizione di prezzi, interessi o termini: un limite, dunque, interno alla clausola, che talvolta è prefissato in via diretta dalla disposizione di legge e talaltra viene determinato attraverso l'utilizzo di clausole generali.

Questa situazione, che è stata classificata in dottrina come "nullità quantitativa", non era sconosciuta al legislatore del '42: giova richiamare, al

riguardo, gli artt. 1500, 1501, 1566, 1573, 1865, 2125, 2557 e 2596 c.c.. Proprio l'osservazione di tali disposizioni consente di rilevare come al carattere quantitativo della nullità parziale consegua immancabilmente una disciplina del tutto particolare, non solo per quanto attiene all'estensione dell'invalidità, ma anche sotto il profilo delle sostituzioni di clausola (che si atteggiavano quasi sempre come riduzioni).

È forse anche in questo connotato strutturale della nullità, allora, che albergano i motivi della predisposizione di meccanismi idonei a delimitare, *ex ante* o mediante l'opera concretizzatrice del giudice, i contorni oggettivi della nullità. In tal senso, pare lecito dubitare che il riequilibrio giudiziale del contratto parzialmente nullo costituisca una vera e propria forma di eterointegrazione del contratto; e discorrere di "poteri sostitutivi" in capo al giudice può apparire quantomeno fuorviante.

La riflessione sui temi accennati serve anche a stabilire se le leggi che contemplano la riconduzione ad equità della clausola nulla debbano considerarsi eccezionali. Qualunque certezza, a questo proposito, si sgretola dinanzi alla varietà di disposizioni che prevedono il riequilibrio giudiziale di clausole nulle o, quantomeno, di contenuti negoziali disapprovati: nel codice civile spiccano gli artt. 1384 e 1526, significativi a prescindere dalla qualificazione, di parziale nullità o inefficacia, che alla clausola penale e all'indennità manifestamente eccessive intenda attribuirsi; nella legislazione speciale si rinvencono, sebbene con caratteristiche diverse, l'art. 44 comma 1 d.lgs. 286/98, l'art. 13 comma 5 l. 431/98 e l'art. 8 d.lgs. 170/04; la riconduzione ad equità era prevista anche nell'art. 7 d.lgs. 231/02, prima della sua recente modifica ad opera del d.lgs. 192/2012; nel panorama sovranazionale, poi, sia pure nello specifico e limitato ambito della *soft law*, si segnalano l'art. 3.2.7. dei Principi Unidroit e l'art. 4:109 dei *Principles of European Contract Law*.

A fronte di un siffatto quadro normativo, ci si è persino domandati se l'attribuzione al giudice del potere (*rectius*: del compito) di riequilibrare il contratto quando esso sia in parte invalido (o comunque disapprovato e inefficace) per la sua iniquità non stia assurgendo, almeno in determinati ambiti del diritto contrattuale, al rango di regola generale.

Di certo le novità legislative non privano di validità il tradizionale assunto secondo cui l'equità non costituisce di per sé fonte di integrazione cogente del contratto. In linea di principio, cioè, resta da escludersi che il giudice possa intervenire sul contratto secondo equità, in via sostitutiva o riduttiva, per il solo fatto che il regolamento stabilito dalle parti gli appaia iniquo.

La prospettiva, tuttavia, muta quando specifiche norme sanciscono la nullità di alcune clausole in ragione della loro iniquità. In questi casi infatti l'equità, svolgendo un ruolo essenziale nella comminazione dell'invalidità negoziale, finisce sovente per assumere una funzione cruciale anche nel trattamento giuridico dell'invalidità stessa; con la precisazione che qui l'equità non va intesa nell'accezione tradizionale di cui all'art. 1374 c.c. (giustizia del caso concreto) o all'art. 1371 c.c. (equilibrato contemperamento degli interessi delle parti), bensì come nozione "relazionale" e speculare, ricavabile di volta in volta *a contrario* dai parametri che il legislatore utilizza nella singola fattispecie per sancire la nullità (appare impropria l'aprioristica identificazione del corrispettivo equo col prezzo di mercato, visto che non tutte le prestazioni sono riconducibili ad un prezzo preciso di mercato e che talora esistono vari mercati per lo stesso bene o servizio).

Sono queste, in sintesi, le ragioni per cui non ci si può esimere dal verificare, con un'attenta analisi, se vi siano spazi per ammettere l'intervento giudiziale di riequilibrio del contratto parzialmente nullo anche in ipotesi nelle quali un tale intervento non è espressamente contemplato.

CAPITOLO I

LA NULLITÀ PARZIALE DEL CONTRATTO: GLI INFLUSSI COMUNITARI E LA NUOVA DIMENSIONE TELEOLOGICA

Sommario: 1. Premessa: la nullità come fattispecie. – 2. La nullità parziale oggi. La perdita di centralità dell’art. 1419 c.c. – 3. La disciplina tradizionale della nullità parziale. – 4. Le tecniche di adattamento del contratto parzialmente nullo tra codice civile e legislazione speciale. – 5. Le nullità conformative: categoria nuova o mera suggestione? Le c.d. “nullità quantitative”. – 6. La disapprovazione dei patti squilibrati frutto di abuso: considerazioni in tema di autonomia negoziale e interessi tutelati.

1. Premessa: la nullità come fattispecie

Come tutte le categorie giuridiche, la nullità del contratto è oggetto di una configurazione costantemente mutevole, risultante dalla continua mescolanza tra fattori storico – dogmatici, evoluzioni del dato positivo ed esigenze del sistema.

Fin dalla genesi del concetto¹, compiutasi attraverso la progressiva affrancazione dalla nozione di inesistenza², si sono susseguiti innumerevoli

¹ MASI, voce *Nullità (storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1978, 859 ss.. Il predicato “*nullus*” veniva utilizzato già in epoca romana, ma per esprimere l’inesistenza di un negozio giuridico. Il diritto romano classico ignorava, infatti, le figure della nullità e dell’annullabilità come espressione di invalidità negoziale. Il contratto, se non nasceva perfetto, “non era”: GUARINO, *Diritto privato romano*, 11 ed., 1997, 372. Un concetto analogo a quello odierno di invalidità era rappresentato dall’inutilità del negozio, la quale tuttavia, lungi dal costituire una categoria unitaria, si atteggiava variamente per la necessità di adeguare le conclusioni giuridiche alle caratteristiche delle specifiche fattispecie. Una prima compiuta emancipazione del concetto di invalidità e, nell’ambito di questo, della nozione di nullità risale agli sforzi sistematici della Pandettistica: WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad.

contributi scientifici volti a delinearne la fisionomia essenziale, con il precipuo scopo di individuare quei lineamenti destinati a perdurare nella pur magmatica consistenza della figura.

Le risultanze di questi sforzi, diffusamente condivise per lunghi decenni, sono oggi messe fortemente in discussione da un'ampia letteratura, sino al punto da porre in dubbio l'effettiva unitarietà del fenomeno nullità. A giudizio di molti, le numerose innovazioni normative degli ultimi decenni,

it. a cura di Fadda e Bensa, I, 1926, *passim*. Per un dettagliato *excursus* dottrinale sulla categoria v. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, 31 ss..

² I primi passi del processo risalgono ai tempi della Scuola storica di Savigny, i cui studi si proposero di risolvere le aporie logiche insite al problema del trattamento giuridico del negozio nullo. Già coi Pandettisti, poi, si iniziò a intendere la nullità non più come concetto meramente negativo, bensì come reazione dell'ordinamento a fronte di un negozio con esso contrastante. Nella letteratura contemporanea i termini della dicotomia inesistenza – nullità risultano pienamente acquisiti dalla dottrina maggioritaria, che concepisce la nullità come qualificazione negativa: v. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2 ed., 2000, 613 ss., il quale sottolinea come la legge ricollegli al contratto nullo, sia pure eccezionalmente, determinati effetti giuridici che ne presuppongono l'esistenza (il riferimento agli artt. 590, 799, 1338, 1972, 2126, 2332 e 2652 c.c., nonché all'art. 3 d.lgs. 756/64, può essere oggi esteso anche all'art. 46 D.P.R. 380/01). Si ritiene, in particolare, che la definizione dell'esistenza o inesistenza del contratto sul piano giuridico risponda alla concreta esigenza di stabilire l'ambito entro cui esso può costituire oggetto della valutazione di nullità, producendo quegli effetti che tassativamente al contratto nullo sono collegati: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corr. 2 ed., 1994, 460 ss.; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 1975, 473 ss.; ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 61 ss.. Sull'efficacia del negozio nullo v. anche FILANTI, voce *Nullità (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, XXI, 6. Su posizioni opposte, tra gli altri: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 12 ed., 2006, 986 ss., che fa corrispondere la nullità all'inqualificazione intesa come irrilevanza giuridica, prospettando una distinzione tra nullità e inesistenza esclusivamente in ambito sociologico, per cui in tal senso sarebbe inesistente quell'atto che, non consentendo neppure l'identificazione dell'interesse che le parti intendono perseguire, è privo di significato impegnativo anche sul piano sociale; TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, 871 ss., il quale, oltre a ricondurre la dicotomia su un piano pregiuridico, svaluta anche le argomentazioni addotte a sostegno della rilevanza pratica della distinzione, in quanto gli effetti giuridici non sarebbero mai ricollegabili al negozio nullo bensì a fattispecie legali che presuppongono il negozio nullo come fatto; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 15 ed., 2001, 193, secondo cui gli effetti del contratto nullo non sono mai identificabili, neppure in parte, con le conseguenze normali della fattispecie negoziale (afferma, questa, non condivisibile quantomeno con riguardo agli artt. 2126 e 2652, n. 6, c.c.); DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, 1964, 20 e 56; GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 73 ss.; SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, 1957, 43 ss.; FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, 1920, 59 ss.. Di estrema coerenza logica appare il ragionamento di R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist. 2 ed., 2008, 337 ss., secondo il quale il negozio esiste in quanto ne ricorra la nozione delineata dall'ordinamento, mentre la nullità è un predicato del negozio esistente. In tal senso, non sono coesistenti all'esistenza del contratto i requisiti di cui all'art. 1326 c.c., dovendo invece aversi riguardo alla definizione di cui all'art. 1321 c.c.. Appare perciò condivisibile l'impostazione di coloro i quali considerano inesistente il contratto per mancanza dell'accordo inteso nella sua accezione sociologica, riconducendo invece nell'alveo della qualificazione negativa tutte le ipotesi di nullità, ivi inclusa quella per mancanza di accordo inteso stavolta nel significato giuridico, contemplate dalla legge.

con l'influenza determinante del diritto privato europeo³, avrebbero sconvolto financo gli assetti più consolidati nella tradizionale prospettazione dottrinale dell'invalidità negoziale⁴.

Non vi è dubbio che l'irruzione nel sistema di talune previsioni di nullità affatto peculiari, sul versante dei presupposti oltre che in punto di disciplina, imponga all'interprete un'attenta riflessione circa le caratteristiche strutturali e funzionali che la nullità ha assunto nell'ordinamento vigente. Dinanzi al fluire della produzione normativa, il giurista non può esimersi

³ Con l'espressione "diritto privato europeo" si intende qui evocare non soltanto l'insieme delle direttive e dei regolamenti emanati dall'Unione Europea in materia di ordinamento civile, ma anche e soprattutto la legislazione nazionale di recepimento. Per un corrispondente utilizzo della locuzione v. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia nella prospettiva del diritto europeo*, in *Contratti*, n. 2/2003, 200 ss.; nonché C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, II, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, 1999, 1154. Non si è mancato di rimarcare, peraltro, come gli obiettivi di politica economica dell'Unione abbiano spesso finito per influenzare il diritto privato degli Stati membri anche oltre i vincoli diretti e normativi, attraverso la diffusione di determinati principi nella dottrina e nella giurisprudenza: ALPA, *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in *Lezioni di diritto privato*, a cura di Alpa e Capilli, 2007, 3 ss.. L'influsso comunitario sui diritti privati nazionali ha finora riguardato prevalentemente la materia contrattuale, ragion per cui alcuni autori preferiscono discorrere di un "diritto europeo dei contratti": SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, 2007, 215 ss.. Di certo, anche nello stesso settore dei contratti, le profonde differenze che contraddistinguono gli ordinamenti degli Stati membri sono ancora lontane dall'essere appianate. Per questo permane tra gli studiosi una forte diffidenza verso la stesura di un vero e proprio codice civile europeo: tutti i progetti sinora realizzati (i *Principles of European Contract Law* della Commissione Lando, i Principi Unidroit, il Codice civile europeo dell'Accademia dei Giusprivatisti di Pavia, il *Contract Code* del prof. Mc Gregor, il *Draft Common Frame of Reference* del Gruppo comune per il diritto europeo dei contratti, il Progetto del *Common Core of European Private Law*, i Principi della commissione Von Bar) consistono nella redazione di principi e regole non vincolanti, intesi a statuire le soluzioni migliori e a realizzare un ponte tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*. Sul punto v. BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti?*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 189, secondo il quale si può discutere a livello teorico della possibile riscoperta di un diritto dei contratti comune in Europa, redigendo un insieme di regole non vincolanti intese a recepire le soluzioni migliori, ma ciò non vuol dire che esistano i presupposti per varare un vero e proprio Codice Europeo dei Contratti, atto a sostituirsi ai singoli diritti nazionali vigenti. Sul valore e sui contenuti della *soft law* elaborata nell'ultimo trentennio, specialmente nel settore dei contratti commerciali internazionali, v. *infra*, 168 ss.

⁴ Le difficoltà riscontrate nel conciliare le più recenti ipotesi di nullità testuale con l'idea tradizionale della categoria hanno indotto numerosi autori a ridiscutere i caratteri solitamente ascritti all'atto nullo: v., tra i tanti, PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, 1995, 27 ss.. Appare decisivo, in tal senso, l'agnosticismo dogmatico che caratterizza l'intervento del legislatore comunitario, la cui unica preoccupazione è volta al pragmatismo dei rimedi senza alcuna attenzione alla costruzione dei concetti, secondo un approccio che si scontra inevitabilmente con l'idea sistemica dei Pandettisti. La fatica con cui gli interpreti di ciascuno Stato membro riescono ad inquadrare coerentemente nel proprio sistema le normative di derivazione comunitaria è dovuta, infatti, proprio all'influenza che la Pandettistica ha avuto sulle codificazioni nazionali, soprattutto in Germania e in Italia. Con particolare riferimento al codice civile italiano, v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1 ed., 1943, pref.: "I problemi e le soluzioni del nuovo codice ... quantunque nuovi, possono essere utilmente chiariti e approfonditi alla luce di categorie dogmatiche elaborate dalla tradizione pandettistica, rese rispondenti al nuovo diritto positivo".

dall'indagarne il significato e le ragioni, al fine di trarne coerenti conclusioni non soltanto sul piano astratto e concettuale, ma anche e soprattutto in termini di applicazione concreta.

Bisogna tuttavia rifuggire da approcci eccessivamente enfatici e da tentazioni imprudentemente decostruttive. Si può prendere atto del cambiamento, cogliendone anche gli aspetti più profondi, senza necessariamente liberarsi di un impianto concettuale plurisecolare che, opportunamente integrato o riadattato ai nuovi contesti, finisce spesso con il confermare la propria solidità complessiva.

Proprio in quest'ottica talune premesse, apparentemente superflue o ridondanti, si appalesano invece opportune.

Una corretta analisi della dimensione attualmente assunta dalla nullità del contratto non può prescindere da una ricostruzione, sia pure sommaria, dei risultati cui hanno condotto negli ultimi decenni i vivaci dibattiti intorno alla categoria. Indispensabile, in tal senso, appare la piena comprensione di taluni caratteri essenziali ad essa attribuiti dagli orientamenti ancora oggi dominanti⁵, sulla base della disciplina codicistica⁶.

Le teorie rivolte a tracciare i connotati fondamentali della nullità si sono sovente avvalse dei copiosi spunti recati dalla contrapposizione con l'annullabilità, solitamente individuata come l'unica altra *species* di invalidità presente nell'ordinamento⁷ (in disparte le nozioni di inefficacia in senso lato⁸ e in senso stretto⁹, solo taluni autori includono nel *genus* delle invalidità anche la rescindibilità¹⁰ e la simulazione del contratto¹¹).

⁵ Si trascurano intenzionalmente gli approcci giusnaturalistici al problema, condividendosi la premessa secondo cui la nullità, e prima ancora l'invalidità, nel cui alveo essa si inquadra, costituisce una nozione tecnico – giuridica priva di rispondenza nella realtà fattuale: R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 367.

⁶ Il codice civile non reca una definizione della nullità, occupandosi soltanto di elencarne le cause e disciplinarne le conseguenze.

⁷ È decisamente minoritario l'orientamento che colloca fuori dall'ambito dell'invalidità negoziale il contratto annullabile, in quanto produttivo di effetti: LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, 1964, 253 ss.; MESSINEO, voce *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, II, 1960, 469 ss.

⁸ Per inefficacia in senso lato (o definitiva) si intende, in termini descrittivi, la mancata produzione di effetti di un contratto esistente, poiché riguardo ad un contratto inesistente neppure avrebbe senso contrapporre l'inefficacia all'efficacia: R. SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, 1989, 1 ss. Se l'inefficacia definitiva è la conseguenza (certa in caso di nullità, sia pure con talune deroghe, ed eventuale in caso di annullabilità) che l'ordinamento ricollega all'invalidità negoziale, essa tuttavia può verificarsi anche per ragioni estranee all'invalidità, di tal che il concetto di invalidità

La bipartizione nullità – annullabilità¹² ha indotto gli studiosi a ricercare minuziosamente il confine tra le due figure¹³ anzitutto sul piano puramente concettuale, essendo evidente ai più come il diverso grado di inefficacia che

rispetto a quello di inefficacia, oltre a collocarsi su un piano differente, è più ristretto: WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., *passim*; ma anche BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 611, il quale sottolinea che l'inefficacia in senso lato può, ad esempio, conseguire al definitivo mancato avveramento di una condizione sospensiva (del tipo *incertus an, certus quando*) originariamente non impossibile, non potendosi in questo caso discorrere di invalidità.

⁹ La nozione di inefficacia in senso stretto (o provvisoria) ricomprende tutte le ipotesi in cui un contratto, perfettamente valido, non produce i suoi effetti se non al verificarsi di un fatto ulteriore. Ciò può accadere per un collegamento necessario con tale fatto, oltre che per volontà delle stesse parti: si pensi, tra l'altro, alla condizione sospensiva o al deferimento ad un terzo, con equo apprezzamento o con mero arbitrio, dell'individuazione della prestazione dedotta in contratto. Che l'inefficacia in senso stretto possa dipendere da un impedimento oggettivo non voluto dalle parti, contrariamente a quanto teorizzava il WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, cit., 196, è comprovato dall'esistenza di figure quali la *condicio iuris* sospensiva di fonte legale: SCIALOJA, *Nullità e inefficacia*, in *Saggi di vario diritto*, I, 1927, 29 ss.. Include nella categoria anche la vendita di cosa altrui TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 189, anche se la dottrina maggioritaria ne sostiene l'immediata efficacia, non reale ma obbligatoria, *sub specie* di promessa del fatto del terzo o addirittura di obbligazione in proprio del venditore. Il predicato di efficacia "pendente", peraltro, si riferisce agli effetti propri del singolo contratto e non invece alla sua attitudine a vincolare le parti. Quest'ultima consegue al perfezionamento di qualsivoglia contratto, anche quando esso è inizialmente non produttivo di effetti: R. SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia*, cit., 4, secondo cui l'invalidità colpisce il negozio giuridico nella sua rilevanza, che viene ad essere negata o limitata, con essa restando travolto lo stesso vincolo negoziale, mentre l'inefficacia in senso stretto incide sulla sua funzionalità, determinando la carenza o la precarietà dei soli effetti finali. Di opinione opposta SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)* in *Enc. dir.*, XXI, 1978, 326; e BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. 456.

¹⁰ CARRESI, voce *Rescissione*, *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, 1991, 1 ss.; CORSARO, voce *Rescissione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, 1993, 628 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 681 ss.; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, 2 ed., 1962, 335 ss.. Di contraria opinione GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 1003 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 1948, 383; TOMMASINI, voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1978, 588 ss.

¹¹ STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, 2 ed., 1961, 124; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 403; PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, in *Diritto civile. Saggi*, 1951, 539; AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico*, 1957, *passim*; GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, 1982, *passim*; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 189. In senso contrario: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 971 ss.; SALV. ROMANO, *Contributo esegetico allo studio della simulazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, I, 46; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 696.

¹² La bipartizione rappresenta una chiara adesione al modello Pandettistico, che già nel 1900 aveva ispirato i contenuti del BGB. Proprio da tale modello, però, il codice civile italiano pare allontanarsi nel momento in cui avverte il bisogno di prevedere espressamente che la carenza degli elementi essenziali o la mancanza di talune qualità negli stessi è causa di nullità, rifiutando, in tal modo, il preteso carattere ontologico della nullità strutturale e, con esso, la teoria della fattispecie: DIMAJO, *La nullità*, cit., 39 ss..

¹³ Sulla difficoltà dell'operazione v. FILANTI, voce *Nullità*, cit., 2: "Nonostante il fervore sistematico, il legislatore non è riuscito a mantenere alla distinzione tra nullità e annullamento la nettezza di contorni che si era proposto".

esse comportano¹⁴, lungi dal fornire contributi alla delimitazione essenziale delle due categorie, rappresenta un *posterius* dalla valenza meramente descrittiva.

I criteri di differenziazione, peraltro, sono stati variamente delineati.

Attesa l'inidoneità del canone quantitativo della maggiore o minore gravità del vizio¹⁵, talvolta si è sostenuto – nella versione più classica della c.d. teoria della fattispecie – che soltanto la nullità conseguirebbe ad una distonia dell'atto rispetto al suo paradigma normativo¹⁶, mentre l'annullabilità promanerebbe dal vizio di elementi estrinseci all'atto; talaltra si è detto, utilizzando un parametro qualitativo, che il presupposto della nullità starebbe nella mancanza degli elementi essenziali del negozio,

¹⁴ Secondo una lettura piuttosto diffusa, la nullità comporterebbe un'inefficacia certa e originaria, mentre l'annullabilità implicherebbe un'inefficacia eventuale, dunque un'efficacia provvisoria: BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 642. È stato tuttavia acutamente osservato, sin dall'elaborazione pandettistica, come la provvisoria efficacia del contratto annullabile rappresenti una contraddizione logica: un contratto che “non vale” per il diritto non dovrebbe produrre effetti, se non in via eccezionale e limitata. È questa una delle ragioni che inducono alcuni autori a contestare che l'annullabilità possa essere inquadrata nell'ambito delle invalidità: v. *supra*, nota 7. Una condivisibile lettura della problematica risale al WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., *passim*, il quale evidenzia come anche il contratto annullabile sia inefficace *ab origine*, poiché l'azione per far valere i diritti da esso nascenti può essere sin dall'inizio paralizzata da un'eccezione; per questo l'A. parla, a tal proposito, di effetti “inutilizzabili”. In termini analoghi DI MAJO, *La nullità*, cit., 32-33. Similmente anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 458 ss., il quale definisce il contratto annullabile come affetto *ab origine* da “virtuale carenza di effetti”, ponendo l'accento sull'imprescrittibilità dell'eccezione di annullamento (art. 1442, comma 4, c.c.); lo stesso A. sostiene tuttavia il carattere relativo di tale inefficacia (in ciò si risolvono, secondo l'A., i limiti all'opponibilità dell'annullamento ai terzi di cui all'art. 1445 c.c.), in tal modo teorizzando una discutibile compatibilità tra invalidità ed inefficacia relativa. Pare più corretto, al riguardo, scindere il profilo dell'efficacia da quello della possibilità di far valere l'inefficacia, poiché è in quest'ultimo aspetto che si sostanzia l'opponibilità. È soltanto quest'ultima ad essere limitata, nei confronti dei terzi di buona fede acquirenti a titolo oneroso, dall'art. 1445 c.c.: si dovrebbe altrimenti sostenere una diversa efficacia del contratto annullabile a seconda che l'annullabilità discenda o meno dall'incapacità legale di uno dei due contraenti.

¹⁵ TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, cit., 868: “Un tale criterio presupporrebbe formule oggettive e certe di graduazione, o quanto meno scelte e indicazioni precise, che non esistono”.

¹⁶ Per distonia dal paradigma normativo si intende la non conformità dell'atto allo schema delineato dalla legge. Un'efficace sintetizzazione del concetto si legge in SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, n. 3/2001, 500: “Per il codice la nullità è vicenda di fattispecie, di una fattispecie irregolarmente venuta ad esistenza, in quanto difettosa e incompleta e come tale non conforme allo schema legale”. Anche TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, cit., 868, riferisce che “una definizione comunemente accettata configura come nullo quel negozio che per la mancanza o grave anomalia di elementi costitutivi non produce gli effetti (tipici) perseguiti dalle parti ... Viene postulata una fattispecie priva di elementi costitutivi essenziali o con elementi essenziali”. L'A. avverte, tuttavia, che “in questa direzione non si riesce a caratterizzare il fenomeno. Anche la annullabilità presuppone una fattispecie difettosa”.

laddove invece il vizio di tali elementi comporterebbe la mera annullabilità¹⁷.

Più spesso, tuttavia, l'attenzione della dottrina si è incentrata sul profilo teleologico, ossia sulle diverse istanze alle quali dette categorie risponderrebbero: la nullità costituirebbe un rimedio posto a presidio di interessi generali, mentre l'annullabilità sarebbe volta a tutelare interessi privati¹⁸ concretando una misura di protezione di individui determinati¹⁹. Tale criterio, correlato alla diversa tipologia degli interessi tutelati, è

¹⁷ FILANTI, voce *Nullità*, cit., 1 ss.. Diversamente SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv.*, XII, 1995, 302. Sul punto v. anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 463, secondo cui il negozio è annullabile quando un elemento essenziale è “semplicemente viziato”, mentre è nullo quando un elemento costitutivo è “assente o deficiente nella configurazione dalla legge richiesta”. Per una notazione comparatistica v. DI MAJO, *La nullità*, cit., 36 ss., il quale critica la tesi di una certa dottrina tedesca che, similmente, fa discendere la nullità dalla mancanza degli elementi costitutivi, ricollegando invece al vizio degli stessi l'annullabilità del contratto. Il criterio, evidenzia l'A., nell'ordinamento tedesco è contraddetto dal diritto positivo e in particolare dalla previsione del § 105 del BGB, che sancisce la nullità dell'atto compiuto da soggetto incapace o incosciente: se la nullità del contratto stipulato dall'incapace di agire può spiegarsi deducendo *a contrario* che la capacità negoziale è elemento essenziale, il turbamento dell'intelletto e l'incoscienza, che pure comportano la nullità a norma del comma 2, non possono che interpretarsi come vizi della capacità.

¹⁸ TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, cit., 870; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 469 ss.; P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, 191 ss.. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, II, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, 1999, 1270, sottolinea come il criterio dell'interesse tutelato sia recepito dal codice civile: ciò è dimostrato, secondo l'A., dalla disciplina in punto di legittimazione all'azione per far valere la nullità (art. 1421) e per domandare l'annullamento (art. 1441). BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 613 e 642, sostiene che in realtà anche l'annullabilità risponde ad un interesse generale, quello di tutelare il contraente a fronte della sua incapacità o del vizio del consenso prestato, che tuttavia viene soddisfatto concedendo esclusivamente al soggetto tutelato l'azione per rimuovere gli effetti del contratto; la legittimazione relativa all'azione di annullamento, secondo l'A., si giustifica con la particolare situazione del contraente che, in concreto, potrebbe non escludere la sua convenienza a tenere fermo il contratto. Che la tutela degli incapaci possa fondare in determinati casi addirittura norme di ordine pubblico è affermato dalla Cassazione, con riguardo all'ipotesi di contratto concluso mediante convenzione di incapace: Cass. 20 settembre 1979, n. 4824, in *Foro it.*, 1980, I, 2860, con nota di MOSCHELLA, e in *Giust. Civ.* 1980, I, 947, con nota di RAGANELLA; Cass. 7 febbraio 2008, n. 2860, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 173. La citata rappresentazione funzionale dell'annullabilità non appare tuttavia condivisibile: la tipologia dell'interesse tutelato non va riguardata tanto sul piano dei destinatari dell'astratta previsione normativa, quanto in relazione al novero potenziale dei soggetti che dagli effetti del contratto, se questo fosse mantenuto in vita, potrebbero essere danneggiati. È evidente come, sotto tale aspetto, un contratto concluso da una persona incapace o con volontà viziata non sia di per sé lesivo di interessi facenti capo a soggetti estranei alla stipulazione. Dunque, potrebbe a limite affermarsi che a tutelare un interesse generale è l'annullabilità, piuttosto che l'annullamento.

¹⁹ Secondo una massima risalente nella giurisprudenza della Cassazione, il legislatore mediante l'annullabilità “anziché dichiarare senz'altro la nullità dell'atto, consente alla persona protetta il mezzo di ottenere l'annullamento o di rinunciarvi”: Cass. 4 agosto 1941, n. 2736, in *Giur. it.*, 1942, I, 1, 61.

ritenuto il più idoneo a spiegare il differente regime disciplinare con riguardo al carattere assoluto e relativo della legittimazione a far valere in giudizio, rispettivamente, la nullità e l'annullabilità del contratto²⁰. Coerente con questa impostazione è considerato anche il più mite trattamento giuridico riservato al contratto annullabile, atto a produrre tutti i suoi effetti sia pure in via instabile: una provvisoria efficacia del contratto invalido, si afferma, può conciliarsi soltanto con vizi che non rechino nocimento alla collettività nel suo insieme o comunque a soggetti estranei alla stipulazione. In linea di massima, perciò, stando ad una concezione classica e consolidata, la nullità può sinteticamente definirsi come la qualificazione negativa che l'ordinamento riserva al negozio quando esso non è conforme al modello legale, ponendosi in contrasto con l'interesse generale; qualificazione alla quale l'ordinamento fa conseguire, in via assoluta e originaria, la negazione di efficacia all'atto di autonomia privata.

È su tale definizione che può impostarsi il ragionamento volto a stabilire se la nullità, con l'avvento delle normative più recenti, abbia conservato i suoi caratteri fondamentali.

A questo scopo, tuttavia, è necessario effettuare alcune puntualizzazioni ulteriori.

Un primo rilievo concerne il profilo finalistico.

Se la concezione della nullità come strumento posto a tutela dell'interesse generale è ormai unanimemente condivisa, l'assunto, attesa la sua eccessiva genericità, non è in grado di spiegare in maniera soddisfacente ed esaustiva la funzione che la categoria svolge in seno all'ordinamento.

Non può ignorarsi, al riguardo, che il ruolo assolto dalla nullità proprio sul piano delle finalità non è sempre esattamente lo stesso, mutando in relazione alle diverse sottocategorie che si è soliti enucleare dal testo dell'art. 1418 c.c. e, quindi, in dipendenza delle differenti tipologie di presupposto che ne

²⁰ Il fatto che la nullità possa essere fatta valere in giudizio da chiunque vi ha interesse (art. 1421 c.c.) presuppone che il contratto, pur nella relatività soggettiva dei suoi effetti diretti (art. 1372 c.c.), incida in maniera negativa su interessi la cui titolarità appartiene a soggetti diversi dai contraenti, se non alla collettività nel suo insieme. Il concetto è espresso in modo chiaro da GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 13, quando afferma che interessi collettivi ben possono essere scalfiti da una vicenda privatistica o anche soltanto essere "concomitanti ad essa". In ciò risiede la ragione della legittimazione assoluta a far valere la nullità.

comportano l'operatività²¹. Al di là delle più disparate opzioni adottate sotto il profilo nominalistico (nullità virtuali, strutturali, testuali, per illiceità, per illegalità²²), è di primaria importanza, in particolare, la sottolineatura di una diversità essenziale tra due *species* di nullità: quella conseguente a deficienza strutturale e quella cagionata dall'illiceità del contratto o dei suoi elementi essenziali²³. Mentre quest'ultima costituisce la reazione dell'ordinamento contro una programmazione negoziale lesiva degli interessi generali, collocandosi in un'ottica puramente funzionale, nella prima ciò che viene sanzionato è l'insufficienza della fattispecie concreta a

²¹ L'art. 1418 c.c., nel trattare delle "cause di nullità del contratto" e nel suo dispiegarsi in tre commi, sottintende una partizione interna della nullità in altrettante tipologie, corrispondenti a determinati gruppi omogenei di presupposti. Rispetto all'elaborazione dottrinale di riferimento all'epoca dell'emanazione del codice civile, il *quid novi* è rappresentato dalla contrarietà a norme imperative che il legislatore, mutuando la norma di cui al § 134 del BGB, ha voluto configurare come causa autonoma di nullità "allo scopo di comprendere anche ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita", oltre che di risolvere il problema riguardante gli effetti della violazione di una norma imperativa che non commina espressamente la sanzione di nullità del vincolo (v. Relazione al codice civile, nr. 649).

²² Tale espressione è adoperata da GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 988, secondo il quale la nullità per illiceità dell'oggetto o della causa andrebbe distinta dalla nullità per illegalità del contratto, ossia per contrarietà a norme imperative: l'illegalità costituirebbe un *tertium genus* essenzialmente diverso dall'illiceità oltre che dal difetto strutturale. Può obiettarsi, tuttavia, che la funzione della nullità virtuale in nulla differisce da quella svolta dalla nullità per illiceità, della quale anzi intende ampliare il raggio di operatività includendovi aspetti che non hanno direttamente a che fare con l'oggetto o con la causa del contratto. La virtuale inclusione della sanzione di nullità nelle norme imperative che espressamente non la contemplano risponde pur sempre alla finalità di non concedere efficacia ad un contratto socialmente dannoso: 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. Per una diversa utilizzazione dell'espressione, v. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, *Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, 2003, 119.

²³ GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 3, 1353, per il quale le nullità funzionali e quelle strutturali sono "ontologicamente diverse tra loro". Va precisato che le nullità testuali, cui rinvia l'art. 1418, comma 3, c.c., non costituiscono di per sé una sottocategoria autonoma e omogenea al proprio interno, caratterizzandosi esclusivamente per la natura particolare e puntuale delle previsioni che le contemplano. Ricondurre ciascuna nullità testualmente comminata in una delle categorie di cui ai precedenti due commi dell'art. 1418, d'altronde, significherebbe adottare una *interpretatio abrogans* della disposizione in parola. L'interprete, dunque, non può esimersi dall'approfondire le caratteristiche strutturali e funzionali di ogni singola nullità testuale, verificando di volta in volta se essa presenti aspetti peculiari oppure rientri in una delle tipologie "principali" (in quest'ultimo caso, la comminazione espressa della nullità si risolverebbe in un'inutile ripetizione del legislatore ovvero, più verosimilmente, svolgerebbe il ruolo di dispensare l'interprete dal verificare la sussistenza dei presupposti di cui ai primi due commi dell'art. 1418). Quanto all'efficacia "destrutturante" dell'art. 1418, comma 3, c.c., v. *infra*, 21.

integrare i requisiti minimi dell'operazione imposti dal sistema²⁴. La difesa dell'interesse generale, con riferimento alle nullità strutturali, pare insomma configurarsi in maniera del tutto peculiare²⁵.

L'enunciata diversità, proprio in quanto attinente alla *ratio* di fondo, si riflette in maniera consistente su aspetti tutt'altro che secondari. Ci si riferisce, segnatamente, alla differente predisposizione delle due *species* di nullità al mutamento e all'evoluzione: la nozione e l'ambito di applicazione della carenza strutturale permangono immutati nel tempo; le ipotesi di illiceità, invece, sono destinate a trasformarsi continuamente nelle caratteristiche e tipologie, oltre che a variare nel numero, in un processo agevolato dal carattere aperto della clausola di cui all'art. 1418, comma 1, c.c.²⁶. Stante la descritta attitudine ad un ininterrotto adattamento contenutistico, in rispondenza alla trasformazione della realtà circostante, le nullità per illiceità sono naturalmente destinate a mutare nel tempo il proprio raggio d'azione e a cambiare le concrete finalità perseguite, in correlazione con la selezione di interessi che il legislatore progressivamente effettua (ritenendo appropriato connettere alla lesione degli stessi la conseguenza della nullità contrattuale).

Dunque, accantonando le evidenziate peculiarità delle nullità strutturali, può sì condividersi l'affermazione secondo cui la nullità codicistica costituisce il

²⁴ I requisiti strutturali minimi per la validità del contratto, dettati dall'art. 1325 c.c., vanno tenuti distinti dai presupposti minimi di esistenza del contratto sul piano giuridico, desumibili a contrario dalla definizione di cui all'art. 1321 c.c.. Sul punto v. *supra*, nota 2.

²⁵ Non convince la tesi secondo cui anche la nullità per mancanza di un elemento essenziale sarebbe da ricondursi ad un controllo di legalità della fattispecie, risolvendosi pur sempre in un'anomalia dell'interesse tale da non consentirne la tutelabilità: TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, cit., 880. È più plausibile ritenere che costituisca interesse generale, latamente inteso, non consentire ai consociati di vincolarsi giuridicamente in maniera indeterminata o in assenza di una sufficiente e meritevole ragione giustificativa. Con particolare riguardo alla mancanza di causa è persuasiva la considerazione di WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, cit., 218: "il diritto non serve a capricci ed a voglie frivole".

²⁶ Secondo la suggestiva rappresentazione di DI MAJO, *La nullità*, cit., 37, il legislatore diviene "signore" della nullità, potendo manovrare lo strumento utilizzandolo per imporre o vietare al negozio determinati contenuti. Dunque, l'ambito di applicazione della nullità non è più immutabile, e la sua delimitazione è affidata alle scelte discrezionali del legislatore oltre che agli sforzi ermeneutici dell'interprete, necessari soprattutto con riguardo alla *species* della nullità virtuale di cui all'art. 1418, comma 1, c.c., vera e propria norma di chiusura. Il progressivo ampliamento di tale ambito è ben descritto da GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1261. Anche BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 612 ss., identificando la nullità del contratto per illiceità con il controllo del legislatore sulla sua eventuale dannosità sociale, mette in risalto la sempre maggiore incisività di tale controllo, a tutela di interessi generali dell'ordinamento.

mezzo utilizzato dal legislatore per sanzionare²⁷ un determinato assetto di interessi che le parti si sono date attraverso la stipulazione del contratto, valutato in contrasto con i valori che l'ordinamento promuove, ma a tale definizione può riconoscersi unicamente una valenza descrittiva, rappresentativa di un involucro variamente riempito secondo il mutamento del tessuto socio – economico di riferimento.

Essenzialmente, volendo delimitare con maggior precisione l'orizzonte funzionale della nullità tradizionale, quantomeno con riferimento alla nullità per illiceità²⁸, si può affermare che essa rappresenta lo strumento (*rectius*: uno degli strumenti²⁹) attraverso cui l'ordinamento confina l'autonomia contrattuale entro il mutevole recinto della consonanza agli interessi superindividuali³⁰.

Questa naturale propensione al mutamento, insita nella funzione quantitativamente principale della nullità, mal si concilia con l'inquadramento strutturale della categoria propugnato dall'antica teoria della fattispecie, secondo cui la nullità si identificherebbe con la mancanza o l'imperfezione della fattispecie, ossia con la non conformità dell'atto concreto al modello legale di negozio. Il suddetto inquadramento, d'altronde, è stato sottoposto a critiche severe da una copiosa dottrina³¹, i cui condivisibili rilievi costituiscono l'indispensabile punto di partenza della ricerca sulle nuove nullità³².

²⁷ Il termine sanzione è qui utilizzato in senso lato, condividendosi l'assunto secondo il quale alla nullità come categoria è generalmente estranea la funzione sanzionatoria: IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 541. Nell'ambito più specifico delle nullità parziali, tuttavia, non mancano norme il cui operare va senz'altro inquadrato in una prospettiva *stricto sensu* sanzionatoria: il riferimento è all'art. 1815, comma 2, c.c., all'art. 23, comma 2, d.lgs. 58/98 e all'art. 117, comma 7 lett. b secondo periodo, d.lgs. 385/93, sui quali v. *infra, passim*.

²⁸ La riflessione si incentra volutamente sulle nullità per illiceità, non tanto perché esse costituiscono oramai di gran lunga la *species* più frequente, quanto per la loro centralità nella tematica oggetto della presente trattazione.

²⁹ Il riferimento è in particolare all'integrazione del contratto, sulla quale ci si soffermerà ampiamente nel cap. II.

³⁰ L'utilizzo dell'espressione "interessi superindividuali" mira a rimarcare che non sempre l'interesse offeso dal contratto illecito appartiene alla generalità dei consociati, riguardando talvolta specifiche categorie di soggetti, come ad esempio, nell'ipotesi di nullità del patto commissorio ex art. 2744 c.c., i creditori diversi dal contraente.

³¹ Su tutti, FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, 1983.

³² Di nullità "nuove", sia per il loro ricollegarsi a fattispecie non riconducibili alle tradizionali cause di nullità, sia per l'assoggettamento a trattamenti assai diversi rispetto al generale regime codicistico del contratto nullo, discorre ROPPO, *Il contratto del duemila*, 2002, 15. Nel corso della trattazione si chiarirà il significato dell'aggettivo "nuove" riferito,

Si è evidenziato, anzitutto, che la teoria in esame sconta un vizio di metodo: non può definirsi la nullità per mezzo delle sue cause, perché in questo modo si realizza una fotografia della legislazione vigente, ma ci si espone irrimediabilmente al rischio di dover inseguire i mutevoli orientamenti del legislatore.

Si è rimarcato, poi, che la prospettata definizione della nullità non convince neppure nel merito, per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, essa appare inidonea a ricomprendere e spiegare la nullità per illiceità. Certo, i teorici della fattispecie non hanno ignorato tale *species* di nullità: essi hanno inteso piuttosto l'illiceità come mancanza, negli elementi che costituiscono la concreta fattispecie negoziale e in specie nella causa, delle caratteristiche prefissate nello schema ideale predisposto dal legislatore. Tuttavia tale convincimento, frutto di un'ostinata adesione ai presupposti volontaristici della teoria del negozio³³, si rivela incompatibile con l'introduzione nell'ordinamento della nullità virtuale, volta per l'appunto a ricomprendere nell'ambito della nullità ipotesi estranee alla carenza e all'illiceità degli elementi essenziali.

Inoltre, ad uno sguardo più approfondito, la ricostruzione in esame mal si attaglia anche alle nullità strutturali. Una criticità difficilmente sanabile dell'assunto sta, infatti, nella sua inettitudine a distinguere il contratto inesistente dal contratto nullo³⁴, nonché a spiegare gli effetti giuridici che sono a quest'ultimo eccezionalmente collegati³⁵; e proprio quest'ultimo

più specificamente, alle nullità parziali testuali che nell'ultimo ventennio sono state introdotte dalla legislazione speciale.

³³ GENTILI, *Le invalidità* cit., 1262 e ss..

³⁴ VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, *Nullità e inesistenza del contratto*, cit., 66: "la fattispecie, o è completa, oppure non è". Si tratta di un'impostazione rigidamente ancorata agli insegnamenti dei Pandettisti e dunque alla tradizione del diritto romano. Sul tema v. *supra*, note 1 e 2. Per la diversa impostazione consolidatasi in giurisprudenza v. Cass. 10 aprile 1973, n. 1016, in *Giust. Civ.*, 1974, I, 343: "Mentre la nullità e l'annullabilità presuppongono una riconoscibilità giuridica della fattispecie concreta, e cioè la riconducibilità di essa ad una fattispecie legale, rispetto alla quale presentano lo scarto della mancanza (nullità) o della irregolarità (annullabilità) di uno degli elementi essenziali, l'inesistenza è predicato della non riconoscibilità dell'atto, in ragione della sua anomalia, alla fattispecie legale data, sicché ne viene meno la identificabilità di questa". Dunque, secondo la Cassazione, la mancanza di elementi essenziali non può essere identificata con la carenza di fattispecie.

³⁵ MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, 1995, 237 – 238, mette in risalto come l'inidoneità assoluta del contratto nullo a produrre gli effetti della corrispondente fattispecie valida, postulato irrinunciabile della teoria della fattispecie, sia smentito da costanti orientamenti giurisprudenziali. Di contro, la logica della nullità intesa come

profilo interessa in modo particolare la presente trattazione, atteso che la nullità parziale postula appunto una fattispecie difettosa che, quando il vizio non si estende all'intero contratto, produce effetti tra le parti³⁶.

Non resta, pertanto, che condividere l'opinione di chi ravvisa nel contratto nullo non già una difformità dalla fattispecie negozio, bensì una fattispecie autonoma³⁷, integrata dall'inosservanza di determinate norme giuridiche, dalla quale l'ordinamento fa derivare la negazione originaria e prevalente degli effetti negoziali³⁸.

Se la nullità contrattuale non è altro che un insieme di fattispecie, ne deriva che essa non può concepirsi come un'entità esistente *in rerum natura*, né la relativa nozione può considerarsi scolpita per sempre dal pregevole pensiero scientifico che l'ha per primo elaborata. La nullità vive nel diritto e muta con esso, rispondendo al cambiamento degli interessi da presidiare rispetto ai potenziali esiti dell'autonomia negoziale.

Non è particolarmente utile, allora, indugiare eccessivamente su questioni tassonomiche o soffermarsi oltremodo sul carattere più o meno speciale delle previsioni di nullità introdotte dalla legislazione più recente³⁹. Del

fattispecie consente di spiegare al contempo la negazione prevalente degli effetti del contratto nullo e la sua eccezionale efficacia (sulla quale v. *supra*, nota 2).

³⁶ FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, 1943, 153; FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., 44; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 6, 8, 20 ss e 152 ss.; VILLA, *Le invalidità tra modello tradizionale e nuove discipline*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, a cura di Macario e Milletti, 2006, 416; BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, tomo III, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, 1999, 76. La critica alla teoria della fattispecie diviene ancora più forte con riguardo alle più recenti previsioni testuali di nullità parziale: sul punto v. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 498 ss., secondo il quale la previsione di nullità parziali a fini protettivi segna “*l'oltrepassamento della teoria della fattispecie*”.

³⁷ La teoria della nullità come fattispecie, e non già come difetto di fattispecie, ha origine nella dottrina francese: JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, 1909, 52 ss. e 130 ss.. Nella dottrina italiana, v. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, 1973, 108; FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., 3 e ss.; MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, cit., 38 ss.. Soltanto emancipando la categoria dall'identificazione con la carenza di fattispecie, e dunque con l'inesistenza, si può propendere per una nullità del negozio suscettibile di valutazione positiva, graduabile in relazione alle singole applicazioni: v. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 613-614, nota 4.

³⁸ Puntuale è il rilievo di GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1283, il quale identifica la negazione degli effetti del contratto nullo con la “*mancata recezione del negozio nell'intero sistema di valori dell'ordinamento giuridico*”.

³⁹ Diffusa è l'idea che le nullità di derivazione comunitaria siano “speciali”: v. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, 1995; DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 1999; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, 2001; GENTILI, *Le invalidità*, cit.; DI MAJO, *Le nullità*, in *Trattato Bessone, (vol. XIII): Il contratto in generale*, tomo VII, 2002; ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 16; GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*,

resto, visto che fin dal 1942 “*il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge*” (art. 1418, comma 3, c.c.), pare improprio ragionare della destrutturazione di una categoria⁴⁰ che è in realtà intimamente frantumata sin da tempi remoti⁴¹.

Di fronte alle nullità di recente genesi normativa, il compito precipuo dell’interprete è invece quello di scandagliarne l’essenza e la disciplina⁴², sforzandosi di comprenderne a fondo le caratteristiche strutturali e gli orizzonti funzionali, senza prescindere da un’analisi degli interessi di nuova emersione che il rimedio mira a salvaguardare.

cit., 1349. Di qui l’uso del plurale per il sostantivo nullità, che si accompagna spesso alla descrizione di una frantumazione della categoria: SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 490 ss., ad avviso del quale “*stabilire se il regime della patologia negoziale abbia subito o meno una cesura rilevante con l’avvento delle nullità di derivazione comunitaria è questione centrale*”. Secondo l’A. il diritto europeo dei contratti propone un modello di nullità del tutto antitetico a quello codicistico, tale da costituire addirittura un vero e proprio *tertium genus* di invalidità rispetto all’annullabilità e alla nullità “tradizionale”.

⁴⁰ MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 2, 174, ravvisa una “*progressiva destrutturazione della categoria della nullità realizzatasi negli ultimi quindici anni a seguito delle incursioni di derivazione comunitaria*”.

⁴¹ Già nell’impostazione codicistica la categoria, oltre a non essere unitaria nelle cause che la determinano, non è omogenea neppure per quanto concerne la disciplina: si pensi alla legittimazione assoluta e alla rilevabilità d’ufficio, rispetto alle quali l’art. 1421 c.c. fa salve le diverse disposizioni di legge; o all’inammissibilità della convalida, che è prevista soltanto “*se la legge non dispone diversamente*” (art. 1423 c.c.). Sul punto v. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., 1335 e 1349: “*A ben guardare, però, non sono solo le nullità speciali a minare la base unitaria della nullità, perché già da tempo si sarebbe potuto rilevare che lo stesso impianto codicistico, incentrato sull’art. 1421 c.c., non rappresenta lo spartito di tutte le nullità previste dal codice*”.

⁴² VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, 2004, 56: “*Superata l’idea tradizionale di un modello generale rispetto al quale le ipotesi divergenti si pongono come mere eccezioni, si tratta allora di individuare ... le peculiarità di ogni fattispecie e delinearne i tratti distintivi*”. L’indagine deve svolgersi secondo i criteri ermeneutici generalmente utilizzati per l’interpretazione della legge, avendo dunque come costante riferimento l’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale. La precisazione, in sé superflua, intende richiamare l’attenzione sulla necessità di condurre un’analisi libera da preconcetti, molto spesso legati alle risultanze di contributi dottrinali pregevoli ma anacronistici. Condivisibile, al riguardo, il richiamo di GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1266, il quale invita a coordinare le certezze del diritto dottrinale con la logica del diritto positivo, non rinunciando ad un’opera di sistemazione che tenga però conto dell’ineliminabile misura di arbitrio con cui il legislatore “rompe” gli equilibri del sistema per conseguire i propri fini.

2. La nullità parziale oggi. La perdita di centralità dell'art. 1419 c.c.

A prescindere da ogni considerazione di ordine dogmatico e classificatorio, non si può fare a meno di riscontrare, nel panorama normativo concernente la nullità del contratto, profondi mutamenti. La legislazione speciale, sovente in attuazione di direttive comunitarie⁴³, ha veicolato nell'ordinamento una vasta congerie di nullità testuali⁴⁴, connotate da varie peculiarità in punto di presupposti e disciplina, che hanno progressivamente marginalizzato l'ambito applicativo dell'art. 1419 c.c. al punto da metterne in discussione la centralità nel sistema⁴⁵.

Di fronte a simili innovazioni del diritto positivo, la dottrina più autorevole ha da subito incentrato la propria attenzione sull'aspetto funzionale, individuando nello scopo di protezione del contraente debole il *trait d'union* del fenomeno e rinvenendo in tale scopo, conseguentemente, il criterio ermeneutico fondamentale di cui servirsi per illuminare la disciplina laddove essa si presenti ambigua o lacunosa⁴⁶.

Il carattere inedito della finalità di protezione è invero sopravvalutato. Tra nullità e tutela di interessi particolari, oltre a non esservi alcuna incompatibilità logica, non vi è neppure un'effettiva inconciliabilità sul piano storico: già nel codice civile sono numerose le fattispecie di nullità che, sia pur salvaguardando indirettamente interessi generali, sono poste immediatamente a difesa di soggetti determinati (si pensi all'art. 2744, con riguardo al debitore; all'art. 2265, relativamente al socio escluso dalla

⁴³ Si vedano soprattutto la direttiva 93/13/CE, riguardante le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, e le direttive 2000/35/CE e 2011/7/CE, concernenti la lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

⁴⁴ Tra le più rilevanti: d.lgs. 206/05, artt. 36 (la disposizione riprende interamente il testo del previgente art. 1469-*quinquies* c.c., introdotto dalla legge 6 febbraio 1996, n. 52, prevedendo tuttavia la nullità in luogo dell'inefficacia), 52, 67, 67-*septesdecies*, 71, 76, 78, 94, 95, 124, 134, 143; d.lgs. 385/93, artt. 46, 117, 120-*ter*, 120-*quater*, 125-*bis*; d.lgs. 58/98, artt. 23, 24, 30, 100-*bis*; d.lgs. 209/05: artt. 12, 29, 32, 167; l. 192/98, artt. 2, 5, 6, 9; d.lgs. 231/02, art. 7; d.lgs. 122/05, art. 2; l. 129/04, art. 3; l. 431/98, art. 13; d.lgs. 170/04, art. 8.

⁴⁵ Sulla questione del carattere eccezionale o meno delle previsioni di nullità parziale derogatorie rispetto alle regole contenute nell'art. 1419 c.c. si tornerà diffusamente oltre: v. cap. II, par. 1.

⁴⁶ V. però GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 994, il quale esprime un'opinione contraria alla configurazione delle nullità di protezione come sottocategoria unitaria.

partecipazione agli utili; o ancora all'art. 1815, con riferimento al mutuatario)⁴⁷.

Ad ogni modo, è preferibile rinviare la riflessione sulla *ratio* delle nuove nullità ad una fase successiva⁴⁸.

Pare più opportuno, infatti, prendere le mosse da una constatazione inerente al profilo strutturale: le norme in questione, molto spesso⁴⁹, stabiliscono la

⁴⁷ Anche in questi casi la limitazione del riconoscimento giuridico dell'attività negoziale dei privati viene effettuata mediante il criterio della non conflittualità con l'interesse generale. L'aspetto peculiare che caratterizza tali fattispecie risiede nel fatto che la tutela dell'interesse generale, invece che contrastare con le finalità perseguite da entrambi i contraenti, converge con la protezione di una delle parti. Resta da stabilire se il legislatore con le suddette disposizioni abbia inteso elevare l'interesse di categoria ad interesse generale, nel qual caso più che di convergenza dovrebbe parlarsi di identità, oppure se la difesa del contraente debole sia in queste ipotesi un mero strumento per la difesa di un bene comune, qual è la piena e fisiologica concorrenzialità del mercato. Per approfondimenti sul tema v. *infra*, 106 ss.

⁴⁸ Non poche perplessità desta il metodo col quale solitamente ci si approccia alle nuove nullità speciali. L'interpretazione sistematica della legge dovrebbe accompagnare e supportare l'interpretazione letterale. La *ratio* di una norma, inoltre, dovrebbe ricavarsi dal sistema giuridico in cui essa si colloca, più che dal contesto storico-politico nel quale essa viene emanata. Spesso, invece, l'analisi delle norme di diritto privato europeo muove da un dato funzionale assunto come dogma, per poi discendere alla ricerca del significato obiettivo delle disposizioni; e il rischio è quello dello scollamento dal dato positivo, sacrificato sull'altare di approdi ermeneutici maggiormente rassicuranti. Certo, è innegabile che le norme emanate dall'Unione Europea e quelle interne di recepimento o attuazione siano espressione di una politica economica tesa alla protezione del contraente debole e alla salvaguardia del mercato concorrenziale. Tale considerazione si ricava, del resto, da un'analisi del diritto primario comunitario (v., in particolare, gli artt. 4, 101 e 169 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). È doveroso, tuttavia, collocare questa riflessione in una fase più avanzata del ragionamento interpretativo, concentrando anzitutto l'attenzione sulle disposizioni in quanto tali, con atteggiamento scevro da ogni preconconcetto. La finalità di un istituto, infatti, pur costituendo l'antecedente logico e storico rispetto alla disciplina che ne consegue, non può che ricavarsi in via interpretativa proprio dagli effetti che le norme ricollegano a quell'istituto, dunque dalla sua concreta regolamentazione, la quale soltanto può rivelare nella sua configurazione la strumentalità al raggiungimento di un determinato obiettivo di politica legislativa. Sul punto, con specifico riguardo proprio all'interpretazione delle disposizioni interne attuative del diritto comunitario, v. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 3. Questa opzione metodologica nulla toglie alla validità, in termini assoluti, della teoria incentrata sulla c.d. precomprensione del senso normativo (sulla quale v. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. di Zaccaria e Patti, 1983, *passim*), né al rilievo secondo cui i criteri ermeneutici contemplati nell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale devono essere integrati, stante il nuovo quadro delle fonti, dal canone assiologico della conformità ai valori e ai principi espressi dalla Costituzione e dai Trattati sull'Unione Europea (v. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 1971, 315 ss.; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo – comunitario delle fonti*, 2006, *passim*). Per una recente apertura alla c.d. giurisprudenza degli interessi, v. Cass. 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 2254: “l'interesse dalla norma protetto – per la sua insopprimibile connotazione dinamica legata al suo esprimere una tensione della collettività verso un bene della vita – non può evidentemente restare imprigionato nella gabbia del testo della regola iuris, ma di questa deve invece costituire l'elemento mobile, quasi linfa vitale, che ne orienta il processo di crescita e ne determina i percorsi evolutivi”.

nullità parziale del contratto⁵⁰, dettando una disciplina difforme rispetto a quella fissata dall'art. 1419 c.c..

Il modello codicistico tracciato dall'art. 1419, per il quale “*la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole*”⁵¹ importa la nullità

⁴⁹ Un'invalidità totale è stabilita da tutte quelle norme che riconnettono la nullità del contratto alla violazione di prescrizioni formali (art. 71 d.lgs. 206/05; art. 117, comma 3, d.lgs. 385/93; art. 23, comma 1, d.lgs. 58/98; art. 2, comma 1, l. 192/98; art. 3 l. 129/04) o relative alla c.d. forma-contenuto (artt. 117, comma 8, e 125-bis, comma 8, d.lgs. 385/93): in questi casi il legislatore, allo scopo di garantire al contraente debole una conoscenza consapevole e neutralizzare le asimmetrie informative, impone rispettivamente una determinata forma o un certo contenuto negoziale minimo, prevedendo l'invalidità dell'intera pattuizione quando essa si discosti dalla prescrizione normativa. Talvolta, poi, la nullità totale del contratto è comminata in conseguenza dell'omissione di informazioni nella fase precontrattuale (artt. 52, comma 3, e 67-septedecies, comma 4, d.lgs. 206/05; artt. 30, comma 7, e 100-bis, comma 3, d.lgs. 58/98; art. 32, comma 5, d.lgs. 209/05): come recentemente ribadito da Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, nonché da Cass. SS. UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, si tratta di disposizioni eccezionali rispetto alla regola generale secondo cui la violazione di regole di comportamento non influisce sulla validità del contratto. Altre volte, ancora, la nullità dell'intero contratto consegue alla mancata prestazione di una fideiussione in favore del contraente più debole (art. 76, comma 3, d.lgs. 206/05; art. 2 d.lgs. 122/05). Sull'inadeguatezza dell'invalidità totale a perseguire lo scopo di protezione del contraente debole v. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 202: “*Se la nullità dovesse assumere carattere totale, investendo quindi l'intero negozio e non la sola pattuizione nulla, si porrebbe in tal modo il contraente protetto ... nella alternativa del subire l'esecuzione dell'invalida pattuizione oppure ... rinunciare affatto a soddisfare l'interesse*”. Similmente GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 257; CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato diretto* da M. Bessone, XXXI, 2002, 80; MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, cit., 174. Il rischio di lasciare privo del contratto il contraente più fragile è rimarcato anche da SCHLESINGER, *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, 725. In senso contrario D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, 1996, 308.

⁵⁰ Circa la nozione di nullità parziale, da intendersi puramente e semplicemente come nullità di una parte del contratto, v. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 1.. Talora, invece, l'espressione è utilizzata per indicare l'esito negativo del giudizio circa l'estensione della nullità di una parte o clausola all'intero contratto.

⁵¹ Si è molto discusso sul fatto che la formula legislativa affianca alla “nullità parziale” del contratto la “nullità di singole clausole”, pur parificando le due situazioni sotto il profilo della disciplina. L'accostamento appare pleonastico se si concepisce la parte del contratto in senso quantitativo e, al tempo stesso, si aderisce alla nozione di clausola intesa come frazione minima del regolamento negoziale, insuscettibile di ulteriore partizione senza che ne sia precluso un qualsivoglia significato giuridico: in tal senso v. Cass., SS. UU., 16 ottobre 1958, n. 3294, in *Giust. civ.*, 1959, I, 311, con nota di FRAGALI. Sul c.d. principio di irriducibilità della clausola v. LIPARI – RESCIGNO, *Diritto civile*, III, 2009, 937. Diversamente si pongono quegli autori che nell'indagare il concetto di clausola non si soffermano sul tema della sua divisibilità giuridica, evidenziandone invece le caratteristiche positive: in chiave precettiva v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 297, secondo cui “*rapporti che richiedono un regolamento complesso trovano questo in negozi che constano d'una serie numerosa di clausole, alcune centrali, altre d'importanza collaterale: ognuna di tali clausole è suscettibile di stare a sé, compiuta di senso, ma tutte si coordinano in un unico complesso*”; v. anche BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 638, il quale, sempre in chiave sostanziale ma ponendo l'accento sull'autonomia della clausola, intende quest'ultima come “*qualsiasi parte del testo contrattuale autonomamente identificabile*”; nonché GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1999, 144, per il quale “*l'importanza*

dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”, prevede un giudizio all'esito del quale si pone un'alternativa “secca” tra la conservazione della parte negoziale residua, non immediatamente invalida, e l'estensione⁵² della nullità all'intero contratto⁵³; fatta salva, per effetto del secondo comma, l'ipotesi in cui “le clausole nulle sono sostituite da norme

del concetto di clausola sta nel fatto che a determinati effetti singole clausole possono ricevere una considerazione normativa specifica, diversa da quella del contratto nel suo insieme”. In giurisprudenza, v. la più ampia nozione di clausola come l'insieme delle proposizioni che dettano precetti convergenti, contemplando patti collegati nel dettare un regolamento unitario (Cass., SS. UU., 16 ottobre 1958, n. 3294, cit., 311), o addirittura come l'intero complesso di pattuizioni teleologicamente connesse (Cass. 26 giugno 1987, n. 5675, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2090 ss.). Vi è anche chi, come FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, 312 ss., individua una triplice tipologia di clausole: le clausole semplici, che trovano collocazione in un'unica proposizione; le clausole composte, che si traggono da più proposizioni che si integrano a vicenda; le clausole complesse, formate da più proposizioni che si compenetrano, in modo che le modalità espresse in una precisino la portata impegnativa della disposizione che è contenuta nell'altra. Non mancano poi le ricostruzioni del concetto di clausola in una prospettiva puramente sintattica: SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, 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. Pur dovendo riconoscersi l'esistenza nel codice civile di una nozione di clausola intesa come proposizione in senso formale – grammaticale, alla quale si richiama, tra l'altro, l'art. 1363 c.c. in materia di interpretazione negoziale, appare più plausibile ritenere che l'art. 1419 c.c. evochi un'idea sostanziale di clausola, perché è la clausola – precetto e non la clausola – proposizione a poter entrare in contrasto con la norma imperativa, e anche perché opinando diversamente si farebbe dipendere l'ambito di estensione (quantomeno “originaria”) della nullità dalla materiale formulazione dei patti negoziali e quindi dall'arbitrio dei contraenti. Nella condivisibile ricerca di una reale distinzione tra nullità parziale e nullità di singole clausole, si segnala il punto di vista espresso da TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 109, secondo il quale, diversamente dalla nullità di singole clausole, la nullità parziale propriamente detta ricorrerebbe “quando l'entità di una prestazione o la durata di un determinato effetto superano la misura fissata dalla legge, e il negozio è invalido per l'eccedenza”. Con il sintagma nullità parziale, dunque, il legislatore si riferirebbe ai casi in cui la nullità è interna ad un singolo precetto, invalido non in sé e nella sua interezza ma solo in parte e dal punto di vista quantitativo. Sulla possibilità che la nullità colpisca una parte di clausola e sull'importanza del concetto di “nullità per l'eccedenza” v. *infra*, 62 ss.

⁵² Il termine “estensione”, alla stessa stregua dei consimili “propagazione” e “contagio”, spesso utilizzati in questo ambito, evoca una duplicità di fasi che, a stretto rigore, non è dato rinvenire nella regola di cui all'art. 1419 c.c.. Il contratto, sin da principio, è interamente nullo oppure lo è solo in parte: TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., 105. Con ciò non si intende disconoscere alle suddette espressioni il pregio di agevolare la descrizione del procedimento logico – giuridico di cui il giudice deve farsi carico nell'applicare la norma.

⁵³ Del tutto minoritaria è la tesi secondo cui la disciplina in questione legittimerebbe anche un terzo esito, quello della conservazione attraverso il riequilibrio del regolamento negoziale residuo. Tale teoria si basa su un presunto frazionamento del giudizio di nullità parziale: una prima fase, disciplinata dal primo comma dell'art. 1419 c.c., sarebbe volta a stabilire se le parti avrebbero concluso il contratto; una seconda fase sarebbe deputata ad accertare se i contraenti avrebbero concluso il contratto a condizioni diverse, in applicazione dell'art. 1464 c.c.. Sul punto, più approfonditamente, v. *infra*, nota 557.

imperative”, nel qual caso il contratto resta senz’altro in piedi nella rinnovata conformazione assunta all’esito della sostituzione.

L’applicazione delle nuove nullità parziali, viceversa, produce risultati che sfuggono a questo rigido schema: in taluni casi alla nullità della clausola consegue il mantenimento in vita della parte contrattuale residua, normativamente imposto secondo il meccanismo della c.d. parziarietà necessaria⁵⁴ (art. 36 d.lgs. 206/05; art. 23 d.lgs. 58/98; artt. 117⁵⁵, 120-*ter*, 120-*quater* e 125-*bis* d.lgs. 385/93); in altre ipotesi alla caducazione della clausola consegue la reviviscenza di un regolamento dettato da norme dispositive, abusivamente o iniquamente derogate dalle parti (art. 7 d.lgs. 231/02; artt. 117⁵⁶ e 125-*bis* d.lgs. 385/93; art. 13, commi 3 e 5, l. 431/98); talvolta è prevista, eventualmente in alternativa all’applicazione delle norme dispositive, la riconduzione ad equità del rapporto 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*⁵⁸, gli artt. 3.2.7 dei Principi Unidroit⁵⁹ e 4:109 dei *Principles of European Contract Law*); non mancano, infine, ipotesi nelle quali il testo della disposizione omette di pronunciarsi circa la sorte della parte rimanente e l’eventuale sostituzione delle clausole cassate (artt. 5, 6 e

⁵⁴ Con l’espressione “parziarietà necessaria”, la quale non si riferisce alla nullità originariamente comminata bensì a quella che deriva dal suo trattamento normativo, si evocano le ipotesi in cui la nullità resta circoscritta alla parte immediatamente invalidata, essendo normativamente esclusa la propagazione del vizio all’intero contratto, e soprattutto le ipotesi in cui il contratto subisce una mera sottrazione della parte immediatamente nulla sopravvivendo nella sua dimensione residua: D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 167. In realtà l’espressione si presta a ricomprendere tutti i casi in cui la legge scarta *a priori*, anche solo implicitamente, l’estensione della nullità parziale alle altre clausole negoziali. Vi rientrano, dunque, le norme che dispongono sostituzioni giudiziali o legali della clausola nulla, perché anche esse sottintendono la regola secondo cui la nullità, a prescindere dal giudizio di essenzialità della clausola viziata, non si propaga alle altre parti del contratto.

⁵⁵ Il riferimento è qui, precisamente, al comma 7, lett. b), secondo periodo della disposizione.

⁵⁶ Si richiamano stavolta il comma 6 e il comma 7, lett. a), primo periodo.

⁵⁷ Secondo quanto stabilito dall’art. 3 del d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, le disposizioni introdotte dal decreto si applicano alle transazioni commerciali concluse a decorrere dal 1° gennaio 2013. Ciò implica che alle transazioni concluse prima di tale data continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti e, dunque, anche l’art. 7 d.lgs. 231/02 nella sua precedente formulazione.

⁵⁸ Sulla nozione di *soft law* v. *infra*, 168 ss.

⁵⁹ La nuova numerazione dell’articolo, nella versione dei Principi Unidroit del 2010, sostituisce quella delle edizioni precedenti (art. 3.10).

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).

Dal descritto scenario emerge una notevole eterogeneità di soluzioni, che non è il frutto di oscillazioni occasionali del legislatore. Alla base delle opzioni prescelte vi è, evidentemente, una linea razionale di politica del diritto che l'interprete non può esimersi dall'indagare.

3. La disciplina tradizionale della nullità parziale

Il percorso deve essere intrapreso mediante un'attenta e severa analisi del precetto generale di cui al primo comma dell'art. 1419 c.c.: una riflessione sul superamento della disciplina comune, e sulla correlativa proliferazione di norme settoriali, non può che rinvenire le proprie basi nella piena comprensione della regola codicistica.

La fattispecie ivi disciplinata è quella della nullità di parti o di singole clausole del contratto⁶⁰; e la norma detta il criterio per determinarne gli effetti, decretando la sorte della parte o delle clausole non direttamente colpite dalla nullità.

Va premesso, al riguardo, che una delle ipotizzabili conseguenze della nullità parziale, ossia il mantenimento in vita della porzione negoziale restante, presuppone necessariamente la salvezza dell'integrità strutturale del contratto: prescindendo dal parametro imposto dall'art. 1419 c.c., il problema del trattamento giuridico dell'invalidità parziale è comunque e anzitutto un problema di utilizzabilità della parte residua, della quale può prospettarsi una valida sopravvivenza solo in quanto essa sia dotata dei requisiti essenziali di struttura⁶¹.

Ciò posto, l'interprete ha il compito di chiarire se l'art. 1419 c.c., nello stabilire quando di un contratto parzialmente nullo possa essere salvata la parte "sana" e scindibile da quella invalida, si sia limitato ad accogliere tale istanza di ordine materiale, subordinando la conservazione ad una

⁶⁰ Sulla distinzione tra nullità parziale e nullità di singole clausole, v. *supra*, nota 51. D'ora in avanti, per comodità, le due situazioni verranno unitariamente richiamate mediante l'impiego del sintagma "nullità parziale".

⁶¹ IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, 1963, 805; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, 1970, 340. Si tratta di un vincolo di carattere giuridico – sistematico, per cui si può disporre la perdurante vigenza tra le parti del regolamento negoziale residuo solo quando questo esista giuridicamente (art. 1321 c.c.) e abbia i requisiti strutturali indispensabili ai fini della sua validità (art. 1326 c.c.). Diversamente D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 13, il quale considera il presupposto in questione come una condizione logica e pregiuridica. Nella letteratura tedesca l'attitudine della porzione restante del contratto a conservare un proprio significato negoziale, oltre che una propria completezza strutturale, assume la denominazione di *Teilbarkeit* e risulta decisiva nell'applicazione del § 139 BGB: SOERGEL, *Burgerliches Gesetzbuch*, 1939, sub § 139, Rn. 23.

valutazione di mera autosufficienza strutturale⁶², o abbia invece affiancato a tale presupposto condizioni ulteriori e ispirate ad esigenze differenti.

Varie, a questo proposito, sono le strade astrattamente percorribili dal legislatore: ipoteticamente, infatti, una clausola o parte può essere considerata inscindibile perché senza di essa il contratto non sta strutturalmente in piedi; oppure perché essa ha svolto un ruolo essenziale nella determinazione delle parti a concludere il contratto; oppure, ancora, perché la sua eliminazione comporterebbe una rilevante alterazione nell'assetto causale dell'operazione negoziale⁶³.

Ebbene, sin da tempi risalenti, è assunto ampiamente condiviso che l'espressione "*se risulta che i contraenti⁶⁴ non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*" vuole significare qualcosa di più di una semplice e meccanica separabilità, invocando piuttosto un giudizio diverso e ulteriore⁶⁵.

⁶² Tale impostazione è tuttora seguita negli ordinamenti di *common law*, sia pure in via recessiva. Nel sistema inglese, in particolare, l'indagine sulla volontà dei contraenti riveste tradizionalmente un ruolo marginale, e non si ritiene imprescindibile la valutazione circa l'influenza della caducazione parziale sull'economia contrattuale complessiva: la decisione circa la separabilità o meno della clausola – parte invalidata assume contorni per lo più formalistici in virtù della c.d. *blue pencil rule*, secondo cui la nullità dell'intero contratto è scongiurata soltanto quando sia possibile depennare la parte invalida con la "matita blu", senza con ciò travolgere la porzione rimanente o inficiarne ogni utilità, e l'eventuale salvezza della porzione residua non deve mai passare attraverso la riscrittura giudiziale anche di una sola parola del testo contrattuale. Sul punto v. 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. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, 1988, 336 ss.. L'illustrato canone sintattico viene però accantonato dalle Corti inglesi, specie nelle pronunce più recenti, quando si riscontra che la sua applicazione condurrebbe al risultato aberrante di stravolgere l'assetto degli interessi perseguiti dalle parti, o di privare addirittura il negozio di un'adeguata *consideration*. Un'emancipazione dal criterio formalistico è auspicata dalla dottrina inglese anche per i casi in cui esso si riveli incoerente con gli scopi che la singola previsione di nullità si prefigge: su questo ultimo aspetto, v. *infra*, nota 633.

⁶³ Al criterio strutturale, che funge da premessa necessaria, il legislatore può dunque affiancare parametri di natura diversa, fondati sull'opportunità di salvare il negozio privato della clausola disapprovata. In ciò va a concretarsi la politica legislativa di ciascun ordinamento in materia di nullità parziale.

⁶⁴ Il riferimento ai contraenti deve intendersi effettuato in senso disgiuntivo. La nullità, dunque, si estende all'intero contratto se risulta che uno solo dei contraenti avrebbe stretto il vincolo senza la parte invalida: CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, 1959, 118 ss.

⁶⁵ Sono del tutto minoritarie le prospettazioni dottrinali volte a ricostruire l'intero giudizio di nullità parziale sulla base del solo canone formale. La mera considerazione della separabilità meccanica di una parte è ritenuta dai più insufficiente a determinare la salvezza del regolamento negoziale residuo. È utile, a tal proposito, la distinzione tra atti negoziali e

L'interprete, una volta appurato che residua una porzione contrattuale sufficiente sul piano strutturale, è altresì tenuto a vagliarne il significato e la diversità rispetto al tenore originario del negozio.

Da un punto di vista strettamente testuale, il legislatore sembrerebbe incentrare il riscontro sul criterio volontaristico, chiedendo all'ermeneuta di valutare se la parte invalida sia stata determinante nella decisione delle parti di concludere il contratto. L'impostazione prevalente, tuttavia, tende a respingere una lettura puramente soggettivistica della norma, privilegiando un'interpretazione che sposta sul terreno oggettivo il canone decisivo per decretare l'estensione della nullità.

Già sul piano letterale, d'altronde, emerge l'estraneità al giudizio prescritto dall'art. 1419 c.c. di qualsivoglia indagine sull'attuale volontà di conservazione del negozio in capo ai contraenti: l'interprete è chiamato a verificare se le parti “*avrebbero concluso*” il contratto senza la parte nulla, e non se lo vorrebbero ancora senza quella parte⁶⁶.

beni materiali effettuata da GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1049 ss., secondo cui è la natura stessa del negozio giuridico a non consentire “*del contratto parzialmente nullo ... quell'uso che si fa della mela ammaccata in un solo punto*”. Del resto anche nel novero dei beni materiali non rileva sempre e soltanto la divisibilità materiale, poiché talora assume un'importanza decisiva anche la separabilità funzionale: si pensi all'automobile, inutilizzabile senza le ruote, e più in generale alla categoria economica dei beni complessi. Sottolineando l'insufficienza del criterio formale, taluni autori prospettano una seconda fase del giudizio di nullità parziale che andrebbe ad affiancarsi al primo e pregiudiziale vaglio sulla tenuta strutturale del negozio: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 45. Pare fuorviante, tuttavia, concepire il congegno normativo in un'ottica bifasica. La verifica di cui al primo comma dell'art. 1419 c.c. è un'operazione unitaria, integralmente riconducibile ad un unico criterio che “contiene” il presupposto minimo dell'autosufficienza strutturale. Può dirsi, cioè, che le parti certamente “*non avrebbero concluso*” il contratto senza quelle clausole necessarie ad integrarne i requisiti minimi di struttura. Anche in Francia, dove manca una disciplina espressa della nullità parziale che vincoli l'interprete, la regola accolta dalla dottrina maggioritaria e generalmente applicata dalla giurisprudenza è quella della valutazione circa il ruolo “*impulsive et determinante*” della clausola invalida.

⁶⁶ Incerto D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 1 ss. e 56 ss., il quale, se da un lato sostiene che la volontà da accertare non sia quella effettiva, dall'altro accenna alla necessità di una volontà di conservazione da parte dei contraenti, affermando che “*la regola è soprattutto preoccupata di evitare alle parti di stipulare due volte lo stesso contratto, e certo elude ogni conflitto con i valori dell'autonomia privata*”, e che “*l'art. 1419 dà ingresso ad una scelta operativa razionale, evitando che le parti debbano ripetere un contratto cui, nonostante la parziale nullità, restino interessate*”. Se così fosse, la norma sarebbe al contempo stravagante e paradossale: stravagante, perché l'interesse tutelato dal legislatore sarebbe quello a non perdere tempo nel procedere ad una nuova stipulazione (la quale peraltro, a ben vedere, non sarebbe neppure indispensabile: le parti ben potrebbero scegliere di eseguire il contratto nullo, ferme restando le controindicazioni di una tale opzione che lascerebbe spazio a successive domande di ripetizione dell'indebito); paradossale, perché la soluzione migliore per rispettare

Deve escludersi, poi, che la disposizione intenda richiamare una volontà effettiva passata, riferita al momento della stipulazione: in disparte l'inequivoco utilizzo del condizionale da parte del legislatore, di norma i contraenti non maturano alcuna volontà sulla sorte del negozio per l'ipotesi di una sua parziale invalidità⁶⁷.

Ad essere evocata quindi è una volontà ipotetica, la quale consiste nella scelta, di contrarre o meno, che le parti avrebbero compiuto qualora il regolamento negoziale si fosse presentato sin dall'inizio nella conformazione che scaturisce dalla nullità parziale⁶⁸. In altri termini,

l'autonomia privata sarebbe proprio quella di invalidare l'intero negozio, rimettendo ai contraenti l'iniziativa di una nuova stipulazione priva delle clausole nulle (chi può essere il miglior interprete dell'effettiva volontà delle parti, se non le parti stesse?). Invero il legislatore intende imporre il mantenimento del regolamento residuo e della sua vincolatività anche in situazioni nelle quali, per avventura, una delle parti alleggi la propria volontà di estensione della nullità, secondo una logica di conservazione che, quindi, talvolta prevale sulle ragioni dell'autonomia negoziale. Specularmente, ben può darsi il caso in cui l'applicazione dell'art. 1419 c.c. produca la caducazione del contratto pur in presenza di un'attuale volontà di conservazione in capo alle parti. Sul carattere "conformativo" dell'art. 1419, comma 1, v. *infra*, 57 ss.

⁶⁷ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 18 ed., 2009, 242; SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, 1971, 33 ss.; CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, 1974, 32 ss.. Non convince invece l'idea secondo cui se i contraenti hanno voluto il negozio per intero vuol dire che non ne hanno voluto soltanto una parte, per cui la ricerca di una volontà effettiva, avente ad oggetto il contratto che residua dalla nullità parziale, condurrebbe sempre e comunque all'estensione della nullità, come sostengono D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 58, e GENTILI, *La risoluzione parziale*, 1990, 146: non è dato rinvenire un'incompatibilità logica tra volontà del tutto e volontà di una parte, le quali invece possono perfettamente coesistere; ed anzi, nella non infrequente ipotesi in cui le parti abbiano previsto e disciplinato il caso della nullità di parti o clausole, è ragionevole ritenere che l'interprete debba quantomeno tenerne conto, cercando di evitare la sovrapposizione di una volontà ipotetica a quella reale. Secondo BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 639, nota 103, una volontà reale renderebbe addirittura vano il ricorso al giudizio di essenzialità, perché "se si dimostrasse che le parti avevano una soluzione di riserva per il caso di nullità saremmo al di fuori della previsione normativa, dovendosi semplicemente applicare la volontà delle parti". Sul punto, con particolare riguardo al c.d. patto di essenzialità (o di inscindibilità) della clausola, v. *infra*, 34 ss.

⁶⁸ FILANTI, voce *Nullità*, cit., 6; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 190. Per la concezione della *hypotetischer wille* nella letteratura tedesca v. PIERER VON ESCH, *Teil nichtige Rechtsgeschäfte, Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 Bgb*, 1968, 54 ss.. Numerosi 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.: CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., 61 e 116.; M. C. CATAUDELLA, *Contratti di lavoro e nullità parziale*, 2008, 39; SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., 28 ss.; 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. Diversamente D'ANTONIO, *La*

occorre appurare se le parti, al momento della stipulazione, avrebbero voluto concludere un negozio il cui contenuto corrisponde a quello che il contratto parzialmente nullo ha assunto senza la parte immediatamente invalidata⁶⁹.

Una tale volontà, proprio in quanto ipotetica e situata nel passato, si rivela del tutto inafferrabile. Per questo è ragionevole ritenere⁷⁰, alla luce di un'interpretazione teleologico – sistematica, che la norma evochi in realtà una valutazione di carattere obiettivo⁷¹; valutazione che, ad avviso della

modificazione legislativa del regolamento negoziale, 1974, 86, il quale osserva come nell'ipotesi del primo comma dell'art. 1419 c.c. il legislatore finisca per reputare meno stridente il conflitto tra valori dell'autonomia negoziale e principio dell'*utile per inutile non vitiatur*, proprio perché, al contrario che nella conversione disciplinata dall'art. 1424 c.c., si dà luogo solo ad una riduzione e non invece ad uno stralcio. L'identificazione della volontà ipotetica con quella che i contraenti avrebbero maturato "*se avessero conosciuto la nullità*" ha l'inconveniente di impedire *in nuce* la conservazione del contratto ogni qual volta si accerti che le parti erano consapevoli della nullità delle clausole al momento della stipulazione. Su un piano puramente logico, invece, la nozione di volontà ipotetica non implica necessariamente un tale postulato: nulla autorizza ad escludere che due contraenti, pur al corrente della nullità di una parte del contratto, lo avrebbero concluso anche senza quella parte. È preferibile allora ritenere, più conformemente alla più vaga formulazione dell'art. 1419, che la circostanza della conoscenza della nullità da parte dei contraenti non debba considerarsi decisiva nella valutazione circa l'essenzialità del patto nullo.

⁶⁹ Nell'utilizzare il verbo "*risulta*", l'art. 1419 c.c. non chiarisce se il riscontro debba necessariamente avvenire nell'ambito del contratto effettivamente stipulato, oppure possano essere utilizzati anche elementi che si pongono al di fuori di esso. Non appare decisiva, sul punto, la contrapposizione tra tesi volontaristiche e teorie oggettive: la volontà ipotetica dei contraenti la si può ricercare nelle sole risultanze del testo negoziale, oppure al di fuori di esso; e, analogamente, l'assetto degli interessi può essere ricostruito tanto mediante un'analisi interna al negozio, quanto avvalendosi di "materiale" estraneo alla singola pattuizione. Il problema rientra nel più ampio e annoso dibattito su come debba risalirsi all'intenzione dei contraenti (1362 c.c.), cruciale nell'interpretazione del contratto: C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, 1992, 46 ss. e 256 ss.; P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, 1962, 80. Per un'analisi ad ampio raggio sembra deporre Cass. 11 giugno 1991, n. 6616, in *Giust. civ.*, 1992, II, 2826: "*Tale effetto estensivo della nullità della clausola all'interno contratto ... deve essere allegato e provato tempestivamente dalla parte che vi ha interesse ... comportando un'indagine di fatto sulla volontà delle parti*". Similmente Cass. 1 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2438. L'orientamento estensivo prevale in relazione alle ipotesi di collegamento negoziale, in cui gli interessi delle parti vengono ricavati dall'insieme dei negozi funzionalmente rivolti alla realizzazione dell'operazione economicamente unitaria: Cass. 18 gennaio 1988, n. 321, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1214; Cass. 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1093; e, in dottrina, TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., 510 ss.; nonché FUSARO, *La nullità parziale*, in *Giur. sist.* di Bigiavi, I contratti in generale, diretto da *Alpa e Bessone*, III, 1991, 405.

⁷⁰ La questione della ricerca di una volontà passata è stata oggetto di cospicue elucubrazioni nel settore del diritto penale, con riferimento sia alla volontà effettiva, nell'ambito della problematica inerente alla prova del dolo, che a quella ipotetica, ad esempio in tema di errore di fatto ex art. 47 c.p.. In campo civilistico, si pensi ai procedimenti logico – giuridici che conducono alle valutazioni di essenzialità dell'errore ex art. 1429 c.c. e di illiceità del contratto nel caso di cui all'art. 1345 c.c..

⁷¹ FILANTI, voce *Nullità*, cit., 6; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., 252; ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv.*

dottrina e della giurisprudenza dominanti, ha ad oggetto tanto la perdurante utilità della parte non immediatamente invalidata, secondo il brocardo “*utile per inutile non vitiatur*”,⁷² quanto la compatibilità della porzione residua con l’atto originario di autonomia⁷³.

La combinazione dei due criteri, secondo un insegnamento tradizionale, riflette la mediazione che il legislatore ha inteso realizzare tra l’interesse ordinamentale alla conservazione del contratto e la tutela dell’autonomia contrattuale⁷⁴. Il cuore del problema, allora, risiede nell’individuare la

Dir. Civ., 1971, I, 686 ss. La convinzione è fortemente radicata anche in giurisprudenza: su tutte Cass., 1 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, 2439 ss., secondo cui “*in caso di nullità parziale di un negozio, l’indagine diretta a stabilire se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con criterio oggettivo*”. Non dissimile è l’atteggiamento della dottrina tedesca nei confronti del § 139 BGB: v. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 1975, 578.

⁷² Cass. 10 gennaio 1975, n. 91, in *Giust. civ.*, 1975, III, 193; Cass. 17 aprile 1980, n. 2546; Cass. 1 marzo 1995, n. 2340, cit.; Cass. 29 maggio 1995, n. 6036, in *Arch. Loc. e cond.*, 1995, fasc. 4, 825; Cass. 5 luglio 2000, n. 8970, in *Foro it.*, 2000, I, 2782; Cass. 19 luglio 2002, n. 10536, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 2858; Cass. 5 maggio 2003, n. 6756, in *Mass. Foro it.*, 2003, 1732; Cass. 21 maggio 2007 n. 11673.

⁷³ ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 688; D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 13; nonché GRASSETTI, voce *Conservazione*, (principio di), in *Enc. dir.*, IX, 1961, 176, il quale discorre di “*contiguità del regolamento residuo con quello originariamente predisposto dalle parti*”.

⁷⁴ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 190-191: “*C’è una tendenza legislativa, economicamente e socialmente utile, alla conservazione di efficacia degli atti giuridici ... è in questo quadro che l’art. 1419 c.c. fissa la regola dell’utile per inutile non vitiatur*”. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., *passim*, segnala che la preferenza del legislatore italiano per la conservazione del negozio costituisce eredità del tradizionale diritto canonico, e rileva altresì che un’analoga tendenza non si rinviene in altri ordinamenti come quello tedesco, che viceversa adotta come criterio di massima quello dell’invalidità totale: v. il § 139 BGB in *Bürgerliches Gesetzbuch*, trad. a cura di Patti, 2005, 69, a norma del quale “*se è nulla una parte di un negozio giuridico è nullo l’intero negozio giuridico, se non è da ritenere che esso sarebbe stato posto in essere anche senza la parte nulla*”. Sulla scorta del principio di conservazione, oltre che facendo leva proprio sulla formulazione letterale antitetica rispetto a quella utilizzata dal legislatore tedesco, si è diffusa la convinzione che l’art. 1419, comma 1, c.c. ponga la nullità parziale quale regola e quella totale come eccezione. Per questa ragione spetterebbe all’interessato l’onere di provare l’estensione della nullità all’intero contratto, non essendo quest’ultima rilevabile d’ufficio dal giudice: Cass. 20 maggio 2005, n. 10690, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, secondo la quale “*l’estensione all’intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto ... ha carattere eccezionale, perché deroga al principio generale della conservazione del contratto*”; nonché Cass. 19 luglio 2002, n. 10536, cit., secondo cui “*la conservazione del negozio giuridico affetto da nullità parziale, nel sistema del codice civile, è la regola mentre l’estensione all’intero negozio degli effetti di tale nullità costituisce l’eccezione che deve essere provata dalla parte interessata*”. Similmente Cass. 29 maggio 1995, n. 6036, cit., e Cass. 10 marzo 1980, n. 1592, in *Giur. it.*, 1980, I, 1586. In realtà l’eccezionalità o meno dell’estensione della nullità va stabilita sulla base del criterio accolto dalla norma, e non in base all’ordine degli enunciati. In tal senso vi è una sostanziale affinità tra la regola italiana e quella tedesca, visto che, a dispetto della formula speculare che caratterizza il § 139 BGB, le due norme utilizzano il medesimo parametro per stabilire le conseguenze della nullità parziale. Tale parametro, in entrambi gli ordinamenti, non autorizza l’interprete a configurare tra i due prospettati esiti un rapporto di regola – eccezione: ROPPO, *Nullità*

collocazione precisa del punto di equilibrio che la norma ha fissato tra le due esigenze potenzialmente contrapposte; e la soluzione passa, ineludibilmente, attraverso una compiuta specificazione dei due summenzionati parametri, postulati dall'espressione "avrebbero concluso".

Il primo di essi, quello della perdurante utilità, non presenta particolari difficoltà interpretative: esso deve intendersi come sussistenza, nella parte negoziale restante e ad onta della caducazione di una o più clausole, di una causa riferibile ad entrambi i contraenti⁷⁵.

È decisamente più complicato, invece, definire con precisione i contorni dell'altro criterio, sul quale non a caso si concentrano da sempre le attenzioni degli studiosi: quello della compatibilità del regolamento contrattuale residuo con l'atto originario di autonomia. In particolare, posto che il giudizio di compatibilità ha certamente ad oggetto l'assetto complessivo degli interessi cristallizzato dalle parti nel contratto, si tratta di stabilire quando tale assetto possa dirsi realmente alterato, ciò ostando al mantenimento in vita della parte restante (pur eventualmente utile) del contratto; e tale valutazione riguarda il ruolo svolto dalla clausola invalida nell'economia del negozio⁷⁶.

Il problema non si pone in presenza di accordi espliciti dei contraenti volti a spiegare il peso che essi hanno inteso attribuire a una determinata parte del

parziale del contratto e giudizio di buona fede, cit., 716; ma *contra v. ALBANESE, Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 1193, nota 39; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 217, nota 100. Su un piano differente va collocata poi la questione dell'onere probatorio, sulla quale, peraltro, le tradizionali diversità di vedute tra la dottrina italiana e quella tedesca tendono a stemperarsi: FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., 581 ss.

⁷⁵ La valutazione circa la perdurante sussistenza dell'elemento causale, sia pur eventualmente mutato, costituisce parte di quel più ampio giudizio di sufficienza strutturale che, come detto in precedenza, rappresenta il presupposto logico – giuridico per la conservazione della porzione residua di contratto.

⁷⁶ Nelle massime della Cassazione il peso funzionale della clausola viene solitamente rappresentato mediante il concetto di scindibilità – inscindibilità della clausola stessa: Cass. 15 dicembre 1982, n. 6917, in *Rep. foro it.*, 1982, n. 223; Cass. 19 aprile 1982, n. 2411, in *Rep. foro it.*, 1982, n. 224; Cass. 29 maggio 1995, n. 6036, cit.; Cass. 19 luglio 2002, n. 10536, cit.. Talvolta, poi, il richiamo è all'interdipendenza delle clausole: Cass. 25 marzo 1998, n. 3155. Le suddette formule, lungi dall'evocare una mera divisibilità materiale, rinviano ad una separabilità che investe anche il punto di vista funzionale: tra le più risalenti, Cass. 22 febbraio 1947, in *Giur. It.*, 1947, 442, secondo cui "il principio utile per inutile non vitiatur è applicabile se la parte o clausola nulla del contratto abbia esistenza autonoma; ma se si tratta invece di parte o clausola nulla che, sebbene materialmente disgiunta dal contratto relativo, sia con questo in correlazione inscindibile e funzioni come condicio causam dans o sine qua non, in tal caso il detto principio non si applica, perché la nullità parziale investe e travolge tutta la convenzione".

regolamento contrattuale⁷⁷. Si pensi al c.d. patto di essenzialità (o di inscindibilità), mediante il quale le parti assumono determinati interessi a presupposto del contrarre, convenendo espressamente nel ritenere imprescindibile una specifica clausola⁷⁸ per la tenuta complessiva del negozio: un tale patto, pur intendendosi il criterio della volontà ipotetica nella menzionata ottica obiettiva, non può certo essere ignorato, visto che l'oggetto primo della comparazione è l'assetto originario degli interessi, dal quale non può arbitrariamente estromettersi proprio un patto, come appunto quello di essenzialità, che contribuisce in maniera determinante a delineare tale assetto⁷⁹.

Quando invece manca un'espressa pattuizione sul punto, l'interprete è costretto a rinvenire altrove il criterio per stabilire se la nullità si estende all'intero contratto.

⁷⁷ ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 700: "Il problema della nullità parziale ... non si pone se non quando gli interessati abbiano mancato di provvedere e/o disciplinare l'eventualità della nullità di un patto".

⁷⁸ Ma il patto ben può riferirsi a tutte le clausole, stabilendosi che ognuna di esse è imprescindibile per il compimento di un'operazione negoziale che, altrimenti, non si vorrebbe realizzare. Un tale patto, peraltro, non è infrequente nella contrattazione commerciale e in particolare nei c.d. contratti standardizzati: TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., 155.

⁷⁹ Il patto entra a far parte di quell'assetto di interessi che costituisce l'oggetto del giudizio di essenzialità, influenzandone l'esito in maniera determinante: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 113 ss.; CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit., 47; ma v. anche TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., 156, secondo il quale "una soluzione diversa tradirebbe profondamente lo spirito (improntato all'autonomia) dell'art. 1419 c.c.". Si veda però, da ultimo, Cass. 11 luglio 2012, n. 11749, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 1 ss., con nota di BACHELET: "Anche in presenza di una volontà ostile alla nullità solo parziale, stabilire l'ambito di incidenza dell'impedimento opposto dalla nullità e l'eventualità della sua propagazione a tutto il negozio, è compito dell'ordinamento e del giudice". In ogni caso il patto di essenzialità della clausola non sembra integrare una deroga pattizia all'art. 1419 c.c., né tantomeno implicare la superfluità della regola in esso contemplata; esso pare comportare, piuttosto, l'applicazione della norma ad un'ipotesi che è particolare proprio perché il fatto che "i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte" risulta esplicitamente dal testo del contratto (*contra* TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., 155). Un discorso a parte va fatto con riguardo alle discipline speciali della nullità parziale, ogni qual volta esse impongano la conservazione del contratto a prescindere dalla volontà originariamente esplicitata dai contraenti: in questi casi il patto di inscindibilità, ponendosi in contrasto con la *ratio* della previsione di nullità, deve ritenersi inefficace e dunque non vincolante per l'interprete. A conclusioni analoghe può giungersi con riferimento al secondo comma dell'art. 1419 c.c., dal quale un patto di inscindibilità della clausola non pare essere affatto tollerato: la norma prescrive la conservazione del negozio a dispetto di una contraria volontà delle parti, nell'ambito di una disciplina che non intende soltanto sostituire in via legale le clausole nulle (a ciò provvede l'art. 1339 c.c.) ma anche mantenere coattivamente in vita il contratto così modificato (ed è questo, appunto, il compito cui assolve l'art. 1419, comma 2, c.c.). Diversamente C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit. 1164.

Una chiave di lettura proposta è quella che distingue a seconda che la nullità colpisca clausole accessorie o principali: solo nel primo caso la conservazione potrebbe avere luogo, essendo preservata l'identità degli interessi fondamentali perseguiti dai contraenti⁸⁰. Si fa leva, segnatamente, sull'argomento secondo cui un contratto, se spogliato di una clausola essenziale ai fini della sua connotazione tipologica, non può essere tenuto in vita perché in tal modo se ne realizzerebbe indebitamente la conversione in un negozio diverso⁸¹.

A ben vedere, una siffatta classificazione dicotomica delle clausole negoziali non apporta alcun contributo significativo all'interpretazione dell'art. 1419 c.c.. Se certamente principali sono le clausole la cui eliminazione compromette l'oggetto o la causa del contratto, sotto questo

⁸⁰ TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, cit., 901 ss.: *“I soggetti ... possono completare la struttura essenziale del negozio con proposizioni o clausole accessorie. Le clausole principali caratterizzano lo schema negoziale prescelto ... le seconde, pur assumendo importanza nella programmazione delle parti, presuppongono sempre le clausole principali senza le quali non potrebbero assumere rilevanza alcuna. Dalle clausole fondamentali emerge l'interesse fondamentale programmato dalle parti e rispetto al quale si chiede la garanzia della sua realizzazione: dalle clausole accessorie emergono interessi ulteriori e coordinati a quelli fondamentali.”*; ma lo stesso A. è costretto ad ammettere che *“la distinzione, in astratto chiara ed evidente, in concreto risulta meno decisa perché nel contesto complessivo dell'assetto perseguito dalle parti gli interessi sono combinati e connessi in modo tale che è difficile separare le diverse clausole ed ipotizzare la sopravvivenza di alcune senza le altre”*. L'A., peraltro, ragiona con la logica della causa in astratto. Egli afferma, infatti, che *“non avrebbe senso pratico impedire la realizzazione degli interessi caratterizzanti lo schema per vizi riferibili esclusivamente a clausole o parti accessorie”*. Se appare in sé complicata la distinzione tra interessi fondamentali e interessi accessori, definire accessorie quelle clausole che non potrebbero assumere rilevanza senza le principali significa contraddire la nozione stessa di clausola, comunemente intesa come frazione del regolamento negoziale suscettibile di considerazione autonoma: v. *infra*, 71. In giurisprudenza, tra le pronunce più risalenti, v. Cass. 12 febbraio 1947, cit.: *“Una clausola contrattuale nulla in tanto può inficiare di nullità l'intero atto in quanto si riferisce ad un elemento principale del negozio giuridico a cui inerisce e quando vi sia fra essa e le altre pattuizioni tale connessità da non potersi considerare le une senza le altre”*.

⁸¹ La tesi presenta l'inconveniente di non essere applicabile ai contratti atipici: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 39. In effetti la conversione del negozio, che non è espressamente contemplata dall'art. 1419 c.c. come possibile esito della nullità parziale, si basa sui diversi presupposti dettati dall'art. 1424 c.c., tra i quali è da annoverarsi la nullità dell'intero contratto. Ciò non toglie che il criterio adottato dal comma 1 dell'art. 1419 si riferisce solo ed esclusivamente allo scopo perseguito dalle parti. È ragionevole ritenere, allora, che la nullità di una clausola integrante un elemento essenziale per il tipo non comporti l'invalidazione dell'intero contratto ogni qual volta il regolamento residuo, sia pure sussumibile in un tipo negoziale differente, presenti una perdurante idoneità al raggiungimento dello scopo perseguito dai contraenti. L'argomento tipologico può al più fungere da indizio, suscettibile di smentita mediante indici oggettivi (ad esempio, l'interesse corrispettivo) o soggettivi. In ultima analisi, da un lato bisogna ammettere la possibilità di una trasformazione del tipo contrattuale come risultato dell'applicazione dell'art. 1419 c.c., dall'altro non è condivisibile l'orientamento di chi qualifica tale fenomeno come conversione. Su una posizione mediana si attesta GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 140, nota 39.

profilo la nozione di clausola principale si rivela perfettamente sovrapponibile a quella di elemento essenziale⁸². D'altro canto, qualora si intendesse emancipare la nozione di clausola principale da tale sovrapposizione, non resterebbe che ancorare l'essenzialità della clausola alla sua decisività in relazione agli interessi (in concreto, e non a livello di tipo) perseguiti dalle parti⁸³.

Al di là di queste infeconde tassonomie, dunque, il nodo cruciale sta nel delimitare in concreto e con esattezza il campo degli interessi decisivi per le parti⁸⁴ il cui perseguimento, pena l'estensione della nullità all'intero contratto, deve restare sostanzialmente impregiudicato. Ciò implica,

⁸² È logico, dunque, che numerose massime giurisprudenziali facciano riferimento all'essenzialità dell'elemento, invece che della clausola, oggetto della nullità: Cass. 19 luglio 2002, n. 10536, cit., secondo cui *“l'estensione all'intero negozio degli effetti di tale nullità ... si verifica quando la nullità è relativa ad un elemento essenziale del negozio o ad una pattuizione legata alle altre da un rapporto di interdipendenza ed inscindibilità”*; e Cass. 1 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, 2439 ss., per la quale *“la nullità di una clausola di un contratto invalida l'intero negozio ... allorché la nullità si riferisca ad un elemento essenziale di esso, ovvero si trovi in correlazione inscindibile con il rimanente regolamento di interessi e funzioni come presupposto, in modo tale che esso non possa sussistere autonomamente”*. Vi è da precisare, peraltro, che le suddette massime intendono per *“nullità relativa a un elemento essenziale”* quella che colpisce l'elemento essenziale nella sua interezza, privando il negozio del suo contenuto minimo, e non invece qualunque nullità che in qualche maniera investa la determinazione dell'oggetto del contratto. Quando la nullità va ad intaccare un elemento essenziale solo in parte, colpendo una delle voci che compongono l'obbligo di una delle parti, la salvezza del contratto non è affatto esclusa, ma è subordinata all'esito positivo della verifica sulla perdurante utilità del regolamento negoziale con l'oggetto ridotto: Cass. 19 aprile 1982, n. 2411, in *Rep. foro. it.*, 1982, voce *Contr. in genere*, n. 244; Cass. 29 maggio 1995, n. 6036, cit.. Di diverso avviso, in dottrina, FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, 274: *“Ove in un contratto sia previsto un corrispettivo complesso, cioè una pluralità di prestazioni, la eventuale nullità che riguardi una di queste prestazioni, proprio perché tocca un elemento essenziale, travolge necessariamente l'intero contratto”*.

⁸³ L'assetto degli interessi perseguiti dalle parti non ha a che fare col tipo bensì con la causa del contratto: Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *I contratti*, 2007, n. 7, 621. Da questo punto di vista, la selezione degli interessi rilevanti è analoga a quella che da tempo suggerisce la dottrina della presupposizione per la ricostruzione della c.d. *“base negoziale”* (concetto elaborato dalla letteratura tedesca col nome di *Geschäftsgrundlage*): BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, 2003, 5 e 95 ss.. Sulla base di ciò, dovrebbe ritenersi principale quella clausola che risulti preminente in relazione alle intenzioni delle parti o alla logica dell'affare: A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, 1966, 202 ss.. Tuttavia questo ragionamento non apporta contributi concreti, recando piuttosto l'unico vantaggio di generare una terminologia a valenza meramente descrittiva: GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 140.

⁸⁴ Il carattere decisivo o meno di un interesse, e dunque della clausola che è rivolta alla sua realizzazione, non può inferirsi dall'utilizzo che il singolo contraente, considerato in concreto nella sua individualità, intenda fare della prestazione o dell'effetto giuridico contemplati in suo favore, poiché dal tenore del contratto tale intenzione non è quasi mai desumibile con esattezza. La ricostruzione dell'interesse non può che attenere alla maniera in cui un *“normale”* contraente si servirebbe delle risultanze negoziali, fermo restando che la valutazione non deve arrestarsi al piano tipologico ma deve aver riguardo alla causa concreta del contratto: A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 2 ed., 2000, 205 e 266.

evidentemente, un'operazione bifasica che consta di una preliminare interpretazione del negozio originario⁸⁵ e di una (logicamente) successiva selezione degli interessi rilevanti ai fini del giudizio di comparazione⁸⁶.

Si registra, a questo riguardo, una notevole difformità di approccio tra gli autori che invocano l'applicazione del canone di buona fede⁸⁷ e quelli che invece svolgono il raffronto tra il contratto originario e la parte negoziale residua su un piano puramente causale⁸⁸: i primi, infatti, considerano ineluttabile l'estensione della nullità all'intero contratto ogni qual volta

⁸⁵ 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: D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., 243; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, 1975, 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.

⁸⁶ La quantità e qualità dei dati presi in considerazione è decisiva per le sorti del giudizio di nullità parziale: GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 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 BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 268 ss., bisogna verificare la portata dell'interesse con riguardo alla "importanza che la soddisfazione di esso riveste nel piano economico del soggetto".

⁸⁷ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 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*: ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 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 BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 319, il quale denuncia i rischi di arbitrio giudiziale cui condurrebbe una siffatta interpretazione del criterio contemplato nell'art. 1419, comma 1, c.c..

⁸⁸ TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, cit., 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: 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: soltanto il riscontro di significative alterazioni funzionali impedirebbe all'interprete di optare per la sopravvivenza della parte residua del contratto.

risultino mutati gli equilibri nei vantaggi che le parti ottengono dal negozio⁸⁹; i secondi, diversamente, ritengono che la modificazione dell'equilibrio negoziale non sia di per sé ostativa al mantenimento in vita del contratto, dovendosi di volta in volta verificare se tale modificazione produce un'alterazione della causa negoziale⁹⁰.

Questo snodo è cruciale nei suoi risvolti applicativi. L'estensione della nullità all'intero contratto, se ricollegata all'impossibilità di realizzare la causa originaria, finisce col costituire un'evenienza meno frequente. Di contro, ritenendo che la norma consenta la conservazione del contratto modificato dalla nullità solo quando esso arrechi a ciascuna parte i medesimi vantaggi garantiti dalla versione iniziale, si addivene quasi sempre all'esito dell'invalidazione totale⁹¹.

La giurisprudenza sul punto si mostra prudente ed equilibrata, nell'intento di realizzare un adeguato contemperamento tra l'istanza di conservazione e il

⁸⁹ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 193 e 242: "Il problema è allora quello di dare una valutazione giuridica, che realizzi gli interessi delle parti in modo ... conforme, nella misura del possibile, a quell'equilibrio che le parti stesse intendono realizzare con il negozio. Nei contratti a prestazioni corrispettive ciò significa, in particolare, che la nullità di singole clausole travolge l'intero contratto se essa viene a turbare il rapporto di valore fra prestazione e controprestazione ... il resto del negozio, privato della parte nulla, potrà restare in piedi se conserva un senso e un'utilità, senza squilibri per le parti interessate". Secondo la teoria in parola, peraltro, l'art. 1419 c.c. legittimerebbe ad invocare l'estensione della nullità la sola parte svantaggiata dal nuovo equilibrio contrattuale, poiché l'azione per l'accertamento della nullità totale ad opera del contraente avvantaggiato costituirebbe un comportamento contrario a buona fede e, più specificamente, un abuso del diritto di azione. Può eccepirsi, a questo riguardo, che l'art. 1419 c.c. decide della sorte del contratto a prescindere da quale parte assuma l'iniziativa; non può ignorarsi, d'altro canto, il dato positivo della legittimazione assoluta all'azione di nullità (art. 1421 c.c.). La giurisprudenza, piuttosto, fa leva sul difetto dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., inteso come possibilità di ottenere dalla sentenza un risultato utile in relazione ad un diritto che si assume leso o contestato: v. Cass. 3 febbraio 1995, n. 1306, in *Giur. It.*, 1996, I, 252 ss., secondo cui "tale interesse deve essere negato per la parte che pretende di estendere la nullità di una clausola per sé sfavorevole anche a tutto il contratto se questo contenga solo altre clausole favorevoli o che non siano chiaramente legate alla clausola nulla, perché la nullità di una clausola sfavorevole per una parte, fino a quando non sia estesa alle clausole favorevoli, può arrecare alla parte medesima solo un vantaggio".

⁹⁰ L'equilibrio contrattuale, di per sé, costituirebbe un profilo estraneo alla causa. Sul punto v. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 613: "L'iniquità delle condizioni non contrasta con la funzione tipica del contratto, né con la sua causa concreta".

⁹¹ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 62: "Dietro la ricerca di un assetto di interessi il più possibile conforme sempre si insinua il rischio di vedere l'interesse originario delle parti non integralmente rappresentato dal nuovo negozio risultante dalla caducazione: con la conseguenza - considerato che il regolamento depurato della clausola nulla certo in qualcosa dovrà differire da quello originariamente costruito dalle parti - della sostanziale obliterazione della scelta prudentemente conservativa dell'art. 1419 c.c.". Similmente GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 159: "Ricercando gli scopi specifici del caso, è ben difficile che non emerga l'importanza che almeno una delle parti annetteva a ciascuna singola clausola pattuita".

rispetto della volontà privata o, se si preferisce, tra il principio *dell'utile per inutile non vitiatur* e il valore dell'autonomia negoziale⁹². Tale contemperamento comporta che la proporzione tra le prestazioni può essere legittimamente “scalfita”⁹³ ogni qual volta la sopravvivenza del regolamento parziale consenta la piena realizzazione dell'assetto di interessi perseguito, sia pure con un ridimensionamento quantitativo dei vantaggi in capo ad uno dei contraenti⁹⁴.

In quest'ottica, la nullità parziale importa la nullità dell'intero contratto solo quando viene a constatarsi che la salvezza del regolamento residuo implicherebbe una modificazione della causa negoziale o un completo stravolgimento dell'equilibrio contrattuale. Di contro, se la parte non invalida reca ai contraenti un'utilità che si avvicina molto a quella inizialmente pensata, seppur con equilibri lievemente mutati⁹⁵, la nullità non si estende all'intero contratto⁹⁶.

⁹² 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 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 idoneo 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.

⁹³ In ciò risiede la potenzialità “conformativa” della nullità parziale codicistica: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 10; GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 434; CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit., 43 ss.

⁹⁴ Tra le tante Cass. 19 luglio 2002, n. 10536, cit., che ha salvato un contratto stipulato tra il Comune di Albenga e una ditta di servizi pubblicitari nonostante la nullità della clausola che attribuiva alla società concessionaria un corrispettivo più significativo di quello consentito dalla legge.

⁹⁵ DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., 403; ma v. anche 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 D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 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: l'interprete, una volta accertati gli interessi delle parti e lo squilibrio generato dalla nullità parziale, dovrebbe propendere per la

In ciò risiede il sacrificio dell'autonomia negoziale che l'ordinamento tributa, prima ancora che alla fecondità economico – giuridica del principio di conservazione, alla crucialità sistematica della regola secondo cui “*il contratto ha forza di legge tra le parti*” (art. 1372 c.c.)⁹⁷: sotto questo profilo, il primo comma dell'art. 1419 c.c. stabilisce che la nullità parziale non costituisce una ragione sufficiente per liberarsi dalla vincolatività del contratto, a meno il venir meno della parte o clausola nulla non comporti una rilevante alterazione dell'assetto causale⁹⁸.

In ultima analisi, il giudizio di nullità parziale intende mediare tra la logica della conservazione e il rispetto dell'autonomia privata, assumendo quest'ultima come punto di partenza⁹⁹ e ponendo come condizione e limite di un allontanamento da essa, oltrepassato il quale la nullità deve estendersi

conservazione del contratto residuo quando ritenga irrilevante, rispetto all'assetto di interessi originario, la doglianza di una della parti circa il nuovo equilibrio contrattuale. La difficoltà sta nel tracciare un confine netto e preciso tra ridimensionamento e stravolgimento dell'interesse. Ad ogni modo è ragionevole ritenere che, quando la nullità parziale ha ad oggetto una componente quantitativa della principale attribuzione – prestazione corrispettiva, la valutazione debba incentrarsi sulla perdurante convenienza oggettiva dell'affare per quel contraente che si vede ridurre il proprio vantaggio.

⁹⁶ In tal modo il giudizio sull'essenzialità della clausola o parte nulla assume i medesimi contorni di quello che conduce, sulla base della formulazione dell'art. 1424 c.c., alla conversione del contratto. Si opta cioè, sostanzialmente, per la conservazione del regolamento residuo ogni qual volta “*avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto*” anche senza quella parte colpita dalla nullità.

⁹⁷ Per PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 229, l'art. 1419, comma 1, c.c. mira, sia pure in un'ottica di bilanciamento con le ragioni dell'autonomia privata, alla “*conservazione del valore impegnativo dell'atto*”.

⁹⁸ Solo in questo senso, e con valenza meramente descrittiva, si può affermare che la norma, nella misura in cui impedisce al contraente di liberarsi del vincolo in assenza di un mutamento causale rilevante, è ispirata al canone di buona fede nelle relazioni contrattuali.

⁹⁹ GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 168 ss.; ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 708. Non vi è dubbio che la norma tenga in forte considerazione l'autonomia delle parti, pur consentendo in determinati casi un suo limitato sacrificio nel bilanciamento con il valore, potenzialmente contrapposto, della conservazione contrattuale. Si è visto, del resto, che il punto di partenza del giudizio di nullità parziale è rappresentato proprio dall'assetto di interessi stabilito dalle parti, a prescindere dal fatto che tale assetto sia oggettivamente equilibrato: la nullità resta parziale quando il regolamento contrattuale, depurato della parte immediatamente invalida, non si allontana molto da quello, pur eventualmente squilibrato, che i contraenti avevano originariamente predisposto; e, viceversa, la nullità si estende all'intero negozio quando dalla caducazione parziale scaturisce un contratto giusto ma lontano dagli intenti delle parti. La valutazione di compatibilità, insomma, interviene tra il regolamento dettato dall'autonomia negoziale e quello risultante dalla nullità parziale, a prescindere dalla rispondenza dell'uno o dell'altro a valori di giustizia contrattuale. In tal senso depone anche il tenore letterale della norma, che non chiede all'interprete di stabilire se le parti avrebbero dovuto concludere il contratto, bensì di appurare se lo “*avrebbero concluso*”: v. ancora GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 159.

all'intero contratto, che la clausola nulla non abbia costituito parte integrante e ineludibile della causa negoziale.

Tutto quanto precisato, con riferimento alla disciplina tradizionale, vale soltanto nel caso in cui le clausole nulle non siano sostituite di diritto da norme imperative. Laddove invece tale sostituzione è contemplata, la conservazione del contratto viene imposta dal secondo comma dell'art. 1419 c.c., a norma del quale “*la nullità di singole clausole*¹⁰⁰ *non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle*¹⁰¹ *sono sostituite di diritto da norme imperative*¹⁰²”, a prescindere dalla conformità del nuovo regolamento

¹⁰⁰ Mentre il primo comma menziona “*la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole*”, il secondo fa riferimento esclusivamente alla “*nullità di singole clausole*”. Sulla scorta di questo dato letterale, si è sostenuto che la nullità di una “parte” del contratto, anche in caso di sostituzione, postulerebbe sempre e comunque la verifica di essenzialità di cui al primo comma: TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., 509. Invero, alla luce di una diversa lettura della distinzione tra clausola e parte, si può anche sostenere che l'art. 1419, comma 2, c.c. richiami la sola sostituzione di clausole in quanto la sostituzione automatica di parti del contratto non è contemplata nel sistema, il che parrebbe confermato, tra l'altro, dal disposto dell'art. 1339 c.c.. Sulla distinzione tra nullità parziale e nullità di singole clausole, v. *supra*, nota 51.

¹⁰¹ Nonostante il chiaro e duplice riferimento testuale alla nullità, alcuni autori dubitano che il capoverso dell'art. 1419 c.c. disciplini effettivamente un'ipotesi di nullità parziale: di “*integrazione che previene la nullità*” parla RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, 1969, 53; mentre per NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, 1975, 136, si tratta di una “*sostituzione ovvero riduzione di una regola pattizia inqualificata*”. V. anche Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro. It.* 2006, I, 106, con nota di A. PALMIERI: “*Vi sono casi in cui la correzione della volontà delle parti avviene automaticamente, per effetto di una disposizione di legge che ne limita l'autonomia e che sostituisce alla volontà delle parti quella della legge (in tali casi l'accordo delle parti, che non rispecchia il contenuto tipico previsto dalla legge, non viene dichiarato nullo ma viene modificato mediante la sostituzione della parte non conforme)*”. Più diffusa, oltre che più aderente alla lettera e alla collocazione della norma, è la tesi secondo cui anche il secondo comma dell'art. 1419 regola un'ipotesi di nullità parziale: G. PATTI – S. PATTI: *Inserzione automatica di clausole*, in *Commentario Schlesinger*, 1993, 253 e 267 ss.; INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, 1979, 157. Altra questione è comprendere se la sostituzione o riduzione di una clausola presupponga sempre e indefettibilmente la nullità, quantomeno parziale, della clausola stessa. Il problema si pone soprattutto in riferimento al disposto dell'art. 1384 c.c., per quanto attiene alla riduzione della clausola penale. Sul punto v. *infra*, 143 ss.

¹⁰² Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, la sostituzione di diritto non presuppone necessariamente l'espressa attribuzione ad una data norma imperativa della natura sostitutiva, la quale ben può ricavarsi dalla *ratio* della previsione: PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 219; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 34-35; ROPPO, *Nullità parziale e giudizio di buona fede*, cit., 719; P. BARCELONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, 1969, 171 ss.; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 137 ss.. In effetti l'art. 1339 c.c. acquista una funzione normativa proprio quando la norma imperativa, con la quale il contenuto del contratto contrasta, non prevede esplicitamente la sostituzione automatica: Cass. 21 agosto 1997, n. 7822, in *Arch. civ.*, 1997, 1206; Cass. 21 dicembre 1994, n. 11032, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1237; Cass., SS. UU., 18 luglio 1989, n. 3363, in *Foro. it.*, 1989, I, 2739; Cass. 21 gennaio 1985, n. 224, in *Foro it.*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 141; Cass., SS. UU., 17 febbraio 1984, n. 6602; Cass. 6 febbraio 1978, n. 555, in *Giust. civ.*, 1978, I, 901; *contra*

con la sistemazione degli interessi originariamente voluta dalle parti¹⁰³. Ciò è dovuto alla preminenza, sul valore dell'autonomia negoziale, dell'interesse generale tutelato dalla norma cogente che dispone l'inserzione automatica delle clausole¹⁰⁴.

A fini sistematici, può rivelarsi utile leggere la fattispecie regolata dal capoverso dell'art. 1419 sotto un duplice profilo: da un lato, l'ipotesi ivi disciplinata, quella della clausola nulla di cui una norma imperativa disponga la sostituzione, viene sottratta al giudizio di essenzialità del comma 1 disponendosi la parziarietà necessaria della nullità¹⁰⁵; dall'altro,

FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, 1966, 332 ss.; CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., 224 ss.; Cass. 14 febbraio 1974, n. 420; Cass. 25 giugno 1979, n. 3551, in *Rep. Gen. Giur. It.*, 1979, 3015; Cass. 11 giugno 1981, n. 3783; Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, in *Arch. civ.*, 2000, 977. Resta il fatto, però, che la norma imperativa richiamata dagli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. deve avere in sé, sia pure implicitamente, un'attitudine sostitutiva. Deve trattarsi, cioè, di una norma che prescrive inderogabilmente un determinato contenuto negoziale: BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 641. Dunque, non sembrano riconducibili nell'ambito applicativo dell'art. 1419, comma 2, c.c. le ipotesi in cui la sostituzione legale avviene mediante il subentro di un regolamento dettato da norme dispositive, derogate iniquamente o senza l'adozione delle necessarie forme. Nell'espressione "sostituite di diritto da norme imperative", a dispetto dell'ambiguo tenore letterale, l'aggettivo "imperative" pare riferirsi non già alle norme che dispongono la sostituzione (le quali, non dettando divieti né comandi, non pongono un problema di derogabilità), ma a quelle che impongono una data disciplina (espressamente o implicitamente) anche in sostituzione dell'eventuale regolamento difforme stabilito dalle parti. Sui rapporti tra sostituzione ex art. 1419, comma 2, c.c. e subentro di norme dispositive v. *infra*, nota 113.

¹⁰³ FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, cit., 156.

¹⁰⁴ La dimensione funzionale dell'art. 1419, comma 2, c.c. è strettamente legata a quella dell'art. 1339 c.c.. Il suo scopo, infatti, è quello di consentire l'inserzione automatica di clausole ex art. 1339 c.c. evitando che essa possa essere inficiata dalla caducazione dell'intero contratto: D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., 176; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 4 ss.. Ciò non significa che il ruolo dell'art. 1419, comma 2, c.c. sia meramente "ancillare" rispetto a quello dell'art. 1339 c.c.: è attraverso il combinato disposto dei due articoli che il legislatore realizza un congegno normativo in cui non ci si limita ad imporre determinate clausole, anche in sostituzione di quelle eventualmente difformi, ma si prevede altresì la conservazione del contratto a dispetto dell'eventuale alterazione dell'assetto causale. Del tutto minoritario è l'orientamento che considera il capoverso dell'art. 1419 c.c. un inutile doppione dell'art. 1339 c.c.: SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, 1971, 127; CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., 226. Del resto, se l'art. 1419, comma 2, c.c. fosse superfluo non ci si affannerebbe, in ordinamenti non provvisti di una simile disposizione, a ricavare per i casi di sostituzione una norma analoga in via interpretativa, arrivando addirittura ad affermare la residualità della disciplina comune sulla nullità parziale: nella dottrina tedesca, v. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., 576.

¹⁰⁵ In assenza della previsione di cui al comma 2, il giudizio di essenzialità di cui al comma 1 non sarebbe infatti scongiurato dalla sostituzione di una clausola nulla ad opera di norma imperativa. Sul piano logico – giuridico le due situazioni appaiono perfettamente compatibili: il legislatore ben potrebbe imporre il subentro della clausola legale e, al contempo, prevedere una valutazione di compatibilità causale del regolamento così modificato rispetto a quello originariamente voluto dalle parti. Dunque, l'aver escluso nei

l'applicazione della norma conduce ad un esito terzo rispetto alla sopravvivenza del contratto “depurato” delle clausole o parti nulle e alla caducazione dell'intero contratto, pervenendosi alla conservazione del contratto con l'inclusione delle clausole subentrate a quelle nulle¹⁰⁶.

casi di sostituzione la suddetta valutazione è parte importante dell'operazione “dirigista” che conduce al mantenimento del contratto legalmente rettificato. Si pensi, in via esemplificativa, ad una clausola che fissi inderogabilmente il prezzo del pane in 2 euro al chilo: se il legislatore intendesse semplicemente stabilire l'inderogabilità di tale prezzo, potrebbe limitarsi ad invalidare il contratto in presenza di una vendita di pane a prezzo differente. Il combinato disposto degli artt. 1419, comma 2, e 1339 c.c., invece, comporta la persistente validità (a 2 euro al chilo) di una vendita di pane effettuata a prezzo difforme (poniamo, 5 euro al chilo). Da ciò emerge un interesse ordinamentale che va al di là della mera imposizione del prezzo, mirando anche alla conservazione del contratto.

¹⁰⁶ In altri termini, nella fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c. il contratto resta in vita non perché le clausole – parti nulle non sono essenziali, né perché la sostituzione rende causalmente compatibile il nuovo regolamento con quello originario, ma perché il legislatore intende imporre, in totale dispregio dell'autonomia negoziale, un determinato contenuto contrattuale in luogo di quello voluto dalle parti..

4. Le tecniche di adattamento del contratto parzialmente nullo tra codice civile e legislazione speciale

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, risulta più agevole analizzare le caratteristiche e le specificità che contraddistinguono le nullità parziali testuali di recente introduzione.

Emerge con maggiore chiarezza, anzitutto, il significato delle locuzioni “*il contratto rimane valido per il resto*” (art. 36, comma 1, d.lgs. 206/05) o “*la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto*”¹⁰⁷ (artt. 117-bis, 120-ter, 120-quater e 125-bis d.lgs. 385/93) che talora accompagnano, nella legislazione speciale, la previsione della nullità di determinati patti o clausole. Per effetto di tali disposizioni, la conservazione del contratto si realizza a prescindere tanto dall’apprrezzamento della volontà ipotetica delle parti¹⁰⁸, richiesto dall’art. 1419, primo comma, c.c., quanto dalla sostituzione imperativa delle clausole nulle, presupposta dall’art. 1419, secondo comma, c.c.¹⁰⁹; e il risultato, ossia la mera sottrazione dal contratto della porzione di regolamento disapprovata¹¹⁰, è imposto dal legislatore in quanto ritenuto il più idoneo a tutelare gli interessi della parte debole¹¹¹.

¹⁰⁷ Una formulazione di tenore simile, per cui “*le clausole ... sono nulle e si considerano non apposte*”, era contenuta nell’art. 124 del d.lgs. 385/93 prima della sua modificazione ad opera del d.lgs. 141/2010. Nel medesimo T.U.B. (art. 117, comma 7, lett. b), oltre che nel d.lgs. 58/98 (art. 23, comma 2), alla nullità di determinati patti o clausole inerenti al corrispettivo consegue che “*nulla è dovuto*”. Anche in questi casi si realizza un’operazione che, quantomeno sul piano formale, può definirsi come mera sottrazione di una porzione di regolamento negoziale.

¹⁰⁸ Per evocare la sottrazione delle suddette nullità parziali testuali al giudizio di essenzialità, contemplato nella norma generale, si utilizza sovente l’espressione “*nullità parziale necessaria*”: PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 229; D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 165. Pare più appropriato, tuttavia, discorrere di “*nullità necessariamente parziale*”, poiché ad essere necessaria, in quanto legislativamente imposta a prescindere da qualsiasi giudizio riferibile al caso concreto, non è la nullità bensì la sua parzialità, intesa come non estensione all’intero contratto.

¹⁰⁹ L’esclusione della nullità totale è sancita benché non vi sia sostituzione automatica della clausola nulla con una disciplina imperativa legislativamente predeterminata: PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 203; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, 2008, 405. Similmente DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2 ed., 2008, XXIII: “*... una nuova figura di nullità parziale, non riconducibile al primo comma dell’art. 1419 (che detta la regola del giudizio di nullità parziale) ma nemmeno al secondo comma (che esclude la nullità totale del contratto quando la clausola nulla deve essere sostituita automaticamente da una norma imperativa di legge che disciplina positivamente la stessa materia della clausola viziata)*.”

¹¹⁰ Risultato, questo, tutt’altro che terzo rispetto alle due alternative offerte dall’art. 1419, comma 1, c.c., identificandosi proprio con uno dei due possibili esiti cui l’applicazione di tale norma può dar luogo; con la differenza, segnalata, che all’esito di conservazione si

Riesce più facile, altresì, cogliere il senso di quelle norme che alla nullità di parti o clausole fanno conseguire, con una soluzione diversa ma pur sempre conservativa del contratto, il subentro di un regolamento dettato da norme dispositive (art. 7 d.lgs. 231/02: “*Le clausole ... sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore. Si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile*”¹¹²; art. 117, comma 7 lett. a e lett. b primo periodo, d.lgs. 385/93: “*... Nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: il tasso ... gli altri prezzi e condizioni ...*”; art. 125-bis, comma 7, d.lgs. 385/93: “*Nei casi ... di nullità delle relative clausole contrattuali: il TAEG equivale ..., la durata del credito è di ...*”; art. 13, comma 5, 1 e 2 pr., l. 431/98: “*Nei casi di nullità di cui al comma 4 ... il conduttore può altresì richiedere ... che la locazione venga ricondotta a condizioni conformi a quanto previsto dal comma 1 dell’art. 2 ovvero dal comma 3 dell’art. 2*”). Anche in questi casi il contratto resta in piedi indipendentemente dalla verifica di cui all’art. 1419, comma 1, c.c. e, diversamente da quanto accade nella previsione dell’art. 1419, comma 2, c.c., la sostituzione di diritto delle clausole nulle avviene mediante il subentro di un regolamento dettato da norme che, di per sé, non sono imperative né inderogabili dalle parti¹¹³.

perviene in assenza di una qualsivoglia considerazione dell’esigenza di preservare l’autonomia privata).

¹¹¹ La nullità dell’intero contratto, infatti, si ripercuoterebbe negativamente proprio sul soggetto destinatario della tutela, impedendogli di ottenere il bene o di usufruire del servizio che intendeva acquisire. In quest’ottica, la conservazione del contratto assume una valenza differente rispetto a quella che possiede nell’impianto tradizionale della nullità parziale: mentre nell’ipotesi classica di cui all’art. 1419 c.c. (che disciplina una contrattazione paritetica) la conservazione viene in rilievo come valore economico da contemperare con la tutela dell’autonomia privata, nelle nuove nullità parziali (che regolano una contrattazione diseguale) essa costituisce il mezzo per garantire un adeguato soccorso al contraente debole, in una logica di protezione che ne impone la prevalenza rispetto alle istanze di salvaguardia dell’autodeterminazione dei contraenti.

¹¹² Il testo previgente alla modifica intervenuta con il d.lgs. 192/2012 stabiliva che “*Il giudice ... dichiara la nullità dell’accordo e ... applica i termini legali*”, utilizzando una terminologia più appropriata: poiché il regolamento di legge che subentra in caso di iniquità della clausola è dettato da norme dispositive, appare censurabile sotto il profilo sistematico l’odierno richiamo della disposizione al combinato disposto degli artt. 1419, comma 2, e 1339 c.c., i quali disciplinano il diverso fenomeno delle clausole imposte dalla legge.

¹¹³ L’evoluzione del diritto positivo ha sancito, dunque, il superamento della teoria che sosteneva un’incompatibilità concettuale tra il carattere dispositivo di una norma e la sua capacità di imporsi alle parti in via sostitutiva: FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 18. Da un lato, infatti, è possibile che alcune regole legali siano derogabili solo entro certi limiti o con l’osservanza di determinate forme, al punto, secondo taluni, da poter essere qualificate come norme semidispositive o “relativamente

Si possono comprendere, inoltre, le linee essenziali del meccanismo che alla nullità fa conseguire un intervento giudiziale, in assenza di una disciplina – sia pure dispositiva – idonea a sostituirsi (art. 13, comma 5, 3 pr., l. 431/98: “... e nel giudizio che accerta l’esistenza del contratto di locazione, il pretore determina il canone dovuto¹¹⁴ ...”) ovvero in alternativa ad essa (art. 7 d.lgs. 231/02, nel testo precedente alla modifica operata dal d.lgs. 192/2012: “Il giudice ... dichiara la nullità dell’accordo e ... riconduce ad equità il contenuto dell’accordo medesimo”). Qui la prosecuzione del rapporto negoziale, ancora una volta in spregio all’indagine sull’essenzialità della clausola obliterata, si accompagna ad una ridefinizione contenutistica che non è affidata a regole imperative come nell’art. 1419, comma 2, c.c., né a norme dispositive come nelle nullità testuali di sopra indicate, bensì alla discrezionalità del giudice.

dispositive”: G .DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, 1993, 13; ROPPO, *Il contratto*, 2001, 488; GIORDANO, *I contratti per adesione*, 1951, 121. Dall’altro, l’eccedenza di tali limiti sostanziali o formali e la conseguente nullità della clausola ben possono comportare la reviviscenza di quelle disposizioni che sono state “mal derogate” dalle parti: D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 250. Secondo PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 225, nella disciplina dettata per i contratti bancari la norma derogabile acquisterebbe attitudine integrativa in virtù di altra disposizione imperativa (art. 117, comma 7, d.lgs. 385/93), sì che sarebbe la “*relatio che tra le due norme si instaura a conferire, di riflesso, imperatività e capacità integrativa alla disciplina dispositiva o, meglio, alla norma risultante dalla combinazione delle singole disposizioni*”. Pare più corretto ritenere che, a differenza di quanto accade nella sostituzione mediante norme imperative (art. 1419, comma 2, c.c.), ad essere realmente imperativa sia la sola norma attraverso la quale viene comminata la nullità: se è vero che la disciplina dispositiva, a differenza di quella imperativa, non ha in sé a differenza di quella imperativa una propria attitudine integrativa, e che questa attitudine essa riceve da una norma ulteriore, tale ultima norma non pone né un comando né un divieto, limitandosi a regolare, certo inderogabilmente e nell’interesse generale, le conseguenze della nullità parziale. L’alternativa, casomai, è quella di considerare la comminazione di nullità e la previsione della sostituzione come effetti di un’unica norma imperativa che, nel regolare una certa pattuizione disapprovata, ne sancisce tutte le conseguenze.

¹¹⁴ La norma in questione non disciplina le conseguenze di una nullità parziale, poiché in essa la riformulazione giudiziale del precetto negoziale si inserisce curiosamente in una vicenda di invalidità dell’intero contratto. Il presupposto è infatti quello dell’instaurazione su pretesa dal locatore di un rapporto locatizio di fatto, mediante un contratto integralmente invalido per difetto di forma scritta (v. il richiamo dell’art. 13, comma 5, 3 pr., l. 431/98 all’art. 1, comma 4, della medesima legge). Si discute se la nullità di cui all’art. 1 della l. 431/98 vada intesa in una logica di protezione del conduttore, con conseguente legittimazione relativa: LAZZARO – DI MARZIO, *Le locazioni per uso abitativo*, 2007, 78; *contra* Trib. Monza, 13 marzo 2008: “*Il requisito di forma, infatti, è previsto a tutela di esigenze di certezza e trasparenza, mentre non può ravvisarsi una forma a protezione del conduttore, in quanto in tale ultimo caso sarebbe stata esplicitata dal legislatore la deroga alla disciplina generale dell’art. 1421 c.c. (per cui la nullità può essere fatta valere da chiunque)*”.

Le tre tecniche sopra illustrate¹¹⁵ (parziarietà necessaria “mera”, con sostituzione legale, con intervento giudiziale) paiono dunque accomunate da una portata sensibilmente derogatoria rispetto al congegno previsto dalla norma generale codicistica. Va detto, però, che alla diversità sul piano astratto delle suddette regole non sempre corrisponde, nell’attuazione concreta, un esito differente: la sorte del contratto, il più delle volte, finisce per essere la stessa cui avrebbe condotto l’applicazione del primo comma dell’art. 1419 c.c.. Ciò accade, in particolare, quando la nullità ha ad oggetto clausole accessorie o comunque esterne rispetto al contenuto delle reciproche prestazioni promesse dai contraenti.

Si pensi ad esempio, tra le nullità necessariamente parziali di cui al combinato disposto degli artt. 33 e 36 d.lgs. 206/05, a quella che colpisce la clausola di deroga – in assenza di trattativa – al c.d. foro del consumatore¹¹⁶: sapendo di non poter contare su una determinata competenza territoriale in caso di lite, forse il professionista non avrebbe effettuato la stipulazione; e tuttavia, se si compie una valutazione oggettiva sulla permanenza del nucleo essenziale di utilità derivante dal contratto, tale nucleo non può dirsi realmente mutato. Appare plausibile quindi che in una tale situazione, anche in assenza di un’espressa previsione di parziarietà necessaria, l’applicazione dell’art. 1419, comma 1, c.c. in un’ottica oggettiva porterebbe al medesimo risultato, ossia alla conservazione della parte residua del contratto pur con un minore vantaggio complessivo per il professionista¹¹⁷; salva la

¹¹⁵ Sulla natura delle summenzionate tecniche, oltre che sulle ragioni che le ispirano, si rinvia agli approfondimenti svolti nei due paragrafi che seguono.

¹¹⁶ Alla nullità in questione, comminata dalla lettera u) dell’art. 33, comma 2, d.lgs. 206/05, si possono assimilare sotto questo profilo molte tra le previsioni contemplate nella c.d. *grey list* di cui al medesimo comma. Solo alcune tra queste, infatti, riguardano clausole che sono in grado di influire sull’oggetto delle reciproche attribuzioni o prestazioni, sia pure *ab externo* e in via indiretta: v., in particolare, le clausole di cui alle lettere l), m), n), o).

¹¹⁷ In generale può ritenersi che l’esito di conservazione si sarebbe ugualmente prodotto, in applicazione dell’art. 1419, comma 1, c.c., quando il mutamento del regolamento contrattuale provocato dalla nullità di protezione non è tale da poter essere qualificato alla stregua di un vero e proprio stravolgimento degli assetti (v. *supra*, 38 ss.) e, seppur in diversa maniera, ogni qual volta la clausola nulla è sostituita ex art. 1419, comma 2, c.c. da norme imperative: si pensi alla clausola vessatoria di cui all’art. 33, comma 2, lett. r) del d.lgs. 206/05, alla cui caducazione segue la vigenza tra le parti della regola, imperativa proprio nei contratti del consumatore, di cui all’art. 1460 c.c.. Una conferma in tal senso si rinviene nell’art. 36, comma 2, del d.lgs. 206/05, ossia nella nullità delle clausole della c.d. *black list*: per essa non è espressamente prevista la parziarietà necessaria, stante il riferimento del primo comma alle sole clausole “*considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34*”, eppure non si dubita che il contratto rimanga in vita proprio perché, anche a voler

particolare ipotesi in cui le parti abbiano inserito nel regolamento contrattuale un patto di inscindibilità, perché in tal caso, applicando l'art. 1419, comma 1, c.c. anche in un'ottica oggettiva, non potrebbe che pervenirsi alla nullità dell'intero contratto¹¹⁸.

Le considerazioni appena svolte non possono essere estese ai casi in cui operano le tecniche della sostituzione con norme dispositive e della ridefinizione giudiziale, le quali producono sul contratto conseguenze che giammai si verificherebbero in attuazione della norma generale¹¹⁹. Tuttavia anche in questi casi la concreta deviazione dall'art. 1419, comma 1, c.c. raramente investe il carattere necessariamente parziale della nullità: verificando se le parti “*avrebbero concluso il contratto*” nella nuova conformazione che esso assume all'esito della modificazione legale o giudiziale¹²⁰, si perviene molto spesso ad una risposta positiva.

Per quanto attiene poi al presunto carattere innovativo delle tre menzionate tecniche, il cui avvento nel sistema costituirebbe un portato del nuovo diritto dei contratti che promana dal legislatore europeo, non si può fare a meno di sottolineare che in realtà esse sono correntemente utilizzate già nel variegato contesto del codice civile.

In tale contesto non mancano previsioni di nullità parziale che esplicitamente impongono la conservazione del contratto, mettendo fuori gioco la disciplina dell'art. 1419 c.c.¹²¹ e postulando l'applicazione di un

applicare l'art. 1419, comma 1, c.c., la nullità, a dispetto del venir meno di un ingiusto vantaggio che l'accordo attribuiva ad una delle parti, non si estenderebbe all'intero contratto. Di diverso avviso MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, 1097, secondo cui “*ex latere proferentis la clausola vessatoria è sempre essenziale*”; v. anche DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., 748.

¹¹⁸ V. *supra*, 34 ss.

¹¹⁹ Ad uno sguardo sommario, tali tecniche appaiono deviare in maniera netta dalla regola generale dell'art. 1419, comma 1 c.c., e sembrano semmai più simili sotto il profilo del funzionamento al meccanismo di cui all'art. 1419, comma 2, c.c., postulando anch'esse una sostituzione delle clausole nulle. In realtà, dal punto di vista funzionale, sia la sostituzione legale a mezzo di norme dispositive che il riequilibrio ad opera del giudice hanno poco a che vedere con la sostituzione automatica di clausole a mezzo di norme imperative. Sul punto v. *supra*, nota 113.

¹²⁰ Poiché tali modificazioni tendono a “riempire” la clausola nulla con contenuti improntati all'equità, sarà difficile sostenere che, nella sua nuova veste, il contratto è idoneo a realizzare in modo ragionevolmente temperato gli interessi di entrambe le parti.

¹²¹ Talvolta, per limitare la “cancellazione” ad una parte del negozio a prescindere da qualsivoglia giudizio di essenzialità, il legislatore si serve di strumenti diversi dalla nullità. Il riferimento è anzitutto all'inefficacia parziale, che per sua natura neutralizza l'operatività del singolo patto senza influire sul resto del negozio: ADDUCCI – DI ZILLO – SANI,

regolamento legale dispositivo del rapporto tra le parti: si pensi all'art. 1815, comma 2, nella versione previgente alla riforma del 1996¹²²; o all'art. 1284, comma 3¹²³, tuttora in vigore. È diffusa, peraltro, la convinzione che una sostituzione della clausola nulla mediante norme dispositive sia implicitamente contemplata anche in altre norme del codice, come ad esempio l'art. 2265 c.c. che vieta il patto leonino nell'ambito dei rapporti tra soci¹²⁴.

Patrimoni separati. Creditori da fatto illecito e tutela della stabilità della società costituente patrimoni destinati, 2007, 103; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 121 ss.. Con specifico riguardo all'inefficacia parziale per eccesso di potere rappresentativo, v. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2 ed., 2010, 388. In giurisprudenza v. Cass. 5 luglio 1980, n. 4301: “*La deroga al principio generale della conservazione del contratto prevista dal 1 comma dell'art. 1419 c.c. ... non è applicabile allorché una parte del contratto non sia inficiata da nullità ma, come nel caso del negozio con pluralità di soggetti per alcuno dei quali abbia stipulato un falsus procurator, sia invece valida, pur se ad efficacia sospesa fino ad eventuale ratifica del dominus*”; v. anche Cass. 28 ottobre 1982, n. 5467, in *Mass. Foro it.*, 1982, e Cass. 8 gennaio 1980, n. 123, in *Mass. Foro it.*, 1980. Sull'inefficacia delle clausole di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. v. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, 108 ss.; BARBERO, *Sull'approvazione per iscritto delle c.d. clausole vessatorie*, in *Foro pad.*, 1952, I, 455 ss.; GUARRACINO, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. e impr. – eur.*, 1997, 609. Discorsi analoghi valgono per la clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro, la quale se non è stipulata per iscritto “*non ha effetto*” (art. 1 d.lgs. 368/2001). Egualmente è a dirsi, ancora, per le ipotesi in cui il codice definisce determinate clausole come “*non apposte*”: è il caso ad esempio della condizione risolutiva impossibile, il cui venir meno non pone in discussione la conservazione del negozio (v. l'art. 1354 c.c., ove il riferimento del comma 3 all'art. 1419 c.c. riguarda la differente ipotesi in cui la condizione illecita o impossibile sia apposta a un patto singolo del contratto). In argomento v. Cass. 3 ottobre 1977, n. 4206. Vi è chi ritiene, invero, che anche per il caso di inefficacia parziale valga la regola dell'art. 1419 c.c.: CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, 1968, 243, nota 348; CARNEVALI, *La donazione modale*, 1969, 212. Sul punto, v. *infra*, 93 ss.

¹²² Il testo della disposizione era il seguente: “*Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e gli interessi sono dovuti solo nella misura legale*”. Nella Relazione al codice civile si trovano esplicate le ragioni che avevano ispirato tale scelta: essa era rivolta ad impedire che il mutuante conseguisse il vantaggio usurario promesso dal mutuatario, evitando al contempo che il contraente svantaggiato fosse pregiudicato dall'obbligo di immediata restituzione della somma ricevuta, a cui avrebbe dovuto necessariamente ottemperare ove la tutela fosse stata imperniata sul rimedio della nullità totale del contratto. Dunque, nel comminare la nullità di una clausola che derogasse in termini quantitativamente non consentiti ad una norma di natura dispositiva, quale quella dell'art. 1284, commi 1 e 2, c.c., si prevedeva la sostituzione al patto invalidato proprio della disciplina dispositiva derogata: PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 231.

¹²³ In questo caso alla nullità del patto, prevista come conseguenza del mancato rispetto di un onere formale, viene fatto conseguire il subentro della regolamentazione dispositiva contemplata dai primi due commi del medesimo art. 1284 c.c..

¹²⁴ Secondo molti autori la nullità del patto leonino importa l'applicazione del criterio legale (art. 2263 c.c.) di ripartizione dei guadagni e delle perdite: G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 488 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 641; ABRIANI, *Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, 1994, 88 ss.. *Contra*, per l'applicazione delle ordinarie regole sulla nullità parziale: FERRARA – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 14 ed., 2009, 264; GRAZIANI, *Diritto delle società*, 1963, 72; nonché CAMPOBASSO, *Diritto*

Vi è chi assimila, poi, alla sostituzione mediante “materiale” dispositivo la riduzione *ex lege* della clausola nulla. Si tratta di quel peculiare meccanismo adottato da talune norme le quali, nel riconoscere validità a determinati patti entro un certo limite quantitativo o temporale, stabiliscono che la clausola eventualmente eccedente sia ridotta fino al valore massimo consentito¹²⁵. È il caso ad esempio dell’art. 1573 c.c., che fissa in trent’anni la durata

commerciale, 2, *Il diritto delle società*, 5 ed., 2002, 87, nota 2, secondo il quale “la nullità del patto comporterà tuttavia nullità della partecipazione di quel determinato socio qualora risulti che senza il patto leonino non avrebbe partecipato alla società (art. 1419, 1 comma). Potrà, inoltre ed ulteriormente, determinare la nullità dell’intero contratto di società qualora la partecipazione di quel socio debba, a seconda delle circostanze, considerarsi essenziale (art. 1420). In quest’ultimo senso si è pronunciata la Cassazione, precisando che l’estensione della nullità in caso di essenzialità del patto leonino si verifica non solo quando esso è contenuto in una determinata clausola, ma anche quando le parti ne hanno fatto oggetto di un negozio separato, perché tale ultima circostanza non impedisce l’applicazione della disciplina sulla nullità parziale all’intera operazione contrattuale risultante dal collegamento negoziale: Cass. 18 gennaio 1988, n. 321, cit.; Cass. 30 maggio 1987, n. 4822. Un dibattito simile si è posto in relazione alla nullità del patto commissorio (art. 2744 c.c.): l’art. 1419, comma 1, c.c. imporrebbe di verificare se le parti avrebbero ugualmente costituito il pegno o l’ipoteca in assenza del patto commissorio; e tuttavia, secondo un determinato indirizzo interpretativo, l’art. 1419, comma 1, c.c. sarebbe inapplicabile alla nullità del patto commissorio perché l’art. 2744 c.c. intenderebbe limitare l’invalidità al solo patto, senza coinvolgere la garanzia cui esso accede. A sostegno di quest’ultima posizione, si afferma che l’applicazione dell’art. 1419, comma 1, c.c. recherebbe con sé la paradossale conseguenza di privare della garanzia proprio quel creditore che ha inteso come essenziale il suo rafforzamento a mezzo del patto commissorio. Per questo in dottrina vi è chi propone una applicazione dell’art. 1419, comma 1, c.c. del tutto peculiare, con una “riduzione teleologica” della nullità al solo patto commissorio: BARBIERA, *Codice civile commentato*, 1991, 324. Vi è anche chi afferma che alla nullità del patto commissorio consegue la reviviscenza della regolamentazione legale, imperativa e non già dispositiva, del pegno e dell’ipoteca, secondo il meccanismo riconducibile al secondo comma dell’art. 1419 in correlazione con l’art. 1339: GIOVAGNOLI – FRATINI, *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, 2010, 20. In giurisprudenza, per la necessità di verificare ai sensi dell’art. 1419, comma 1, c.c. l’essenzialità del patto commissorio propende Cass. 25 giugno 1979, n. 3551, cit.. Secondo Trib. Isernia, 19 novembre 2002, in *Giur. mer.*, 2004, 907, addirittura, in caso di essenzialità del patto la nullità si estenderebbe non solo all’atto costitutivo della garanzia ma anche al contratto fonte dell’obbligazione garantita.

¹²⁵ La nullità, dunque, ha ad oggetto solo l’eccedenza. Sul concetto di “nullità per l’eccedenza” ci si soffermerà nel paragrafo seguente. In verità, secondo la ricostruzione prevalente le ipotesi in questione costituirebbero applicazione dell’art. 1419, comma 2, c.c., essendo la sostituzione contemplata da norme imperative: CATRICALÀ, *L’esame di diritto civile*, 2008, 103. L’assunto, tuttavia, non è pienamente condivisibile se si ritiene (v. *supra*, nota 102) che la norma imperativa evocata dall’art. 1419, comma 2, c.c. debba avere un’intrinseca attitudine sostitutiva, dettando una precisa e inderogabile disciplina inerente al rapporto negoziale: tale attitudine non può rinvenirsi in quelle disposizioni che, lungi dall’imporre un determinato contenuto, si limitano a fissare un “tetto” massimo alla libera determinazione del rapporto ad opera dei contraenti. Sulla distinzione tra norme imperative che fissano un confine esterno e norme imperative che dettano il contenuto vincolante di una pattuizione, v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 15. Sulla nozione di disciplina a derogabilità limitata si tornerà *infra*, nota 166.

massima della locazione,¹²⁶ o dell'art. 2596 c.c., a norma del quale il patto di non concorrenza tra imprenditori non può eccedere la durata di cinque anni¹²⁷, ma anche dell'art. 1500 c.c. in base al quale, nella vendita con patto di riscatto, “*il patto di restituire un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita è nullo per l'eccedenza*”¹²⁸.

Per quanto concerne la c.d. nullità necessariamente parziale, non accompagnata da alcuna forma di sostituzione, un caso espresso è rappresentato dall'art. 1815, comma 2, c.c.¹²⁹: il legislatore, nel disporre la nullità della clausola con la quale vengono pattuiti interessi usurari, stabilisce come conseguenza di tale nullità che “*non sono dovuti*

¹²⁶ Sulla natura della nullità parziale contemplata nell'art. 1573 c.c. v. BUCCI – MALPICA – REDIVO, *Manuale delle locazioni*, 1989, 37; nonché TABET, voce *Locazione in generale*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, 1982, 1009. Va precisato che per le locazioni di immobili urbani adibiti ad uso abitativo sussiste anche il limite minimo quadriennale stabilito dall'art. 1 l. 392/78.

¹²⁷ All'elenco possono aggiungersi, tra gli altri, gli artt. 1501 (termine massimo per il riscatto nella vendita con patto di riscatto), 1566 (durata massima del patto di preferenza nella somministrazione), 1865 (termine massimo entro il quale può pattuirsi l'ineseguibilità del riscatto nella rendita perpetua), 2125 (durata massima del patto di non concorrenza del prestatore di lavoro), 2557 (termine massimo del divieto di concorrenza per il cessionario d'azienda), 2596 (durata massima del patto di non concorrenza tra imprenditori). Diversa, invece, è la natura di quelle norme che fissano un limite “qualitativo” al contenuto di determinate clausole, come gli artt. 1229 c.c. (clausole di esonero da responsabilità) e 1579 (limitazioni convenzionali della responsabilità del locatore). In questi casi, infatti, la nullità del patto comporta ex art. 1419, comma 2, c.c. la sua sostituzione mediante le norme imperative che regolano, rispettivamente, la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave e la responsabilità del locatore per vizi taciuti in mala fede o tali da rendere impossibile il godimento della cosa locata: GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 381. In altri termini, mentre le norme che fissano limiti massimi temporali o quantitativi non sono scindibili al proprio interno, essendo volte a disciplinare un'unica fattispecie, le regole sulla responsabilità sono suscettibili di partizione quanto alle diverse fattispecie disciplinate (responsabilità del debitore per colpa lieve – per dolo o colpa grave; responsabilità del locatore per vizi non conosciuti – per vizi taciuti in mala fede, per vizi tali – non tali da rendere impossibile il godimento della cosa), di modo che il regime delle responsabilità, nella parte in cui non è validamente derogabile, ben può dirsi imposto da norme imperative. Diversamente, nel senso che l'art. 1579 c.c. costituirebbe un'ipotesi di nullità necessariamente parziale che sfugge all'art. 1419 c.c., M. TRIMARCHI, *Codice delle locazioni*, 2010, 75.

¹²⁸ In questa ipotesi è ancora più evidente la mancanza di una predeterminazione legislativa del contenuto della clausola. La norma si limita, infatti, a porre il divieto di pattuire per il riscatto un importo superiore al prezzo stabilito per la vendita. Tale ultimo prezzo è liberamente fissato dalle parti, ragion per cui nell'ipotesi di un suo subentro non potrà certo parlarsi di sostituzione a mezzo di contenuti imposti da norma imperativa. Stesso discorso può farsi per la previsione di cui all'art. 1941, comma 3, c.c., a norma del quale “*la fideiussione eccedente il debito o contratta a condizioni più onerose è valida nei limiti dell'obbligazione principale*”. *Contra*, per l'inquadramento della riduzione di clausola nell'ambito della sostituzione di cui all'art. 1419, comma 2, c.c., v. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 718.

¹²⁹ La formulazione vigente del comma è il frutto della riforma operata dalla l. 108/96, che ha inteso accentuare, non soltanto sul fronte civilistico, la risposta sanzionatoria dell'ordinamento in materia di usura.

interessi”¹³⁰. Una simile statuizione, quanto alla sorte del contratto in cui è nulla la clausola che determina il corrispettivo del finanziamento, produce sostanzialmente gli stessi effetti che si sarebbero verificati se il legislatore avesse stabilito che “*il contratto rimane valido per il resto*”¹³¹ o che “*la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto*”.

In ultimo, un’ipotesi di nullità con poteri sostitutivi del giudice è ravvisata da una certa dottrina nell’art. 1384 c.c., a norma del quale “*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*”. Nonostante il contrario avviso della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza, alcuni autori sostengono,

¹³⁰ Coglie nel segno chi, come GALLI, *Appunti di diritto civile*, 2008, 223 – 224, inquadra la previsione nell’ambito delle c.d. sanzioni private: gli effetti della norma vanno al di là delle pur sussistenti esigenze di protezione del mutuatario, che ben sarebbero soddisfatte con la mera riduzione ad equità del tasso di interesse (come prevedeva, ripristinando il tasso legale, la precedente versione). Ad ogni modo, al di là del profilo funzionale, ciò che interessa sottolineare in questa sede è la portata derogatoria della regola rispetto all’intero disposto dell’art. 1419 c.c.: da un lato, viene disposta la conservazione del contratto a prescindere della volontà ipotetica dei contraenti, (una tale indagine condurrebbe inevitabilmente alla nullità dell’intero contratto di mutuo, poiché il mutuante non lo avrebbe certamente concluso senza alcun corrispettivo); dall’altro, non si assiste alla sostituzione della clausola nulla con “materiale” imperativo, bensì alla mera sottrazione della clausola nulla. Non sembra condivisibile l’opinione di chi considera il disposto dell’art. 1815, comma 2, c.c. un’applicazione del meccanismo di cui agli artt. 1419, comma 2, e 1339 c.c., nel senso che alla nullità testuale del patto sugli interessi usurari si accompagnerebbe la sostituzione legale con una clausola di “non debenza” degli interessi: CARBONE, *Interessi usurari dopo la l. 108/96*, in *Corr. giur.*, 1998, 438 ss.; GIOIA, *Usura: il punto della situazione*, in *Corr. Giur.*, 2001, 4, 43 ss.. Il richiamo alla non debenza degli interessi, pare invero rivolto unicamente a precisare che, a differenza di quanto postulava la disciplina previgente, non subentra il tasso legale degli interessi di cui all’art. 1284 c.c., diradando i possibili equivoci che avrebbe potuto generare una formulazione secondo la quale “*il contratto rimane valido per il resto*”. D’altra parte, la paventata sostituzione avverrebbe mediante l’inserimento di una clausola che non è affatto imposta dalla legge, quantomeno nel senso di cui all’art. 1339 c.c.: non vi è alcuna norma che imponga la non debenza degli interessi e, quindi, la gratuità del mutuo.

¹³¹ Il “resto” è costituito, in questo caso, dal mero obbligo di restituzione del capitale prestato in capo al mutuatario. Ciò rende gratuito un contratto di mutuo che era nato oneroso. Si parla spesso, a tal proposito, di conversione: CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, 3, *Obbligazioni e responsabilità*, 2007, 382; CASSANO, *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, 2009, 258. Non si tratterebbe peraltro della figura di cui all’art. 1424 c.c., mancando sia il presupposto della nullità totale che il giudizio sulla volontà ipotetica, bensì di una conversione *ex lege* che non ha nulla a che vedere con il principio di conservazione del contratto e va invece riguardata in un’ottica sanzionatoria: BISCONTINI, *Conversione legale e rapporti usurari. A proposito di una recente giurisprudenza*, in *Rass. Dir. civ.*, 2000, 518 ss.. *Contra* PAGLIUSO, *Disciplina dell’usura e rescissione del contratto*, 2003, 138, secondo il quale la c.d. conversione legale implica una sostituzione di clausole che, nel caso di specie, manca. Invero il termine “conversione”, riguardato in senso tecnico, implica un mutamento della tipologia negoziale che non è riscontrabile nell’ipotesi in questione.

infatti, che la clausola penale manifestamente eccessiva, sia pure nel silenzio della norma sul punto, debba essere qualificata come nulla¹³².

Ciò detto, resta valido, sia pure nei limiti anzidetti, l'assunto di una perdita di centralità dell'art. 1419 c.c.. Permane, cioè, l'incontrastabile dato di una sempre maggiore diffusione delle illustrate discipline alternative nel trattamento giuridico della nullità parziale; e il pieno intendimento di tali discipline, pur facilitato dal raffronto effettuato con la regola codicistica, necessita di ulteriori approfondimenti circa le ragioni che ne hanno generato la moltiplicazione.

¹³² GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 177; FANCELLI, *Commento a Cass.* 24 settembre 1999, n. 10511, in *Corr. giur.*, 2000, 1, 72. A prescindere dalla qualificazione attribuita alla penale manifestamente eccessiva, ciò che qui interessa rilevare è che l'art. 1384 c.c. consente al giudice di modificare equamente il contenuto di una clausola autonomamente fissato dai contraenti. Sul notevole impatto sistematico che la norma riveste nell'ambito della tematica inerente all'eterointegrazione del contratto, oltre che sull'effettivo significato della riduzione ad equità di fonte giudiziale, si tornerà *infra*, 146 ss.

5. Le nullità conformative: categoria nuova o mera suggestione? Le c.d. “nullità quantitative”

Secondo una determinata lettura, piuttosto ricorrente in dottrina, il rinnovato quadro normativo in tema di nullità costituirebbe la coerente espressione di un utilizzo inedito dello strumento, che sarebbe rivolto non più a distruggere ma a modificare il contratto¹³³. La funzione della categoria, in altri termini, non sarebbe più quella di sanzionare un difetto di fattispecie o un regolamento negoziale contrario all’interesse pubblico, bensì quella di correggere il contratto laddove esso si presenti squilibrato, al fine di assicurare un’adeguata protezione al contraente debole¹³⁴.

Le ragioni della proliferazione, intorno all’art. 1419 c.c., di un’ampia sequela di nullità parziali speciali, recanti inusitate tecniche di intervento sul contratto, andrebbero pertanto rinvenute nell’inadeguatezza della norma codicistica al perseguimento del nuovo scopo¹³⁵, essenzialmente consistente nella correzione del regolamento negoziale autonomamente predisposto dalle parti¹³⁶.

¹³³ GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., 1332 ss.; SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 489 ss.; GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia nella prospettiva del diritto europeo*, cit., 205; OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2006, I, 43 ss.; SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 208.

¹³⁴ Di una trasformazione della nullità nel contesto del diritto europeo, da “rimedio monolitico ed anelastico a rimedio imperniato su una dimensione funzionale”, discorre C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 623.

¹³⁵ V., tra gli altri, MAZZAMUTO, *L’inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 47; nonché D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 90, secondo il quale “un giudizio di nullità parziale retto da criteri rispettosi dell’autonomia delle parti è del tutto inadeguato a regolare fattispecie in cui l’ordinamento, neutralizzando una clausola reputata abusiva, proprio quell’assetto originario mette in discussione”. Il dibattito sull’inadeguatezza dell’art. 1419, comma 1, c.c. al perseguimento di finalità protettive è risalente, essendo sorto già in riferimento all’art. 1341, comma 2, c.c. e, dunque, alla sorte del contratto “minato” da clausole vessatorie unilateralmente predisposte e non specificamente approvate per iscritto: G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, cit., 485; GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, cit., 121, nota 37; BARBERO, *Sull’approvazione per iscritto delle c.d. clausole vessatorie*, cit., 456. Sui nuovi scopi della nullità, di regolazione del mercato oltre che di protezione del contraente debole, v. *infra*, 106 ss.

¹³⁶ Lo scopo di conformazione farebbe delle nullità in questione un *tertium genus* rispetto alle due tradizionali sottocategorie della nullità strutturale e della nullità per illiceità, rivolte a sanzionare rispettivamente l’insufficienza strutturale del contratto e la dannosità sociale di un determinato regolamento negoziale.

Il convincimento è penetrato addentro il lessico di numerosi autori che, per significare una così vigorosa incisione dell'autonomia negoziale, fanno utilizzo del sintagma “nullità conformative”¹³⁷ e discorrono di “conformazione”¹³⁸ legale o giudiziale, inquadrando il fenomeno nell'ambito di un progressivo potenziamento delle fonti eteronome del contratto.

Indubbiamente il tema del *modus operandi* della nullità sul regolamento contrattuale e, quindi, della relazione che intercorre tra nullità e autonomia negoziale costituisce da sempre uno snodo cruciale della ricerca sull'invalidità¹³⁹; né può negarsi l'importanza fondamentale dei rapporti tra disciplina della nullità parziale e politiche legislative di correzione del contratto. Circa la convinzione che tali rapporti siano radicalmente mutati, con l'avvento nel sistema delle nullità parziali di derivazione comunitaria¹⁴⁰, è lecito tuttavia esprimere qualche perplessità.

Quando si pone l'accento sul carattere conformativo delle nuove nullità¹⁴¹ si vuole significare, in primo luogo, che la loro applicazione conduce al

¹³⁷ SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, 2011, 386 ss.; CASTRONOVO – MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, 2008, II, 479 ss.; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 2.

¹³⁸ L'uso del verbo “conformare” è spesso alternato, in un'ottica di piena fungibilità, all'impiego di altri termini come rettificare, correggere, adattare, riequilibrare, rimodellare. Bisogna allora intendersi su cosa si vuole esattamente significare con queste espressioni, le quali forse vengono avvicinate con eccessiva disinvoltura per evocare un unico concetto quando, invece, si prestano a recare significati tutt'altro che identici.

¹³⁹ Sulla tradizionale concezione dei rapporti tra autonomia negoziale e nullità, intesa come qualificazione negativa di un'operazione economica privata, tale da implicarne il mancato riconoscimento giuridico, nonché sul corretto intendimento della maniera in cui le nuove nullità si relazionano con l'autonomia privata, v. diffusamente *infra*, 75 ss.

¹⁴⁰ Per nullità di derivazione comunitaria qui si intendono quelle nullità che convenzionalmente sono fatte rientrare dalla dottrina nell'ambito del diritto privato europeo. Sulla nozione di diritto privato europeo v. *supra*, nota 3.

¹⁴¹ Non bisogna confondere l'effetto “conformativo”, che si asserisce conseguente all'applicazione delle nuove nullità, con il carattere “conformato” del rimedio, per la mutevolezza dei presupposti e del modo di operatività a seconda dell'obiettivo perseguito: DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 2 ed., 2004. Con riguardo a quest'ultimo aspetto è ricorrente l'espressione “nullità – funzione”, che ben rappresenta la graduazione della disciplina della nullità in dipendenza della *ratio* che ne ispira le singole previsioni: SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 500. La preoccupazione di garantire congruenza tra la *ratio* del divieto e le sue conseguenze è particolarmente avvertita nella dottrina tedesca, che spesso utilizza l'argomento della “*teleologische reduction*” degli effetti della nullità. Anche tra i nostri autori, però, si va rafforzando la convinzione che la considerazione della *ratio* di ogni nullità parziale debba ispirare il giudizio sull'estensione del vizio, pure in assenza di una disciplina espressa sul punto: ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., 1191. Di “graduazione del rimedio” parla BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 613-

risultato del mantenimento in vita del contratto ad onta della sua modificazione; ma si intende altresì sottolineare l'introduzione nel sistema del potere, da parte della legge o del giudice, di riscrivere almeno in parte il regolamento negoziale in difformità rispetto al volere dalle parti.

Quanto al primo aspetto, è agevole constatare che la sopravvivenza del contratto modificato costituisce un esito affatto contemplato¹⁴² già nella disciplina comune dell'art. 1419, comma 1, c.c.¹⁴³. D'altronde, se intesa in questa accezione "debole", la conformazione del contratto rappresenta, sul

614, nota 4. Secondo D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 3, nota 9, "la nullità, per realizzare i propri scopi, sa anche autolimitarsi".

¹⁴² In linea generale, anche al di fuori della disciplina della nullità parziale, la non coincidenza del regolamento negoziale con la volontà dei contraenti è circostanza pacificamente fisiologica, stante la pluralità delle fonti che contribuiscono a plasmare il contenuto e gli effetti del contratto in via non soltanto suppletiva ma anche cogente. Superate le teorie più rigidamente volontariste, si afferma ormai costantemente che accanto alle determinazioni convenzionali confluiscono nel contratto disposizioni che hanno titolo nella legge o in altre fonti esterne all'accordo tra le parti, ossia in fonti eteronome. La tesi della pluralità delle fonti negoziali poggia, oltre che sulla lettera dell'art. 1374 c.c., su una lettura sistematica del principio di buona fede: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.. Il contratto, ciò nonostante, resta fondamentalmente un atto di autonomia delle parti, in quanto è nell'accordo che esso trova la sua fonte costitutiva e la determinazione della causa oltre che del contenuto essenziale. Gli effetti extraconvenzionali sono pur sempre integrativi e non comportano il mutamento della natura dell'atto: BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 499 ss.. Sull'eterointegrazione del contratto si tornerà più approfonditamente nel cap. II, par. 1. Spunti favorevoli al superamento dell'intangibilità del regolamento contrattuale possono rinvenirsi nelle norme che regolano le sopravvenienze: si pensi, ad esempio, alla disciplina dell'impossibilità parziale sopravvenuta (art. 1464 c.c.) che, pur mirando alla ricomposizione dell'equilibrio originariamente voluto dalle parti, finisce con l'imporre ad una di esse la sopravvivenza di un contratto modificato (è una mera *ficcio* affermare che il contraente, se avesse conosciuto la successiva impossibilità parziale della propria prestazione e il conseguente diritto ad un compenso parziale, avrebbe ugualmente stipulato). Il ridimensionamento di una prestazione in relazione all'entità dell'altra è contemplato dall'ordinamento anche in relazione a vizi genetici, seppur attinenti all'oggetto materiale della prestazione e non all'atto in sé: si pensi alla c.d. *actio quanti minoris*, mediante la quale l'acquirente può ottenere la riduzione del prezzo in presenza di vizi della cosa (art. 1492 c.c.), con conseguente costrizione del venditore ad accettare un prezzo diverso da quello pattuito. Sui rapporti tra tali forme di riduzione giudiziale e le nullità con sostituzione, v. *infra*, 175 ss.

¹⁴³ D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., 86; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 639; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 52 ss.; DI MAJO, *Le nullità*, cit., 104. L'opportunità della conservazione talvolta prevale sull'intangibilità della volontà delle parti: ogni qual volta non conduce all'estensione della nullità, il criterio contemplato dalla norma comporta la cassazione di una parte o clausola del regolamento negoziale, il che si risolve inevitabilmente in una sua modificazione. Si può dunque affermare che tutte le nullità parziali sono in una qualche misura, in questa limitata accezione, conformative. Suggestiva, al proposito, è l'immagine evocata da CARNELUTTI, *Tentativo contrattuale*, in *Foro it.*, 1948, I, 240, che parla di "contratto tentato": le parti vogliono un negozio che non riesce loro, ma che resta in vigore producendo effetti diversi, proprio come quando ci si propone di uccidere un uomo e si riesce invece soltanto a ferirlo.

piano logico prima ancora che giuridico, un postulato connaturale e insopprimibile di ogni nullità parziale.

D'altra parte, anche a voler intendere la conformazione in un senso più "forte", ossia come mutamento dei reciproci vantaggi e sacrifici programmati dai contraenti, non se ne potrebbe affermare l'assoluta estraneità alla regolamentazione tradizionale della nullità parziale: l'art. 1419, comma 1, c.c., nella misura in cui non considera decisivo per il giudizio di essenzialità ogni mutamento dell'equilibrio contrattuale, finisce col consentire operazioni di "ortopedia contrattuale"¹⁴⁴ in una logica di conservazione del negozio¹⁴⁵ che talora prevale sulle ragioni dell'autonomia negoziale.

Quanto al secondo profilo, a dispetto delle apparenze, la scelta dell'una o dell'altra tecnica di reazione alla nullità parziale si rivela di per sé, rispetto all'entità e alla misura della conformazione, sostanzialmente neutra. Se è vero, infatti, che soltanto nelle ipotesi di adattamento legale o giudiziale del contratto si consente ad una fonte (*lato sensu*) eteronoma di determinare una parte del contenuto negoziale, in sostituzione delle clausole o parti cassate dalla nullità, si può osservare come la c.d. parziarietà necessaria per mera sottrazione, che (solo) formalmente tiene in vita un regolamento interamente scaturito dall'accordo delle parti, si presti di fatto a modificare l'oggetto e gli equilibri negoziali con analoga efficacia. In alcuni casi, anzi, e

¹⁴⁴ ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 686: "È chiaro infatti che la nullità parziale, mutilando il regolamento pattizio, altera sempre il mosaico dei reciproci vantaggi e svantaggi cui i contraenti avevano affidato la realizzazione dei propri piani". V. anche D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 66 e 76: "Certo le parti, nel predisporre la clausola invalida, hanno dato rilievo ad un interesse alla produzione degli effetti di quel patto ... Quando l'ordinamento consente di mantenere in vita il contratto parzialmente nullo, finisce per correggerne il contenuto". Certo, la nullità parziale tradizionale tiene in considerazione l'autonomia privata come valore da "soppesare" alle esigenze di conservazione, di modo che i diversi effetti prodotti dalla porzione negoziale tenuta in vita devono essere rispondenti agli interessi delle parti e dunque, alla causa concreta del contratto originariamente stipulato; ma gli effetti del contratto non sono quasi mai ridotti allo stesso modo e nella stessa misura per ambedue le parti, il che comporta una qualche conformazione dal punto di vista dei reciproci vantaggi e svantaggi.

¹⁴⁵ Secondo GRASSETTI, voce *Conservazione (principio di)*, cit., 176, ad ispirare l'art. 1419, comma 1, c.c. sarebbe la regola dell'*utile per inutile non vitiatur* e non il principio di conservazione, che casomai opererebbe in una fase antecedente, ossia nell'interpretazione del ruolo giocato dal precetto invalido.

specificamente quando manca un meccanismo di riequilibrio¹⁴⁶, la nullità necessariamente parziale giunge persino a stravolgere l'assetto degli interessi fissato dai contraenti: si pensi alle disposizioni che, nel decretare la nullità della clausola di determinazione del corrispettivo, trasformano i contratti bancari (art. 117, comma 7 lett. b ultimo periodo, d.lgs. 385/93)¹⁴⁷ e finanziari (art. 23, comma 2, d.lgs. 58/98) o il mutuo (art. 1815, comma 2, c.c.) da onerosi in gratuiti¹⁴⁸.

Bisogna allora sgombrare il campo dall'equivoco che altera i termini del ragionamento logico. L'immagine di un soggetto terzo che "mette le mani" sul contratto, riscrivendo parte del regolamento, reca con sé l'idea di una forte incisione dell'autonomia negoziale, generando sconcerto tra i puristi del volontarismo¹⁴⁹. Ad uno sguardo più attento, tuttavia, si evince che nelle nuove nullità, diversamente che nel meccanismo di cui agli artt. 1419, comma 2, e 1339 c.c., la sostituzione legale o giudiziale delle clausole invalide è essenzialmente tesa, più che ad imporre una certa regola alle parti, a riavvicinare – nei limiti della validità – il contenuto del contratto parzialmente nullo a quello originariamente deciso dai soggetti che lo hanno stipulato¹⁵⁰. Ciò accade, ad esempio, quando in luogo del tasso inizialmente pattuito, colpito da nullità in quanto superiore a quello pubblicizzato, si prevede il subentro del tasso di interesse minimo per le operazioni bancarie attive (art. 117, commi 6 e 7, d.lgs. 385/93).

¹⁴⁶ Il termine "riequilibrio", qui utilizzato con riguardo alla sostituzione legale o giudiziale della clausola nulla, si presta invero ad identificare anche il complessivo fenomeno della nullità parziale con sostituzioni di clausole ad opera della legge o del giudice.

¹⁴⁷ Va precisato che per quanto attiene ai contratti bancari di cui all'art. 117 d.lgs. 385/90 la trasformazione in gratuità è soltanto parziale: essa riguarda infatti soltanto le condizioni e i prezzi diversi dai tassi di interesse, come risulta dal combinato disposto delle lettere a) e b) del comma 7.

¹⁴⁸ Sulla finalità sanzionatoria di queste norme v. *supra*, nota 130.

¹⁴⁹ La preoccupazione dei volontaristi è ben rappresentata nella tradizione civilistica inglese dall'applicazione della regola nota come *blue pencil rule*, sulla quale v. *supra*, nota 62.

¹⁵⁰ *Contra* D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 94, nota 107, il quale ritiene che la previsione di sostituzioni legali o giudiziali della clausola nulla sia sempre tesa a garantire all'ordinamento l'intervento correttivo sul contratto. In realtà lo strumento attraverso cui l'ordinamento realizza una "correzione" del contratto è in primo luogo la stessa nullità parziale, mentre le sostituzioni tendono casomai ad assicurare un riavvicinamento dell'equilibrio sinallagmatico a quello originario, non essendo di per sé rivolte a "correggere" il contratto. Sulla necessità di considerare le nullità parziali con riequilibrio legale o giudiziale come un fenomeno unitario, e non già come una successione di due operazioni separate, v. però la nota che segue.

La maggiore attitudine conformativa dei meccanismi di sostituzione legale o giudiziale, come caratteristica connaturale e distintiva rispetto alle altre modalità di trattamento della nullità parziale, è per lo più il frutto di una mera suggestione; e l'inganno è dato dal fatto che ci si concentra esclusivamente sul momento della sostituzione, dimenticando che essa consegue alla caducazione di una parte del regolamento originariamente fissato¹⁵¹, ossia ad una nullità parziale.

Premesso che nessuna nullità parziale lascia inalterato il contenuto del contratto, e che la sostituzione legale o giudiziale non comporta necessariamente, rispetto alla mera sottrazione, una più intensa modificazione del regolamento negoziale, la riflessione sul carattere più o meno conformativo delle nuove nullità deve essere impostata diversamente.

A questo proposito viene spesso sottolineato un dato che emerge dal confronto tra la disciplina dell'art. 1419, comma 1, c.c. e quella recata dalle norme di ispirazione comunitaria: queste ultime, esattamente come il secondo comma dell'art. 1419 c.c., dispongono il mantenimento in vita del negozio senza che, almeno apparentemente¹⁵², sia tenuta in alcuna considerazione l'esigenza di preservarne l'identità causale¹⁵³, mentre la disciplina tradizionale consente la conformazione solo entro un certo limite, dato appunto dalla preservazione della causa concreta del contratto.

¹⁵¹ PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 218: "Nullità parziale e sostituzione si risolvono in momenti complementari del trattamento dell'atto nullo". Caducazione della clausola e successivo riadattamento del contratto, anche dal punto di vista dell'attitudine conformativa, vanno considerati nel loro congiunto operare. In quest'ottica, essi finiscono spesso per concretare una riduzione della clausola. Si immagini un contratto con un corrispettivo abusivo ed iniquo di 200: per ricondurre il negozio ad equità il giudice dovrà, una volta accertata la nullità della clausola che prevede il corrispettivo, eliminarla dal contratto e poi rideterminare equamente, fissandola ad esempio a 100, la somma dovuta. Qualora il medesimo corrispettivo fosse stabilito in due clausole separate, ciascuna delle quali recante l'obbligo di pagare la somma di 100, all'iniquità del prezzo complessivo potrebbe rimediarsi con la nullità di una delle due clausole senza la necessità di alcuna integrazione susseguente. In tal guisa, l'intervento del giudice apparirebbe meno conformativo.

¹⁵² In realtà l'esigenza di non stravolgere l'assetto di interessi fissato dalle parti viene tenuta in considerazione dal legislatore anche nell'ambito delle nullità parziali speciali di derivazione comunitaria, sia pure mediante soluzioni differenti rispetto a quella tradizionale.

¹⁵³ TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, cit., 906. Il carattere necessariamente parziale della nullità, che accomuna le nuove previsioni normative all'art. 1419, comma 2, c.c., è ispirato tuttavia da ragioni di politica legislativa affatto diverse: PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 229.

L'assunto è ampiamente condivisibile. Ciò non significa, però, che la misura della modificazione contrattuale conseguente all'applicazione delle nuove nullità parziali sia, nel raffronto con quanto previsto dal regime generale, sempre e comunque maggiore: il rilievo, inerendo alla dimensione astratta della tecnica utilizzata e non considerando il contenuto puntuale delle nuove norme, ne attesta solo in via potenziale la maggiore capacità di conformazione del contratto.

Viene anche affermato che l'art. 1419, comma 1, c.c. conformerebbe sì il contratto ma quasi accidentalmente, essendo la nullità tradizionale "amica" dell'autonomia negoziale e rivolta esclusivamente a dettarne i limiti esterni, laddove nelle nuove nullità, antagoniste rispetto al valore dell'autodeterminazione privata, la manipolazione del contratto costituirebbe esattamente la realizzazione dello scopo per cui la nullità stessa è disposta, alla medesima stregua di quanto accade nella fattispecie di cui all'art. 1419, comma 2, c.c.¹⁵⁴.

L'impostazione è suscettibile di critica. In tutte le nullità parziali, a decidere dell'estensione del vizio è un valore esterno all'autonomia privata e con essa configgente: il valore della conservazione negoziale nell'art. 1419, comma 1, c.c.; l'opportunità di imporre un certo contenuto negoziale nell'art. 1419, comma 2, c.c.; la protezione del contraente debole e la tutela della concorrenza nelle nullità di derivazione comunitaria¹⁵⁵. La differenza, nei rapporti con l'autonomia, sta nel fatto che la conservazione è ritenuta un bene di pari rango, perciò da bilanciarsi, mentre l'imposizione di contenuti negoziali e la protezione del contraente debole sono considerati obiettivi preminenti e, quindi, salvano il contratto a prescindere da ogni valutazione circa la vicinanza del regolamento modificato rispetto a quello originario.

¹⁵⁴ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 91, secondo il quale l'immissione di valori dell'ordinamento nel giudizio di nullità parziale è prerogativa degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. come delle tecniche tese a salvare il negozio parzialmente nullo a garanzia della posizione di uno dei contraenti, mentre "*nel giudizio tradizionale di nullità parziale non confluiscono valutazioni estranee alle scelte dei contraenti*".

¹⁵⁵ La protezione del contraente debole e la tutela della concorrenza, pur comportando formalmente una serie di limiti all'autonomia negoziale, convergono in realtà con l'obiettivo di assicurare a ciascun contraente la pienezza della sua autonomia sul piano sostanziale. Sul punto v. *infra*, 84 ss.

Anche nel primo comma dell'art 1419 c.c., insomma, l'ordinamento compie una scelta di valore. Certo, va detto che nelle nuove nullità il valore esterno utilizzato per decidere dell'estensione del vizio è lo stesso che ispira la previsione della nullità parziale, e riveste un carattere di merito, essendo inerente al contenuto del contratto. Va altresì precisato che, al contrario, una tale correlazione manca nella nullità parziale tradizionale, in cui al vaglio ordinamentale di merito sulla validità della clausola si affianca una valutazione, quella del bilanciamento tra conservazione e autonomia, di stampo differente perché prescinde da un giudizio di valore sulle scelte contenutistiche delle parti¹⁵⁶. Tuttavia queste osservazioni, attenendo alle ragioni della conformazione, non recano indicazioni utili sul quando e sul quanto la nullità, di volta in volta, conforma il contratto.

L'entità concreta della modificazione dipende invece, in primo luogo, dall'oggetto della nullità parziale e, in seconda battuta, dalla presenza o meno di meccanismi di riequilibrio legale e giudiziale in grado di attutire la variazione recata dalla disciplina complessivamente considerata.

Il confronto con la disciplina comune, sul piano specifico dell'attitudine a conformare il contratto, non può dunque prescindere dall'identificazione dell'oggetto sul quale le norme di più recente emersione lasciano cadere la nullità senza che l'intero contratto venga meno. Dal punto di vista dei rapporti con l'autonomia negoziale, l'eventuale elemento di rottura deve ricercarsi nel contenuto e nella tipologia delle clausole di cui si dispone la nullità, vagliandosi di volta in volta la misura della diversità tra l'assetto di interessi voluto dalle parti e quello risultante dall'applicazione delle singole fattispecie.

Sotto questo profilo, si può constatare come le nuove nullità riguardino spesso clausole che, non disciplinando immediatamente l'oggetto delle reciproche prestazioni o attribuzioni, attengono invece allo sviluppo del rapporto tra le parti in una fase successiva alla stipulazione, prevedendo tra

¹⁵⁶ Mentre nelle nuove nullità parziali il valore esterno penetra all'interno del regolamento negoziale, nella disciplina tradizionale esso resta al di fuori del contratto, decidendone tuttavia pur sempre le sorti in termini di sopravvivenza o integrale invalidazione. Se è vero, dunque, che l'applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c. talora comporta la conformazione del contratto, ciò non avviene di certo in vista della realizzazione di una giustizia contrattuale. Sulla teoria volta a ricondurre il giudizio di nullità parziale in una logica di buona fede v. *supra*, nota 87.

l'altro limitazioni di responsabilità, facoltà di recesso, limiti all'opponibilità di eccezioni o deroghe alla competenza territoriale dell'autorità giudiziaria (art. 33 d.lgs. 206/05¹⁵⁷), oppure fissando gli interessi moratori dovuti in caso di ritardo nel pagamento del corrispettivo (art. 7 del d.lgs. 231/02). D'altro canto, quelle rare volte in cui esse colpiscono clausole che definiscono in termini cronologici (art. 7 d.lgs. 231/02: data del pagamento), quantitativi o qualitativi (art. 34, comma 2, d.lgs. 206/05: corrispettivo individuato in modo non chiaro o incomprensibile; art. 117, commi 6 e 7, d.lgs. 385/93: tasso di interesse e altri corrispettivi nei contratti bancari; art. 23, comma 2, d.lgs. 58/98: corrispettivo per i servizi di investimento; art. 13, comma 5, l. 431/98: canone locatizio)¹⁵⁸ una delle prestazioni contrattuali, l'impatto modificativo risulta ridotto in conseguenza dell'operatività dei citati meccanismi di sostituzione.

Si è già evidenziato, del resto, come molto raramente le nullità parziali di protezione conducano all'esito di imporre la conservazione del contratto in una configurazione che, comparata con quella originaria in applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c., non ne consentirebbe la salvezza¹⁵⁹; fermo restando, si intende, che nei casi di sostituzione legale o giudiziale alla nuova configurazione del contratto si giunge attraverso procedimenti che quello stesso art. 1419, comma 1, c.c. non contempla, in quanto prigioniero della rigida alternativa tra estensione del vizio e conservazione della parte negoziale residua.

¹⁵⁷ La disposizione riprende l'art. 1469-*bis* c.c., introdotto dalla l. 52/96 in attuazione della direttiva 93/13/CE.

¹⁵⁸ Talvolta l'oggetto della nullità parziale è indeterminato, riferendosi la previsione a qualunque patto che determini uno squilibrio economico o normativo (art. 9 l.192/98; art. 3.2.7 Principi Unidroit; art. 4:109 P.E.C.L.). Anche in questi casi la nullità può colpire le clausole che stabiliscono le reciproche prestazioni o attribuzioni.

¹⁵⁹ Il rilievo vale anche per le ipotesi in cui la nullità colpisce *pro quota* elementi essenziali del contratto: l'essenzialità strutturale dell'elemento inciso dalla nullità non coincide necessariamente con l'essenzialità funzionale della parte invalidata, determinante nel giudizio di cui all'art. 1419, comma 1, c.c.. In questo senso v. Cass. 8 novembre 2005, n. 21647; e Cass. 19 luglio 2002, n. 10536, cit.. Si è già detto, cioè, che applicando l'art. 1419, comma 1, c.c. *“non sarà sempre nullo quel regolamento toccato in un suo elemento essenziale – es. il prezzo della compravendita – quando quell'elemento essenziale risulti da un regolamento complesso solo in parte viziato. Non basta che la previsione di talune voci di corrispettivo sia nulla per ritenere nullo l'intero contratto: si tratterà di capire se il complessivo corrispettivo, depurato di quella voce, rispecchi ancora il significato del contratto”*: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 90, nota 99.

In fin dei conti, si può affermare che i rapporti tra nullità parziale e autonomia negoziale non sono mutati se non nella misura in cui siano gli stessi ambiti e spazi dell'autonomia negoziale ad aver subito un qualche cambiamento; e non sembra cogliere pienamente nel segno l'affermazione secondo cui il primo comma dell'art. 1419 c.c. avrebbe perduto la propria centralità per motivi di carattere funzionale, ossia per la sua assoluta inadeguatezza alle nuove finalità di conformazione¹⁶⁰.

La funzione della nullità resta quella di limitare il riconoscimento degli atti di autonomia privata¹⁶¹, al fine di evitare che l'attività contrattuale realizzi risultati in contrasto con i valori dell'ordinamento. Anche nel nuovo panorama normativo, per tutelare interessi generali, il legislatore preferisce vietare¹⁶² determinati contenuti negoziali piuttosto che imporli¹⁶³: il

¹⁶⁰ Da un lato, come si è detto *supra*, 57 ss., anche l'art. 1419, comma 1, c.c. mette in discussione i contenuti negoziali voluti dai contraenti, rispettando solo in parte la loro autonomia, e ha la funzione di consentire, sia pure entro un certo limite di compatibilità con l'intento originario delle parti, una conformazione del contratto. Dall'altro, lo scopo delle nuove nullità non è, almeno direttamente, quello di conformare il regolamento negoziale, essendo la conformazione, anche in esse, una mera conseguenza della neutralizzazione di patti disapprovati. Si è sottolineato, d'altra parte, che anche l'art. 1419, comma 1, c.c. sarebbe idoneo a realizzare la protezione del contraente debole con riguardo agli abusi e alle iniquità che si riverberano in proposizioni secondarie nell'assetto degli interessi: GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., 434. Contraddittorio PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 204, il quale afferma che la clausola nulla imposta dal contraente forte a quello debole può non rivestire carattere essenziale sul piano oggettivo, ma poi conclude che "alla stregua del comma primo dell'art. 1419, alla nullità si dovrebbe il più delle volte riconoscere carattere totale, e l'istituto si dimostrerebbe inidoneo a realizzare una efficace tutela del contraente protetto".

¹⁶¹ Che la nullità serva per delimitare l'autonomia contrattuale, e non già per dirigerla, è ben evidenziato da P. BARCELLONA, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, 1987, 287. Sulla distinzione tra limiti interni e limiti esterni all'autonomia negoziale, v. *infra*, 83 ss.

¹⁶² Non si tratta in realtà di veri e propri divieti, bensì di negazioni del riconoscimento giuridico. Il termine "vietare" è qui utilizzato perché più adatto ad evocare la finalità perseguita dal legislatore, che è quella di evitare che i contratti assumano determinati contenuti in danno del contraente debole e del mercato concorrenziale.

¹⁶³ Vi è anzi un progressivo abbandono della sostituzione di clausole nulle a mezzo di contenuti dettati da norme imperative: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 6, 118 e 248 nota 34, il quale sottolinea che "in questi tempi le scelte politiche si tengono ben lontane da calmieri e canoni equi ... la tendenza ad imporre alle parti discipline inderogabili è recessiva ... 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". A ciò corrisponde la tendenza ad introdurre in numero sempre maggiore ipotesi, prima eccezionali e per lo più estranee all'ambito proprio della nullità parziale, di sostituzione a mezzo di regolamentazioni dispositive: da un lato, la nullità e il successivo riadattamento del contratto operano solo quando la scelta delle parti oltrepassi determinati limiti, e quasi sempre unicamente in presenza di abusi del potere privato, così che l'intervento sostitutivo costituisce l'*extrema ratio*; dall'altro, spesso il legislatore si astiene dal predeterminare in modo netto tali limiti, rimettendo la valutazione di iniquità e talvolta la determinazione del conseguente

contratto è parzialmente invalido non perché i contraenti non hanno voluto ciò che dovevano volere, come accade nell'ipotesi di cui agli artt. 1419, comma 2, e 1339 c.c.¹⁶⁴, ma perché hanno voluto ciò che non potevano volere, esattamente come nell'ipotesi di cui all'art. 1419, comma 1, c.c.¹⁶⁵. L'accostamento delle nuove tecniche alla sostituzione mediante norme imperative, nel quadro di una politica unitaria di correzione del contratto, appare quindi fuorviante¹⁶⁶.

riequilibrio in capo al giudice. Sul tema v. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 228: “L’art. 1339 ... è norma concepita ancora nella prospettiva di interventi legati ad una sorta di riserva legislativa quanto alla imposizione della clausola sostitutiva. È la legge che pone la regola sostitutiva ... diversa affatto è, nei suoi aspetti salienti, la attuale prospettiva di intervento: che, da un lato, non impone a priori un contenuto inderogabile del contratto e, dall’altro, appresta nuovi strumenti di controllo del regolamento, grazie al diffuso impiego di fattispecie legislative aperte, quasi norme in bianco che rinviano a valutazioni che la norma di per sé non esaurisce”. In giurisprudenza v. Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.: “Vi sono casi in cui la correzione della volontà delle parti avviene automaticamente, per effetto di una disposizione di legge che ne limita l'autonomia e che sostituisce alla volontà delle parti quella della legge (in tali casi l'accordo delle parti, che non rispecchia il contenuto tipico previsto dalla legge ... viene modificato mediante la sostituzione della parte non conforme); ve ne sono altri, in cui una inserzione automatica della disciplina legislativa, in sostituzione di quella pattizia, non è possibile perché non può essere determinata in anticipo la prestazione dovuta da una delle parti, che quindi non può essere automaticamente inserita nel contratto; in tali casi la misura della prestazione è rimessa al giudice”.

¹⁶⁴ La clausola imposta si inserisce nel contratto anche se le parti non l'hanno voluta nel loro programma negoziale.

¹⁶⁵ L'ordinamento vieta al contraente forte di concludere un contratto significativamente squilibrato, abusando del proprio potere privato. Ciò non vuol dire che le parti, per ottenere il riconoscimento giuridico del proprio atto di autonomia, debbano necessariamente comporre i propri confliggenti interessi in modo oggettivamente equilibrato: v. *infra*, 113 ss.

¹⁶⁶ Non convince, insomma, l'assunto secondo cui “il sistema degli articoli 1339 e 1419, *cpv.*, c.c., che postula l'esistenza di una disciplina legale inderogabile che sostituisca clausole difformi, è solo una ... delle tecniche che mirano ad evitare che il giudizio di nullità parziale comprometta la correzione legale del negozio”: v. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 6, nota 14. Pare improprio, cioè, inquadrare le nuove tecniche come meccanismi alternativi alla sostituzione automatica di clausole per assicurare l'intervento sul negozio. Un conto è tutelare interessi generali confinando l'autonomia privata entro un determinato perimetro, altro è, a tutela di quegli stessi interessi generali, imporre alle parti un dato contenuto contrattuale anche in sostituzione delle eventuali clausole difformi: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 15, il quale sottolinea che “sono norme imperative quelle che pongono limiti al contenuto dell'atto privato per motivi di interesse generale, utilizzando sostanzialmente due diverse tecniche. Un primo tipo di limitazione consiste nel porre una sorta di perimetro entro il quale l'attività deve essere mantenuta, pena la nullità dell'atto realizzato. Si tratta di limiti esterni, nel senso che il privato può spaziare, nel definire il contenuto dell'atto stesso, fino al punto di non oltrepassare tali limiti ... un altro tipo di limitazione assai più penetrante si verifica invece quando la norma imperativa, lungi dal limitarsi a porre dei confini esterni, detta essa stessa il contenuto vincolante di determinate pattuizioni”. Nelle nuove nullità l'intenzione non è quella di imporre *ab externo* determinati contenuti negoziali, magari in nome di esigenze di solidarietà o giustizia sociale, bensì quella di assicurare la piena e libera concorrenza mediante la tutela dell'autonomia sostanziale del contraente debole, per cui a monte non vi è un'inderogabilità ma una “derogabilità limitata”. Si veda PASSAGNOLI,

Se la funzione della nullità rimane invariata, l'elemento di discontinuità emerso negli ultimi decenni ha a che fare con i contenuti sui quali la nullità si dirige. Il principio della concorrenza, nella sua dimensione rafforzata dall'ordinamento comunitario, ha generato nuovi limiti all'autonomia negoziale¹⁶⁷ recando con sé la disapprovazione di quelle clausole che, essendo pattuite mediante l'abuso del potere privato¹⁶⁸, determinino un'iniquità o un'eccessiva indeterminatezza nei rapporti generati dal contratto (artt. 33, 34, 36, 67, 78, 124, 134 e 143 d.lgs. 206/05; artt. 44 e 45 d.lgs. 79/11; art. 23 d.lgs. 58/98; artt. 46 e 117 d.lgs. 385/93; art. 7 d.lgs. 231/02; artt. 5, 6 e 9 l. 192/98).

Tale disapprovazione si pone talvolta in guisa del tutto particolare anzitutto dal punto di vista strutturale, perché investe il superamento di un limite quantitativo¹⁶⁹. Una situazione, questa, che è stata classificata in dottrina come "nullità quantitativa"¹⁷⁰ e che, a ben vedere, non era affatto sconosciuta già al legislatore del 1942: nel codice si rinvenivano numerosi casi di patti riconosciuti come validi solo entro un certo valore o termine massimo (v., ad es., gli artt. 658, 1500, 1501, 1566, 1573, 1865, 1941, 2125,

Nullità speciali, cit., 230: "Avviene ... in modo ricorrente in ipotesi nelle quali si riscontra, quale comune fondamento, una più intensa tutela di una parte contraente ... una disciplina ... che non esclude a priori (a differenza delle fattispecie cui han riguardo gli artt. 1339 e 1419 secondo comma) un valido esercizio dell'autonomia negoziale; che è libera, anzi, in via di principio, di derogarvi ... assoggettata a limiti". In definitiva, se è vero che anche la correzione giudiziale del contratto e la reviviscenza di norme dispositive iniquamente derogate conducono all'esito del subentro di una clausola equa ad una clausola iniqua, tale esito è il prodotto di presupposti, percorsi e finalità del tutto particolari.

¹⁶⁷ Si tratta, invero, di limiti all'autonomia formale posti a tutela dell'autonomia sostanziale dei contraenti: PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 230, il quale evidenzia come tali limiti siano previsti in presenza di "circostanze che rendano precarie le garanzie di effettività di un esercizio sostanzialmente paritetico dei contrapposti poteri di autonomia delle parti del contratto". Sul punto v. approfonditamente *infra*, 84 ss.

¹⁶⁸ Per "potere privato" si intende la situazione di preminenza economica o conoscitiva che un soggetto ha nei confronti di altri, tale da determinare un'asimmetria nei poteri di negoziazione: RAISER, *Il compito del diritto privato*, 1990, *passim*.

¹⁶⁹ PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 230: "L'autonomia negoziale ... viene assoggettata a limiti, potrebbe dirsi, quantitativi seppure indeterminati".

¹⁷⁰ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 32, nota 42. Di "carattere quantitativo" della nullità, con riferimento ai casi in cui l'entità di una prestazione o la durata di un certo effetto superano la misura consentita dalla legge ed il negozio è nullo per l'eccedenza, già parlava TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., 506. Per una diversa accezione dell'espressione v. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, 1978, 180 ss.

2557, 2596 c.c.), superato il quale l'accordo viene sanzionato con la nullità nella parte eccedente¹⁷¹.

Ebbene, queste stesse peculiarità strutturali, comuni a molte tra le recenti previsioni di nullità parziale, forniscono la giusta chiave di lettura di un fenomeno, quello della diffusione di tecniche alternative nel trattamento del contratto parzialmente nullo, che troppo spesso viene invece spiegato facendo esclusivo riferimento agli scopi di protezione.

Proprio l'osservazione delle indicate disposizioni codicistiche, infatti, consente di notare come il legislatore, nel prevedere queste nullità parziali strutturalmente peculiari, detti sempre una disciplina derogatoria dell'art. 1419, comma 1, c.c.¹⁷². Questo dato suggerisce che la perdita di centralità dell'art. 1419, comma 1, c.c. non può essere adeguatamente spiegata senza tenere in debita considerazione la connotazione quantitativa dell'oggetto delle nuove nullità, in relazione alle cause che le determinano.

Il presupposto della nullità, nelle menzionate fattispecie di derivazione comunitaria, consiste nell'iniquità o nell'eccessivo squilibrio di talune pattuizioni, concordate all'esito di un procedimento "macchiato" dall'abuso di posizioni di asimmetria economica o informativa¹⁷³.

Tali fattispecie si collocano in un quadro finalisticamente unitario, in cui lo scopo consiste nella tutela del contraente debole e del mercato concorrenziale. Ciò nonostante, come si è ampiamente illustrato in precedenza, il legislatore predispose uno scenario rimediale variegato,

¹⁷¹ Per BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 474, si tratta di nullità "aventi una funzione di rettifica, tendenti cioè a ricondurre il precetto dell'autonomia privata nell'orbita della legalità".

¹⁷² Il meccanismo utilizzato è quasi sempre la riduzione *ex lege* del patto al valore massimo consentito, predeterminato in maniera precisa dal legislatore: si pensi al patto di non concorrenza tra imprenditori che, se stipulato per un periodo superiore a cinque anni, "è valido per la durata di un quinquennio" (art. 2596, comma 2, c.c.). Nelle nuove nullità parziali, invece, fa spesso difetto proprio la fissazione di un preciso limite massimo al contenuto del patto: di qui le differenze di disciplina, con la necessità di demandare al giudice il compito di individuare il limite nel caso concreto, attraverso l'applicazione della clausola generale di iniquità/squilibrio, e talora anche il potere di ricondurre ad equità il contratto. Sul punto si tornerà *infra*, 75 ss.

¹⁷³ Non sempre il legislatore prevede esplicitamente, come presupposto necessario delle nullità in questione, la condotta abusiva del contraente forte. Quest'ultima, tuttavia, viene considerata un elemento indefettibile delle fattispecie di nullità per iniquità o squilibrio, di modo che essa sarebbe da ritenersi implicitamente richiamata anche quando non è espressamente menzionata: v. *infra*, 90 ss.

limitandosi talora a disporre la nullità della clausola iniqua e prevedendone invece, in altri casi, la sostituzione legale o giudiziale.

Il discrimine sta nell'oggetto su cui la nullità si abbatte.

Quando la nullità ha ad oggetto elementi accessori del contratto, e la clausola è invalida perché di per sé e interamente iniqua¹⁷⁴, è sufficiente ricorrere alla sua eliminazione disponendo che “*il contratto resta valido per il resto*”; e qui la peculiarità disciplinare, che consiste unicamente nella parzialità necessaria della nullità, dipende esclusivamente dalla *ratio* di protezione del contraente debole e regolazione del mercato.

Quando, invece, lo squilibrio interessa una clausola del contratto che è ineliminabile, in quanto determina i contenuti, le modalità e i tempi di una delle prestazioni o attribuzioni principali, la clausola non è mai disapprovata in sé e interamente ma solo nella misura in cui è iniqua, e la ragione della sua invalidità sta nel suo essere iniqua dal punto di vista quantitativo.

Ad una tale situazione sarebbe irragionevole far conseguire la cancellazione integrale della clausola, per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, perché con il venir meno della clausola cadrebbe l'intero contratto, in danno di quella stessa parte debole che si intende tutelare, per cui il rimedio andrebbe oltre e contro il suo scopo; ma soprattutto, e prima ancora, perché ad essere disapprovato non è il corrispettivo in quanto tale ma la sua iniqua eccedenza, ed è dunque tale eccedenza che va rimossa¹⁷⁵.

La singolare disciplina approntata per tali nullità, pertanto, discende principalmente dalla particolare caratteristica del loro oggetto, che va identificato nell'iniqua eccedenza quantitativa del contenuto di una clausola.

Sotto questo profilo¹⁷⁶, più che di conformazione del contratto o di reazione

¹⁷⁴ La clausola può considerarsi di per sé iniqua quando l'effetto della clausola stessa, a prescindere da componenti di carattere quantitativo, determina un rilevante squilibrio economico o normativo tra le parti del contratto.

¹⁷⁵ La nullità, infatti, oltre che nei suoi effetti, può essere graduata anche nel suo oggetto a seconda della finalità che persegue. Con riferimento alla nullità per iniquità di clausole essenziali, si può parlare di una vera e propria delimitazione oggettiva: la clausola è nulla solo nella misura in cui è eccessiva. Lo scopo di rimediare all'iniquità per proteggere il contraente debole ispira la delimitazione oggettiva della nullità. È proprio questa delimitazione, poi, a determinare il ricorso a tecniche alternative nel trattamento normativo della nullità parziale, secondo una scelta che, quindi, dipende solo indirettamente dalla *ratio* della previsione di invalidità.

¹⁷⁶ Nelle suddette fattispecie, il diverso problema dell'estensione o meno del vizio all'intero contratto è implicitamente risolto con una statuizione di parzialità necessaria, in deroga all'art. 1419, comma 1, c.c..

alla nullità parziale, è forse più corretto parlare di delimitazione dell'oggetto della nullità¹⁷⁷.

La prospettazione appena illustrata presuppone che la nullità possa avere ad oggetto una parte di clausola¹⁷⁸, circostanza tutt'altro che pacifica nel dibattito contemporaneo.

Invero, ad oggi la maggior parte della giurisprudenza e della dottrina si mostra contraria ad ammettere questa possibilità.

Tra gli argomenti maggiormente utilizzati vi è la sottolineatura della formulazione letterale dell'art. 1419, comma 1, c.c.: l'aggettivo "*singole*" farebbe pensare alla nullità di clausola come misura minima dell'invalidità, rispetto ad una "*nullità parziale*" che andrebbe intesa come nullità di più clausole e che quindi costituirebbe con la "*nullità di singole clausole*" una vera e propria *endiadi*¹⁷⁹.

Il ragionamento non pare inconfutabile. Da un lato, infatti, nulla impedisce, quantomeno sul piano logico, di sussumere il concetto di "nullità di parte di clausola" in quello più ampio di "nullità parziale", in conformità con la lettera dell'art. 1419 c.c.¹⁸⁰. Dall'altro, ed è ciò che più conta, il rilievo

¹⁷⁷ È importante distinguere il piano della delimitazione oggettiva della nullità da quello, evidentemente diverso, della c.d. graduazione (o riduzione) teleologica dei suoi effetti.

¹⁷⁸ Preliminare alla risoluzione della questione è la definizione del concetto di clausola, sulla quale v. *infra*, 71 ss.: solo intendendo la clausola in chiave sostanziale, e non in una dimensione meramente sintattica, si può discutere di una sua ipotetica divisibilità in più parti.

¹⁷⁹ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 25: "L'art. 1419, nel contemplare la nullità parziale di un contratto o di singole clausole, sembra concepire nella clausola l'elemento irriducibile del negozio, destinato a cadere interamente quand'anche si discutesse dell'invalidità di una sua interna componente". In giurisprudenza v. Cass., SS. UU., 16 ottobre 1958, n. 3294, cit., secondo la quale l'art. 1419 c.c. non contempla e quindi non regola la nullità di una parte di clausola. Più di recente, però, v. Cass. 16 settembre 2010, n. 19586, in *Contr.*, 2/2011, 125 e ss., secondo cui "*in caso di patto di non concorrenza inserito in un contratto di agenzia, detto patto può ritenersi operante ai sensi dell'art. 1751-bis, comma 1, c.c. solo per la medesima zona e clientela per la quale era stato concluso il contratto di agenzia, mentre deve ritenersi nullo per la parte eccedente*". Sempre con riguardo all'ipotesi in cui il patto di non concorrenza dell'agente vada oltre la zona e la clientela cui inerisce il contratto di agenzia, v. BRANDOLINI, *Il contratto di agenzia*, 2010, 67, ad avviso della quale "*si verifica un fenomeno di nullità parziale della clausola e non di nullità dell'intera clausola*".

¹⁸⁰ CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e Resp.*, 2004, 1169, sostiene la perfetta sussumibilità della nullità parziale di clausola nel più ampio concetto di nullità parziale del contratto. Solo apparentemente simile è la posizione di TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., 1978, 109, secondo cui con il sintagma nullità parziale il legislatore si riferirebbe proprio ai casi di nullità quantitativa interna ad un medesimo precetto, e tuttavia in siffatte ipotesi non vi sarebbe l'invalidità di una parte di clausola bensì la nullità del negozio "per una parte". In posizione mediana si pone CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit., 195,

prospettato non è di per sé sufficiente ad escludere in via generale ed assoluta la configurabilità della “nullità parziale di clausola” nell’intero ordinamento: se anche fosse realmente tale, la scelta del legislatore di non disciplinare nell’art. 1419 c.c. la nullità di una parte di clausola potrebbe essere spiegata anche in maniere differenti.

Potrebbe sostenersi, ad esempio, che per il caso di nullità di una frazione di clausola l’art. 1419 c.c., nel concepire la clausola come oggetto minimo della nullità parziale, dispone implicitamente l’automatica estensione del vizio in via strutturale e “originaria” all’intera clausola di cui la frazione fa parte, in una fase preliminare al successivo giudizio sulla volontà ipotetica dei contraenti¹⁸¹.

Potrebbe altrettanto ragionevolmente ritenersi, diversamente, che le fattispecie di nullità parziale di clausola, pur delineate in varie disposizioni del codice e della legislazione speciale, non trovino la loro disciplina nell’art. 1419 c.c. bensì, esplicitamente o implicitamente, nell’ambito di quelle stesse disposizioni che di volta in volta le prevedono. In altri termini, in ragione dell’inadeguatezza dell’art. 1419 c.c. (non già agli scopi di conformazione, ma) a realizzare questa inconsueta graduazione oggettiva

sostenendo che la nullità parziale può consistere nell’invalidità di una parte di clausola soltanto quando si possa rinvenire, all’interno della clausola stessa, una parte non essenziale.

¹⁸¹ D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 25 ss.: “L’indagine sulla nozione di clausola consentirebbe allora di capire quale sia l’estensione originaria, già in via strutturale, della nullità ... per capire quale sia la porzione di negozio invalidata non sembra sufficiente verificare su cosa si diriga la previsione di nullità, ma si deve per l’appunto accertare cosa siano la parte o la clausola del negozio ... e cioè se le parti stabiliscono un corrispettivo prevedendone voci diverse, è decisivo capire se ciascuna di queste voci rappresenti o meno una autonoma clausola, ovvero costituisca solo una porzione dell’unica clausola che contempla il complesso delle voci destinate, per ciò solo, tutte a cadere”. Va detto, tuttavia, che nel testo dell’art. 1419 comma 1 c.c. non vi è alcuna traccia della duplicità di fasi (via originaria – via derivata) in cui si articolerebbe il giudizio sull’estensione della nullità. Anche sul piano logico, non convince l’affermazione secondo cui la parte immediatamente ed originariamente invalidata non coinciderebbe con l’oggetto sul quale la previsione di nullità si dirige. D’altra parte, la stessa giurisprudenza si mostra confusa sul punto, invocando al contempo e per i medesimi contenuti l’estensione “strutturale” del vizio e la considerazione che “*le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità*”: Cass. 26 giugno 1987, n. 5675, cit. L’indagine sull’effettiva estensione della clausola diviene invece fondamentale quando il legislatore commina la nullità della clausola nella sua interezza, poiché è proprio e soltanto in questo caso che l’effettiva dimensione della clausola determina la delimitazione originaria del vizio.

della nullità¹⁸², ogni disposizione recante una nullità quantitativa detterebbe per essa un'apposita disciplina in deroga alla norma generale.

A favore di quest'ultima tesi militano diversi argomenti.

In primo luogo, non sembra che sussistano ostacoli insormontabili, sul piano logico oltre che giuridico, alla possibilità che la nullità colpisca una parte di clausola. Certo, la rilevanza della problematica dipende in buona misura dalla definizione e, soprattutto, della delimitazione del concetto di clausola che si compie a monte, con riferimento alla sua dimensione astratta. La scelta che si effettua al riguardo determina, a valle, gli ambiti che residuano alla questione della nullità parziale di clausola¹⁸³. Non a caso, il filone interpretativo orientato in senso negativo è costretto a ridurre il più possibile la nozione di clausola, identificando quest'ultima con ogni porzione regolamentare suscettibile di autonoma considerazione giuridica¹⁸⁴. Di contro, i fautori della c.d. "estensione della nullità in via originaria" tendono a dilatare il concetto di clausola, per conseguire indebitamente soluzioni

¹⁸² La norma, del resto, è stata redatta in un'epoca in cui la clausola costituiva quasi sempre l'unità minima presa in considerazione dalle previsioni di nullità. Non pare irragionevole, allora, sostenere che il legislatore del 1942, nel dettare la regola generale, non abbia avvertito il bisogno di disciplinare la fattispecie della nullità interna a una singola clausola, lasciando tale compito alle poche disposizioni settoriali che tale situazione contemplavano. Si spiega così anche l'odierna proliferazione dei trattamenti alternativi della nullità parziale: da un lato, la nullità sanziona sempre più spesso frammenti di clausola (o, se si preferisce, l'oggetto del contratto nella sua componente quantitativa); dall'altro, è proprio di fronte a queste ipotesi che l'art. 1419 c.c. si mostra inadeguato, non regolando la fattispecie in questione.

¹⁸³ Non condivisibili, sul punto, paiono gli approcci formalistici tesi ad identificare la clausola nella proposizione negoziale sintatticamente separabile dalla restante parte del regolamento, per cui, ad esempio, un identico corrispettivo potrebbe costituire oggetto di una o più clausole a seconda che le parti lo abbiano o meno frazionato in più voci. Una tale opzione dogmatica attribuirebbe alle parti, per il tramite della modalità letterale di stesura del contenuto, un inaccettabile arbitrio sulla definizione di cosa sia "clausola" all'interno di ogni singolo e concreto contratto; in questo modo le parti sarebbero in grado di influire su una valutazione, quella sull'oggetto immediato della nullità, che spetta invece unicamente al legislatore (la concreta volontà delle parti, laddove anche sia tenuta in considerazione, come nell'art. 1419 comma 1 c.c., rileva esclusivamente nel momento logicamente successivo della valutazione circa l'estensione del vizio). Sul punto v. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 33.

¹⁸⁴ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 1999, cit., 144. L'impostazione è smentita da alcuni dati rinvenibili nel diritto positivo, poiché vi sono norme che considerano autonomamente, proprio ai fini della qualificazione di validità, una componente quantitativa di clausola: si pensi alla "eccedenza" di cui all'art. 1500, comma 2, c.c., la quale non riveste un'autonoma portata precettiva e non può, quindi, essere considerata clausola a sé stante; o a quelle norme, come l'art. 34, comma 4, d.lgs. 206/05, che espressamente riferiscono la qualificazione di nullità ad "elementi di clausola".

intermedie tra la conservazione del regolamento residuo e l'invalidazione dell'intero contratto¹⁸⁵.

Ad ogni modo, per quanto si voglia restringere fino all'estremo la nozione di clausola, identificandola magari con il singolo precetto¹⁸⁶, non pare

¹⁸⁵ FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, cit., 312 ss., il quale teorizza l'esistenza, oltre che di clausole semplici (che trovano collocazione in un'unica proposizione), di clausole composte (formate da più proposizioni che si integrano a vicenda) e di clausole complesse (costituite anch'esse da più proposizioni, le quali si compenetrano in modo che le une precisano la portata impegnativa della disposizione che è contenuta nell'altra). Similmente si pone un filone della giurisprudenza lavoristica, che concepisce la clausola come l'intero complesso delle pattuizioni teleologicamente connesse in quanto volte a disciplinare il medesimo istituto (ferie, malattie): Cass, 20 luglio 1960, n. 2021, in *Dir. Lav.*, 1960, II, 181 ss.; Cass., 26 giugno 1987, n. 5675, cit.. In questa linea di tendenza si inserisce anche Cass., SS. UU., 16 ottobre 1958, n. 3294, cit.. la quale per clausola intende l'insieme delle proposizioni che dettano precetti convergenti, contemplando patti collegati nel dettare un regolamento unitario. Nella suddetta pronuncia, in verità, la Suprema Corte ha mal celato di esser mossa da ragioni di giustizia legate al caso concreto. I giudici erano chiamati, in particolare, a stabilire le conseguenze dell'invalidità di una clausola, apposta al contratto di lavoro di un operaio metalmeccanico e mutuata dal contratto collettivo di categoria, che fissava la retribuzione dello straordinario in una misura percentuale maggiorata rispetto alla previsione dispositiva di legge ma applicata, anziché alla retribuzione ordinaria come imposto dalla legge, alla retribuzione a cottimo. Nel dichiarare la nullità della sola clausola in questione, intesa come comprensiva della percentuale maggiorata (che, se invece ritenuta in sé valida, avrebbe potuto essere applicata alla retribuzione ordinaria), essi hanno inteso temperare la necessità di salvare i tantissimi contratti individuali di lavoro potenzialmente coinvolti con la salvaguardia dell'autonomia collettiva *ex latere datoris*. La pronuncia è stata fortemente criticata in quanto non rispettosa del principio "*utile per inutile non vitiatur*", che ispira la previsione dell'art. 1419, comma 1, c.c.: GERI, *Sul significato del termine "clausola" in relazione al comma 2 dell'art. 1419 c.c.*, cit., 1960, 687 ss.. Si è altresì evidenziato che la nozione di clausola accolta dalle Sezioni Unite nella sentenza in esame non è in grado di offrire esiti certi, rimettendo la delimitazione della clausola nel caso concreto all'arbitrio (questa volta non delle parti, ma) dell'interprete: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 30. In effetti, poiché nel caso di specie a porsi in contrasto con la norma imperativa era la sola disposizione negoziale che rinviava alla retribuzione di cottimo, la questione inerente alla sopravvivenza della clausola contenente la percentuale maggiorata e di tutte le altre clausole avrebbe dovuto essere affrontata nell'ambito del giudizio sull'estensione o meno del vizio all'intero contratto, in cui il collegamento tra clausole rileva unicamente come elemento della valutazione complessiva circa la persistenza dell'assetto causale originario: in generale, non può escludersi *a priori* che, nonostante la premissione di una clausola e non di altra ad essa collegata, l'assetto causale complessivo resti sostanzialmente inalterato.

¹⁸⁶ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 475, suggerisce di ragionare, più che per clausole, per precetti. La sorte di una parte del regolamento, secondo l'A., può essere scissa da quella delle altre disposizioni contrattuali ogni qual volta quella parte costituisca un precetto autonomamente considerato dall'ordinamento giuridico. Similmente A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 182; TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., 142 e 145; GRASSETTI, voce *Clausola del contratto*, in *Enc. dir.*, VII, 1970, 185; SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., 6; SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 23. Ciò premesso, resta da delineare la nozione di precetto, poiché se per precetto si intende qualunque parte del regolamento contrattuale suscettibile di autonoma considerazione normativa, anche in termini di validità o invalidità, è da escludersi in radice che la nullità possa riguardare una sua componente interna: GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 144.

potersi escludere *a priori* che una sua componente interna possa essere oggetto di una comminatoria di nullità da parte del legislatore.

Inoltre, stando al dato positivo, non mancano nel sistema previsioni espresse di nullità riferite ad una frazione di clausola: si pensi all'art. 34, comma 4, d.lgs. 206/05, che sancisce la vessatori età, *ergo* la nullità ex art. 36, di “*elementi di clausola*”; o all'art. 1500, comma 2, c.c., che dispone la nullità “*per l'eccedenza*”¹⁸⁷ della clausola che determina il corrispettivo del riscatto in misura superiore al prezzo pagato per la vendita.

Se anche una porzione di clausola è suscettibile di autonoma considerazione giuridica ai fini della qualificazione di invalidità¹⁸⁸, l'interprete non trova alcun ostacolo di ordine concettuale nell'operazione ermeneutica tesa ad individuare e delimitare con precisione, in relazione ad ogni singolo caso, l'oggetto della nullità¹⁸⁹. Né può escludersi, con specifico riguardo alle c.d. nullità per iniquità, che l'oggetto della nullità possa rinvenirsi nella parte di clausola eccedente la soglia della non iniquità.

In definitiva, in questi casi si può discorrere di conformazione del contratto soltanto come altra faccia di una medaglia, quella della delimitazione oggettiva dell'invalidità¹⁹⁰, comune a qualsivoglia previsione di nullità parziale¹⁹¹.

¹⁸⁷ Se il prezzo pattuito per il riscatto deve essere considerato un precetto unitario, e di ciò invero non pare potersi dubitare, allora la sua nullità per l'eccedenza altro non è che l'invalidità di una frazione del precetto.

¹⁸⁸ Superato l'assunto per cui ogni contenuto suscettibile di autonomo trattamento normativo debba considerarsi clausola, ed evidenziate le perplessità riguardo all'individuazione del precetto come oggetto minimo della nullità, si può abbracciare la diversa prospettiva secondo cui, rifiutata ogni idea di estensione originaria e strutturale del vizio, l'interprete nell'individuare l'oggetto della nullità deve concentrarsi esclusivamente sulla norma e sulla sua interpretazione.

¹⁸⁹ Solo all'esito di questa operazione va affrontata la diversa questione relativa alla possibilità di una “graduazione teleologica” degli effetti della nullità, graduazione che inerisce al trattamento giuridico di una nullità parziale già compiutamente definita quanto al suo oggetto.

¹⁹⁰ In questo senso il termine “conformazione” intende evocare, più che una manipolazione dei contenuti contrattuali, il restringimento degli ambiti riservati all'autonomia negoziale (quantomeno sul piano formale) verificatosi con la diffusione delle nuove nullità, per effetto delle quali si fa più angusto il perimetro entro cui le parti sono libere di determinare il contenuto del contratto.

¹⁹¹ È proprio attraverso la delimitazione oggettiva della nullità, combinata alla “salvezza del contratto per il resto”, che l'ordinamento compie la propria scelta di valore tesa a coniugare la rimozione dello squilibrio con la conservazione del rapporto: VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 46; ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 961 ss.; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 202 ss.

Le nuove nullità non sono strumentali all'imposizione di un determinato contenuto contrattuale. Esse intendono, piuttosto, negare riconoscimento al regolamento negoziale nella misura in cui esso si pone in contrasto coi valori dell'ordinamento, mediante meccanismi idonei a calibrare il rimedio sulla base dei presupposti che ne determinano l'operatività.

Il riequilibrio legale o giudiziale del contratto è parte di un più ampio congegno normativo, volto alla rimozione dell'iniquità¹⁹². La sostituzione di clausole qui si pone al servizio della nullità, e segnatamente della sua parzialità:¹⁹³ in ciò risiede la differenza essenziale con la fattispecie di cui all'art. 1419, comma 2, c.c., in cui è invece la nullità a porsi al servizio della sostituzione.

Fatta salve le evidenziate peculiarità, la nullità conserva il proprio ruolo tradizionale di strumento per delimitare il riconoscimento degli atti di autonomia negoziale; e, in questo senso, la dimensione funzionale della categoria risulta sostanzialmente inalterata¹⁹⁴.

¹⁹² Lo stesso D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 1, nel descrivere la pretesa finalità conformativa, fa riferimento allo "scopo di neutralizzare previsioni ingiustificatamente gravose per una delle parti". A ben vedere, la neutralizzazione di determinate previsioni pattizie, sia pure nella sola misura in cui esse siano ingiustificatamente gravose per uno dei contraenti, altro non è che la negazione alle stesse del pieno riconoscimento giuridico.

¹⁹³ La sostituzione, infatti, consente al contempo di calibrare l'oggetto della nullità e, per un suo implicito corollario, di precludere l'estensione del vizio all'intero contratto. Si è detto, al riguardo, che l'intervento sostitutivo costituisce momento solo eventuale, necessario solo laddove l'iniquità sia quantitativa e interna ad una clausola. Anche nell'ottica dirigista degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. la sostituzione di clausole costituisce una mera evenienza, atteso che l'inserzione è disposta "anche" in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti, ma per ragioni diverse: il presupposto della sostituzione sta nel fatto che le parti abbiano pattuito in maniera diversa rispetto ai contenuti imposto dalla legge.

¹⁹⁴ Ciò non toglie che le modalità attraverso cui la categoria assolve alla propria funzione siano molteplici. Con particolare riguardo alla nullità parziale v. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, cit., 903: "Nullità parziale e conversione ... rientrano entrambe nella tendenza a recuperare fattispecie che, se si seguissero schemi rigidi e anelastici, resterebbero prive di effetti".

6. La disapprovazione dei patti squilibrati frutto di abuso: considerazioni in tema di autonomia negoziale e interessi tutelati

Se la funzione della nullità resta, essenzialmente, quella di confinare il riconoscimento dell'autonomia privata entro il mutevole perimetro della consonanza a determinati valori presidiati o promossi dall'ordinamento, l'analisi sull'evoluzione della categoria comporta necessariamente un'indagine sul cambiamento di tale perimetro.

Bisogna, cioè, anzitutto verificare se le nuove nullità abbiano prodotto un significativo restringimento degli ambiti e spazi nei quali si esplica l'autonomia negoziale. È necessario poi, una volta constatate le dimensioni e modalità di un siffatto restringimento, coglierne le ragioni ispiratrici. Siccome il riconoscimento (*rectius*: il mancato riconoscimento) ordinamentale degli atti negoziali muta la sua ampiezza in dipendenza dell'emersione di nuovi interessi, politicamente¹⁹⁵ ritenuti di un rango tale da dover esser difesi a mezzo della categoria nullità anche a scapito dell'autonomia privata, diviene fondamentale cogliere l'essenza e la portata di questi interessi.

La problematica della correlazione tra la nullità e gli ambiti dell'autonomia negoziale si inserisce nella più ampia tematica dei rapporti tra ordinamento giuridico¹⁹⁶ e autonomia privata¹⁹⁷, e presuppone risolta la primigenia questione della reale origine degli effetti negoziali¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Con l'espressione ci si riferisce alla libertà di scelta del fine, propria della potestà normativa esercitata dal legislatore ordinario. Bisogna sottolineare, in questa sede, come nel nostro sistema tale libertà sia oggi limitata non solo dalle prescrizioni contenute nella Costituzione, ma anche dalla primazia dell'ordinamento comunitario su quello interno. Tale notazione è fondamentale in un ambito di indagine, come quello delle nullità per iniquità, in cui il fine di protezione del contraente debole e di tutela del mercato concorrenziale è stabilito proprio dal legislatore comunitario.

¹⁹⁶ Si evita, non a caso, di utilizzare l'espressione "ordinamento statale (o statale)": oggi l'autonomia privata deve necessariamente confrontarsi anche con le regole e i vincoli derivanti dagli ordinamenti sovranazionali, e in specie dall'ordinamento dell'Unione Europea.

¹⁹⁷ Si tratta di comprendere come e a quali condizioni, in un determinato momento storico, i privati possono giuridicizzare una determinata operazione economica, così realizzando la produzione di effetti non solo da un punto di vista economico e sociale ma anche sul piano giuridico, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di tutela giurisdizionale. La tematica, da sempre al centro dei dibattiti dottrinali, è attraversata da forti implicazioni politico – ideologiche, come evidenziato da GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 776: "Il problema del rapporto tra autonomia e ordinamento finisce col confondersi col più generale problema, sociale e politico, dei rapporti tra Stato e cittadini, ossia della

In tal senso, la concezione della nullità come negazione di riconoscimento all'atto di autonomia presume il rifiuto del c.d. dogma della volontà, ossia dell'idea di una volontà umana di per sé capace di creare effetti giuridici¹⁹⁹, un'idea che, oltre ad essere stata progressivamente marginalizzata nelle elucubrazioni dottrinali²⁰⁰, trova rilevanti smentite nei dati del vigente

dialettica autorità – libertà”. Non a caso, la questione ha visto nei secoli giustapporsi i pensatori liberali ad autori più inclini a concezioni solidaristiche o autoritarie. Si è invece raggiunta in dottrina una tendenziale convergenza sul concetto di autonomia, ormai correntemente intesa come potere dei privati di autoregolamentare i propri interessi nei rapporti con gli altri: SACCO, voce “*Autonomia nel diritto privato*”, in *Dig.*, IV, sez. civ., I, 1987, 517 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 1 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 43 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 8; RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 76.

¹⁹⁸ Da sempre ci si chiede se gli effetti giuridici del negozio siano il frutto diretto ed immediato della volontà del privato, oppure promanino unicamente dalla statuizione normativa, in cui il volere assume meramente a condizione dell'effetto. È questo il punto dirimente della secolare diatriba tra teorie soggettive e teorie oggettive del negozio giuridico, mentre la relativa contrapposizione in ordine alle questioni definitorie è più apparente che reale. Affermare, infatti, che il negozio è una dichiarazione di volontà significa coglierne l'aspetto soggettivo e statico, mentre dire che il negozio è un autoregolamento di interessi vale ad indicarne il momento soggettivo e dinamico: non si tratta di visioni inconciliabili, ma di differenti angoli di osservazione del medesimo oggetto. In tal senso, si rivela appropriata e completa la definizione codicistica di contratto quale “*accordo diretto a costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”, perché essa include i due momenti essenziali del fenomeno: quello soggettivo e statico del procedimento strutturale di incontro tra dichiarazioni di volontà, e quello oggettivo e dinamico della regola che ne scaturisce per gli stessi dichiaranti. Sul punto v. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 5 ss.; nonché GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 85.

¹⁹⁹ La genesi dell'idea è storicamente collocata nel secolo XVII. Si deve infatti alla Scuola del diritto naturale (in specie a Grozio, col suo *De iure belli ac pacis* del 1625; ma anche a Pufendorf, con l'opera *De iure naturae et gentium* del 1672) l'enunciazione del principio secondo cui “*solus consensus obligat*”, basato sulla teorizzazione di una capacità naturale della persona di introdurre mutamenti nella propria sfera giuridica mediante atti volontari. Il concetto secondo cui la volontà ha il potere di determinare la situazione giuridica del dichiarante trae le sue origini dall'assunto, più limitato, che assimila l'atto di alienazione della proprietà all'esercizio di un potere dell'uomo sui propri beni e intende, parimenti, l'obbligarsi come esercizio del potere dell'uomo sulla propria persona: FRANZESE, *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 5, 771 ss.; RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 53. Tra i corollari del dogma della volontà vi è il principio della “*equivalenza soggettiva delle prestazioni*”, al quale si ispiravano numerose disposizioni del codice civile del 1865: GALLI, *Appunti di diritto civile*, cit., 217. Tra le più recenti adesioni della dottrina italiana alla teoria della volontà e, conseguentemente, alla teoria soggettiva del negozio giuridico, v. PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 234 ss.; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., *passim*.

²⁰⁰ Già nel secolo XVII si è messa in dubbio la fondatezza del dogma della volontà, rimarcandosi in particolare che la volatilità dei momenti soggettivi implica di per sé l'inidoneità della volontà a creare vincoli giuridici. Emblematica è in proposito la riflessione di HOBBS, *Leviathan*, trad. it. a cura di Santi, 2001, 365: “*I patti, essendo solo parole ed emissioni di fiato, non hanno alcuna forza per obbligare qualcuno se non quella che si ha dalla pubblica spada, cioè dalle mani di quell'uomo o assemblea di uomini che ha la sovranità*”. La contestazione del dogma della volontà si è fondata quindi, in origine, su un'impostazione filosofica sostanzialmente pessimistica in base alla quale la coazione è

diritto positivo²⁰¹. D'altro canto, e in senso opposto, il concetto di riconoscimento implica la negazione delle più radicali teorie oggettive che percepiscono l'autonomia come fenomeno integralmente creato dall'ordinamento giuridico, reputandola alla stregua di un potere delegato dall'autorità statale²⁰², o considerano la volontà privata come mero elemento

il male necessario per indurre l'uomo a comportamenti buoni: LOCKE, *Due trattati sul governo*, II, 1690, 19, secondo cui per evitare il caos e le continue liti i singoli "si spogliano della loro libertà naturale e si investono dei vincoli della società civile", attribuendo ad un superiore comune l'autorità a giudicare tra loro. Quella stessa contestazione si è poi progressivamente arricchita di significati ideologici, legandosi sempre più al ripudio della concezione liberale dell'economia e della società.

²⁰¹ Il negozio giuridico è oggetto di definizione e disciplina da parte degli ordinamenti giuridici vigenti, qualche volta in via diretta (si pensi all'ordinamento tedesco, nel quale il BGB contiene una parte generale dedicata alle dichiarazioni di volontà), più spesso in via indiretta (è il caso del codice civile italiano, che dettando una disciplina del contratto ne dispone con l'art. 1324 l'applicabilità al negozio giuridico in generale, sia pure nei limiti di compatibilità). Pertanto la nozione di negozio, e con essa quella di autonomia negoziale, deve essere ricondotta ad una dimensione di aderenza alla realtà giuridica, superando l'infertile approccio del dogmatismo astratto e storicizzando il concetto nel vigente quadro normativo. In proposito v. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 51: "Si riflette poco sul significato attuale della libertà contrattuale, e si tende a considerare la sua funzione come immutabile. In realtà essa, come ogni altra istituzione giuridica, ha una sua collocazione storica che si fonda su determinati presupposti ideologici e politico – sociali". A conferma del superamento del dogma della volontà, sul piano del diritto positivo, si evidenzia che la disciplina legislativa del contratto non fa dipendere la rilevanza giuridica dell'atto dalla volontà interna delle parti ma dal tenore obiettivo della dichiarazione, in virtù del principio di autoreponsabilità necessario a tutelare l'affidamento dei destinatari. Ciò che conta è la volontà dichiarata, e il soggetto può restare impegnato anche per un atto che non ha realmente voluto (salva, ricorrendone i presupposti, la possibilità per il dichiarante di impugnare il negozio; ma, in tal senso, è proprio la disciplina dell'errore a costituire l'emblema della prevalenza, a certe condizioni, della dichiarazione sulla volontà interna): P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, 1973, 281; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 20; FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, 1995, 5 ed., 50. Più in generale R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 1 ss.: "Il vigente codice italiano ... assume oggi un atteggiamento ben poco rispettoso del dogma della volontà, preoccupandosi soprattutto della protezione dell'affidamento".

²⁰² Celebre la c.d. teoria normativa elaborata da KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, secondo cui l'autonomia è il potere giuridico derivato di porre in essere norme giuridiche, concesso ai privati per regolare i propri interessi. È la legge, in quest'ottica, che autorizza i privati a produrre effetti giuridici, delegando loro una limitata competenza a regolare i propri interessi tramite le norme contrattuali. L'A., in questo modo, tratteggia un sistema panpubblicistico, inserendo il negozio giuridico in un quadro di produzione normativa costruito a gradi e organizzato secondo una scala decrescente, con al vertice la Costituzione. Secondo SACCO, voce "Autonomia nel diritto privato", cit., 517, la teoria ha fortemente influenzato le formulazioni utilizzate dapprima dal *Code Napoléon* all'art. 1134, ove si diceva che "I contratti tengono luogo di legge per chi li ha compiuti", e poi dal vigente codice civile italiano all'art. 1372, ove si afferma che "il contratto ha forza di legge tra le parti". Tuttavia l'enunciato dell'art. 1372 c.c. non intende elevare il contratto a fonte di norme giuridiche, essendo piuttosto rivolto a sancirne l'intangibilità, ossia il principio secondo cui, di regola, la singola parte non può eliminare o modificare ciò che è stato concordemente voluto: GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja – Branca*, a cura del medesimo, art. 1372 – 1405, 1993, 4; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 779. Similmente R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 133 ss., secondo cui non vi è traccia nell'ordinamento dell'attribuzione al negozio della qualità di fonte del diritto. Bisogna precisare che l'idea del contratto come

di fattispecie²⁰³: riconoscere o recepire una data attività non significa crearla o autorizzarla, ma neppure semplicemente regolarla²⁰⁴.

È implicita in quanto sinora affermato, allora, l'adesione alla tesi secondo cui, se la fonte diretta di ogni effetto giuridico è sempre e soltanto la legge²⁰⁵, è pur vero che l'autonomia negoziale preesiste all'ordinamento statale come fatto sociale²⁰⁶ dell'autoregolamento di interessi, ossia come

fonte di norme non comporta necessariamente l'adesione alla teoria pan pubblicistica. Significativa, in tal senso, è l'elaborazione del concetto di norma negoziale nella diversa prospettiva di un autonomo ordinamento dei privati, le cui disposizioni, pur nella comune accezione di "statuizione doverosa per i suoi destinatari", si differenziano dalle norme pubbliche per la loro portata individuale e concreta invece che generale e astratta: BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 37. In questo senso va intesa l'affermazione di SACCO, voce "Autonomia nel diritto privato", cit., 518, secondo cui la regola negoziale è "una piccola legge destinata a governare, in un'occasione o in un piccolo numero di occasioni, i comportamenti di un soggetto o di un piccolo numero di soggetti".

²⁰³ In questa prospettiva, si assume che l'atto di autonomia sia solo uno degli elementi che compongono la più articolata fattispecie negoziale. Per una prima elaborazione della teoria v. BULOW, *Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, 1899, 114 ss.. Più recentemente, nella dottrina italiana, v. IRTI, *Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato*, 1992, 133 ss., e ID., voce "Rilevanza giuridica" in *Noviss. Dig. it.*, XV, 1968, 1097: "Il carattere di giuridicità non sale dal basso verso l'alto, ma discende dall'alto verso il basso, dalla fonte legale ai soggetti", sicché l'attributo della giuridicità "non è altro che la qualificazione del fatto operata dalla norma". Nell'ottica della volontà come elemento di fattispecie si pone anche la sferzante critica alla "volontà creatrice" svolta da GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 36: "La volontà del promittente pone in essere o determina, insieme con altri elementi, la situazione alla quale la legge collega la necessità di un vincolo giuridico mediante la sanzione".

²⁰⁴ Il diritto non crea l'autonomia né si limita a regolarla come fatto, ma la riconosce come "manifestazione di libertà": FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 72. Questo spiega perché gli effetti del negozio non sono predeterminati dal legislatore, ma coincidono in buona misura con quelli stabiliti dai soggetti privati che lo stipulano in quanto da essi ritenuti idonei a realizzare i propri interessi. In ciò si rinviene il criterio che tiene distinti gli atti di autonomia non solo dai fatti giuridici, ma anche dagli atti giuridici in senso stretto: SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, cit., 3 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 54; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 8; FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 67; RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 77. È suggestiva la definizione di R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 131 ss.: il negozio è "fatto che regola oltre ad esser regolato", e costituisce dunque un "valore valutato da altro valore".

²⁰⁵ Le norme regolano fatti della realtà sociale, ipotizzandoli in astratto e ricollegando alla loro verifica determinati effetti, per cui solo indirettamente quei fatti sono produttivi di effetti giuridici. Da questo punto di vista il negozio non fa eccezione, configurandosi anch'esso come fattispecie nella considerazione normativa: R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 141; TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo, l'impegno*, in *Sillogie in onore di Giorgio Oppo*, I, 1992, 1 ss.

²⁰⁶ L'autonomia, lungi dall'esser creata dal diritto, è un valore connaturato e inerente alla persona umana: NICOLÒ, voce "Diritto civile" in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 909; TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo, l'impegno*, cit., 1. Sono note, al riguardo, le riflessioni del BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 43 ss.. Si vedano, sul punto, anche le riflessioni di GENTILE, *Politicità e positività nell'ordinamento giuridico*, I, *L'opera del legislatore*, 1992: da un lato vi è la politicità della legge, che agendo sull'autonomia ed eccitando il senso di responsabilità già insito nella natura umana indirizza l'azione degli individui, fungendo da modello; dall'altro l'ordinamento giuridico

capacità²⁰⁷ dei soggetti di farsi responsabili dei reciproci comportamenti mediante la predisposizione di regole impegnative²⁰⁸. In quest'ottica, l'autonomia come fatto sociale costituisce il substrato materiale di norme giuridiche che recepiscono e disciplinano il fenomeno²⁰⁹, traslandolo nella

desume i suoi valori e le sue regole, ivi inclusi la buona fede, l'affidamento e la correttezza, dalla concreta vita di relazione. In una prospettiva diversa, ma pur sempre nel senso dell'autonomia come fenomeno preesistente all'ordinamento statale, si pone la c.d. teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, 1917, secondo cui il contratto costituisce un ordinamento giuridico a sé stante, disciplinato dalle regole poste dai contraenti, che cede a quello statale attraverso la potestà giurisdizionale e sanzionatoria di pertinenza esclusiva di quest'ultimo. Sull'argomento può condividersi la notazione di GALGANO, *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, in *Sociologia del diritto*, 1990, 158, il quale individua nella *lex mercatoria* un'inoppugnabile testimonianza dell'autonomia dei singoli come fenomeno sociale che prescinde dall'autorità statale.

²⁰⁷ Il termine "capacità" consente, forse, di eludere l'impetuosa e lucida critica che all'autonomia come fenomeno pregiuridico è stata mossa da GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, cit., 18 ss.. L'A. contesta la validità logica dell'idea secondo cui il potere dell'individuo di obbligarsi costituirebbe un'esplicazione del suo naturale potere di ottenere ciò che desidera. Il promittente vuole che la sua promessa abbia una sanzione giuridica perché questa è il mezzo più idoneo al suo fine, che in genere è quello di ottenere qualcosa in cambio; in questo senso il promittente vuole il vincolo come mezzo, ma non può certo spiegarsi con la volontà del promittente il fatto che egli resta legato al suo iniziale volere anche qualora successivamente muti la sua intenzione: è l'ordinamento, assumendo a presupposto la dichiarazione del promittente, a porre una tale sanzione, allo scopo di proteggere il promissario e l'affidamento da lui fatto nella promessa. Il promittente, quindi, viene vincolato dalla legge non perché ha voluto obbligarsi ma perché ha voluto promettere, così determinando quella situazione alla quale l'ordinamento ritiene necessario far conseguire, nell'interesse del promissario ma anche nell'interesse sociale al mantenimento delle promesse, il sorgere del vincolo giuridico.

²⁰⁸ Il negozio, cioè, ha già un'efficacia impegnativa sul piano sociale: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 43 ss.. L'A. ribalta l'idea dell'individuo quale soggetto incapace di darsi delle regole, evidenziando come già sul piano sociale l'attività negoziale possieda una propria portata effettuale empirica, dando vita ad un precetto la cui osservanza è rimessa a sanzioni quali il discredito e il disonore. L'efficacia impegnativa del negozio sul piano sociale è descritta anche da R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 150. La propensione dell'individuo alla regolarità della condotta a prescindere da regole giuridiche si riscontra in maniera ancor più forte nell'ambito delle relazioni tra operatori economici professionali, i quali hanno da difendere la propria reputazione commerciale: GALGANO, *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, cit., 158.

²⁰⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 91; RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 52. Resta la necessità, se si aderisce alla nozione di autonomia come fenomeno sociale prima ancora che giuridico, di stabilire se la dimensione sociale del fenomeno possa dirsi coincidente con quella giuridica. Vi è, cioè, l'esigenza di comprendere se il diritto, nel riconoscere l'autonomia, si limiti ad accoglierne la nozione sociale oppure determini un proprio concetto più o meno divergente. Critico verso l'idea del riconoscimento dell'autonomia da parte dell'ordinamento si mostra FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 73 ss., il quale osserva che una tale idea, implicando la preesistenza di un fenomeno rispetto all'altro e la rappresentazione di un intervento ordinamentale *ex post* sull'autonomia, non coglie il dato della reciproca indipendenza ed originarietà dei due fattori, i quali, "si incontrano" ma restano funzionalmente estranei l'uno all'altro e si muovono secondo logiche differenti, (come dimostra il fatto che, in caso di contrasto con l'ordinamento, il negozio pur invalido può essere portato spontaneamente ad esecuzione dalle parti).

dimensione del diritto²¹⁰; e il recepimento dell'attività negoziale da parte dell'ordinamento giuridico attribuisce allo strumento negoziale il predicato di giuridicità, consistente nella maggiore obbligatorietà assicurata dalla possibilità del ricorso al giudice in caso di violazione dei vincoli reciprocamente assunti²¹¹.

Tuttavia il riconoscimento ordinamentale dell'autonomia, che le consente di operare su un piano giuridico, ne comporta al contempo una limitazione: l'ordinamento, nell'accogliere in sé l'attività negoziale accettando gli accordi stabiliti dai privati, la assoggetta ad una penetrante disciplina²¹², subordinandone l'efficacia giuridica ad un vaglio di compatibilità con i propri valori e principi²¹³, secondo una valutazione i cui criteri sono destinati a rinnovarsi continuamente nella vita quotidiana del sistema²¹⁴.

²¹⁰ La dimensione giuridica dell'autonomia viene in essere nel momento in cui il diritto la riconosce, conferendo rilievo giuridico a quell'attitudine già esistente sul piano sociale. Il fatto sociale diviene giuridico in quanto recepito dal diritto: R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 140; RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 77.

²¹¹ FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 66 ss. Gli autori del negozio trovano nell'ordinamento statale lo strumento più idoneo a rendere definitive le modificazioni determinate dal negozio, e quindi più sicure le finalità che attraverso il negozio tendono a realizzare. Dall'incontro tra negozio e ordinamento scaturisce infatti l'effetto giuridico, che consiste nell'acquisizione di quel maggior grado di stabilità assicurato dall'ordinamento al vincolo negoziale. Resta valida la considerazione secondo cui il negozio possiede una propria autosufficienza anche nella sua dimensione sociale, visto che, se i suoi autori si dimostrano concordi nel rispettare la regola che si sono dati e la portano ad esecuzione, essi possono realizzare il risultato programmato anche senza avvalersi della tutela ordinamentale: RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 85, secondo cui "tra le parti il contratto non richiede sempre l'intervento dello Stato: a volte può risultare più efficace la coercizione di natura sociale o economica". Tuttavia ciò non consente di classificare la regolamentazione autonoma, di per sé, come giuridica: come precisa lo stesso A., si tratta di "un ordinamento temporaneo ... che rischierebbe di andare distrutto se non fosse riconosciuto e protetto dal diritto".

²¹² R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 131 ss., per il quale tale disciplina dell'attività negoziale non costituisce un elemento di contraddizione rispetto alla teoria del riconoscimento. Secondo l'A. bisogna, al riguardo, tenere distinte le norme che si riferiscono al concetto di autonomia da quelle che ne dettano la regolamentazione: la definizione del concetto è operazione preliminare e diversa rispetto all'analisi della disciplina perché consente di individuare l'essenza del fenomeno, necessariamente presupposta dalla disciplina medesima. Proprio dall'analisi delle norme definitorie e *in primis*, dell'art. 1322 c.c., risulta che l'ordinamento giuridico accoglie "tale e quale" il concetto reale e sociale di autonomia con tutte le sue connotazioni essenziali (libertà di stipulare o meno, libertà di forma, libertà di determinare i contenuti, rilevanza della funzione, efficacia vincolante), per poi disciplinarlo con propri criteri.

²¹³ FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 72. Ma v. anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 784: "La libertà di fissare il contenuto del contratto è espressamente stabilita dall'art. 1322, il quale però ne restringe l'ambito con riguardo ai limiti imposti dalla legge ... in questo contesto di tendenziale pienezza di poteri si inseriscono gli interventi della legge".

²¹⁴ RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 77: "I limiti alla libertà contrattuale non sono fissati una volta per tutte, ma si modificano nel corso della storia".

È significativo, al riguardo, che si parli di limiti all'autonomia negoziale, e non invece di requisiti o presupposti²¹⁵ per la sua rilevanza giuridica.

In questo quadro, è proprio l'invalidità la principale sanzione²¹⁶ per la violazione del limite. Essa costituisce, infatti, lo strumento di delimitazione del perimetro all'interno del quale l'ordinamento offre il suo riconoscimento e quindi la sua tutela a rapporti volontariamente instaurati dalle parti²¹⁷.

Le considerazioni che precedono costituiscono il fondamento di una duplice premessa, indispensabile all'analisi sulle nuove nullità.

Da una parte, visto che la nullità è l'istituto che individua il momento di massimo e insanabile conflitto tra il valore negozio e i valori dell'ordinamento giuridico²¹⁸, va da sé che l'introduzione nel sistema di nuove fattispecie di nullità finisce inevitabilmente col restringere il recinto all'interno del quale il negozio può giovare della tutela ordinamentale.

Dall'altra, tali restrizioni non debbono considerarsi eccezionali²¹⁹, essendo invece storicamente connaturate al fisiologico rapporto tra autonomia e ordinamento.

²¹⁵ I concetti di requisito, elemento, presupposto costituiscono nozioni dall'accezione positiva, che ben si prestano a designare i fattori costitutivi di una fattispecie o le condizioni di una data autorizzazione, mentre il concetto di limite, ponendosi come un qualcosa di esterno rispetto al suo oggetto, ha una dimensione negativa e impeditiva. La nozione di "limite all'autonomia negoziale", che ben si sposa con il dogma della volontà, si concilia anche con la differente ricostruzione secondo cui l'autonomia negoziale è oggetto di un riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico.

²¹⁶ V. *supra*, nota 26.

²¹⁷ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 784: quando i privati travalicano i limiti di confine entra in gioco la nullità e "l'operazione economica non può essere giuridicizzata, con conseguente denegazione di garanzia giurisdizionale".

²¹⁸ FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 72: in caso di nullità "quelle finalità e quelle modificazioni che l'autore o gli autori del negozio volevano in concreto realizzare, se possono operare sul piano della realtà sociale, non operano sul piano del sistema giuridico statale".

²¹⁹ RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 55. Superata, cioè, la teoria della volontà creatrice degli effetti giuridici, deve oltrepassarsi anche l'idea secondo cui ogni limitazione all'efficacia giuridica del negozio costituirebbe un'eccezionale offesa al potere individuale di obbligarsi. Questa idea, propria delle teorie liberali, ha costituito un baluardo irrinunciabile nella lotta contro i regimi totalitari di inizio '900, per poi essere progressivamente abbandonata a partire dal secondo dopoguerra: P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., 234. Peraltro, come correttamente evidenziato da GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, cit., 31 ss., l'idea si basava su un equivoco di fondo: ogni limitazione o requisito per l'efficacia giuridica della promessa (forma, causa sufficiente, etc.), lungi dal costituire un ostacolo al preteso potere della volontà del promittente, finisce per concretare un limite all'aspettativa e all'affidamento del promissario e quindi, in definitiva, al potere di questo di procurarsi un diritto o un bene nel contratto di scambio. Del resto, come sottolinea l'A., "la lotta per la libertà contrattuale ... è sempre stata condotta dalle classi dei creditori o dei candidati

Non vi è dubbio, cioè, che il riconoscimento dell'autonomia privata e dei valori espressi dall'iniziativa economica individuale costituisca un architrave irrinunciabile del sistema²²⁰, tanto da ricevere, sia pure indirettamente, tutela costituzionale²²¹. Tuttavia, ciò non autorizza l'interprete ad invocare l'applicazione restrittiva di ogni norma che introduca o rafforzi controlli e limiti all'esercizio dell'autonomia²²². Il giurista, di fronte all'avvento di nuove nullità, deve verificarne la compatibilità con l'architettura del sistema, e in specie con i principi e precetti della Costituzione, ma una volta appurata tale compatibilità altro non può fare che sforzarsi di comprendere il processo socio – economico²²³ che ha condotto alla loro genesi, per poi analizzarne gli ambiti e i modi di operatività.

creditori ... e non dalle classi dei debitori o candidati creditori ... che, se mai, hanno sempre lottato per la limitazione di quella libertà contrattuale”.

²²⁰ NICOLÒ, voce “Diritto civile”, cit., 911: “L’annullamento di una siffatta autonomia segnerebbe la fine del diritto civile”. Del resto, l’idea di riconoscimento postula necessariamente una certa misura di ossequio portato dalla legge alla volontà privata, come sottolineato da FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 61: “La circostanza che ad essere riconosciuta sia un’entità che, già di per sé, esprime un valore, condiziona e limita ... la sovranità e l’autonomia del criterio legale valutante”.

²²¹ Sebbene nella Costituzione l’autonomia negoziale non sia fatta oggetto di espressa previsione in via immediata e diretta, si ritiene che essa sia indirettamente tutelata dagli artt. 41 e 42 in quanto strumento necessario per l’esercizio dell’iniziativa economica e del diritto di proprietà: MENGONI, in *Iustitia*, 1966, 103; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 31; ROPPO, *Il contratto*, 2 ed., 2011, 75. In giurisprudenza v. Corte Cost. 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. Cost.*, 1965, 283: “Poiché l’autonomia contrattuale in materia economica è strumentale rispetto all’iniziativa economica, ogni limite posto alla prima si risolve in un limite alla seconda”. L’autonomia contrattuale riceve dunque la sua tutela da quelle norme che si riferiscono ai possibili oggetti dell’autonomia: Corte Cost. 21 marzo 1969, n. 37, in *Foro it.*, 1969, I, 781. V. anche Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268; nonché, da ultimo, Corte Cost. 17 marzo 2000, n. 70 e Corte Cost. 23 giugno 2005, n. 264. Appaiono marginali, e per lo più superate, le teorie che rinvergono la fonte diretta di una tutela costituzionale dell’autonomia (in quanto mezzo di esplicazione della personalità del singolo) nell’art. 2 o (in quanto strumento necessario al pieno sviluppo della persona umana) nell’art. 3, comma 2. Tali teorie traggono ispirazione dalla posizione similare di una parte della dottrina tedesca, che ravvisa una tutela diretta dell’autonomia negoziale nell’art. 2, comma 1, della *Grundgesetz* a mente del quale “ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l’ordinamento costituzionale o la legge morale).

²²² RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 96: “La teoria deve guardarsi dal considerare come naturale una libertà illimitata dei consociati nel determinare i propri rapporti e un incondizionato riconoscimento dell’autonomia privata. Accogliere queste premesse, e di conseguenza classificare ogni deviazione da esse come eccezione, significherebbe accettare senza riserve un dogma illuministico – ripreso poi come postulato dal liberalismo ottocentesco – connesso a determinate condizioni storiche e privo di validità assoluta”.

²²³ Che le vicende dell’autonomia e gli utilizzi della nullità siano strettamente legati ai mutamenti della realtà economica è stato bene evidenziato da P. BARCELONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., 195 ss.

Il fatto è che le nullità di recente emersione, quasi sempre aventi origine nella normazione comunitaria, incidono sull'autonomia privata per ragioni del tutto peculiari.

Come autorevole dottrina²²⁴ insegna, tra i limiti all'autonomia privata bisogna distinguere.

Veri e propri limiti all'autonomia negoziale si hanno quando si restringe la libertà dei privati di scegliere i fini della propria azione, in funzione della tutela di interessi superindividuali: il legislatore detta il perimetro entro cui l'attività deve essere mantenuta, ma al privato resta un'ampia libertà di scelta, potendo egli spaziare nel definire il contenuto del contratto a patto di non oltrepassare il confine. Si tratta dei c.d. limiti negativi²²⁵, il cui fondamento costituzionale è rinvenuto nell'art. 41 comma 2 della Costituzione²²⁶ e al cui alveo la nullità contrattuale viene tradizionalmente ricondotta²²⁷.

Limiti ancora più incisivi si configurano quando si subordina il riconoscimento dell'atto di autonomia alla realizzazione di una finalità superindividuale, eterogena rispetto all'interesse del singolo: in questo caso

²²⁴ NICOLÒ, voce "*Diritto civile*", cit., 911; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 15.

²²⁵ Negativi perché, lungi dall'imporre alcunché ai contraenti privati, comportano piuttosto la negazione della rilevanza effettuale all'atto di autonomia che si ponga in contrasto con interessi generali.

²²⁶ È opinione consolidata che i limiti negativi all'autonomia negoziale, risolvendosi in limiti all'iniziativa economica privata o alla proprietà privata, siano costituzionalmente legittimi solo se rivolti al perseguimento degli scopi di cui agli artt. 41, comma 2 (difesa dell'utilità sociale, oppure della sicurezza, libertà o dignità umana) e 42, comma 2 (rendere la proprietà privata accessibile a tutti) della Costituzione, ovvero alla tutela di altri interessi di rango costituzionale (come la salute di cui all'art. 32 Cost., o la solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost.; valore, quest'ultimo, oggi accolto anche nell'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea): v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 787; ma anche BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 30, il quale mette in evidenza che la libertà negoziale "*si inserisce peraltro in un contesto di valori costituzionali gerarchicamente ordinati*". In giurisprudenza v. Corte Cost. 23 aprile 1965, n. 30, cit.: "*Ogni limite posto all'autonomia contrattuale ... è legittimo solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti dalla Costituzione*". Da ultimo, Corte Cost., ord. 24 gennaio 2011, n. 31, secondo cui l'esercizio dell'autonomia contrattuale "*può essere limitato per ragioni di utilità economico - sociale*".

²²⁷ Il diritto civile da sempre contempla limiti esterni all'autonomia negoziale, connaturali al riconoscimento dell'autonomia stessa e giustificati dalla natura sociale dell'uomo: si pensi ai limiti del non contrasto col buon costume o con l'ordine pubblico. Negli ultimi decenni, a causa dell'aumento della tensione nei rapporti sociali e della sempre crescente affermazione di esigenze di solidarietà, si è assistito all'avvento di limitazioni all'autonomia individuale sempre più profonde e penetranti, mediante un incremento di norme imperative: NICOLÒ, voce "*Diritto civile*", cit., 912. Tuttavia il fenomeno, come si dirà di qui a poco, non va confuso con quello che presiede alla genesi delle nullità di cui ci stiamo occupando.

il limite opera in positivo²²⁸, mediante integrazioni e sostituzioni che solo talvolta presuppongono la nullità e che, secondo una lettura piuttosto diffusa, trovano la propria giustificazione nell'art. 41, comma 3, della Costituzione²²⁹.

Quando invece si riducono le opzioni di scelta dei contenuti negoziali sul presupposto di una disparità nei poteri di contrattazione, tale da impedire ad una delle parti il pieno esercizio della propria libertà di autodeterminazione, solo formalmente si è in presenza di un limite all'autonomia negoziale. In questi casi, in realtà, il legislatore intende preservare l'essenza dell'autonomia contrattuale, garantendo la concorrenza paritaria delle sfere individuali di libertà²³⁰ mediante norme che trovano il proprio fondamento proprio nelle disposizioni costituzionali che riconoscono l'autonomia, oltre che nel principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, della Costituzione²³¹.

In tale contesto si inquadrano le norme che prevedono l'invalidità del contratto per ragioni attinenti alla volontà delle parti, sotto il profilo della sua irregolare formazione (artt. 1425 – 1440 c.c.), o sanciscono comunque l'inefficacia della pattuizione in considerazione della situazione di debolezza che ha impedito ad uno dei contraenti di autodeterminarsi²³² in modo pienamente libero (artt. 1447 e 1448 c.c.).

Ebbene, nel medesimo contesto si situano anche le nullità di derivazione comunitaria, le quali, pur collocandosi nel quadro dell'azione legislativa volta a delimitare il riconoscimento dell'autonomia, sono rivolte alla protezione della piena libertà di autodeterminazione in capo ad uno dei

²²⁸ Si parla perciò di limiti interni, mediante i quali si imprime una precisa direzione allo svolgimento dell'iniziativa e si impone un determinato contenuto negoziale, in contrapposizione ai limiti esterni coi quali ci si limita a precludere alcuni contenuti e scopi senza imporre alcunché ai privati: NICOLÒ, voce “*Diritto civile*”, cit., 912; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 15.

²²⁹ P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., 201, secondo cui i limiti positivi all'autonomia negoziale rientrano tra i “*programmi e controlli opportuni perché l'attività economica privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”. Vi è chi invece rinviene il fondamento di tali limiti nell'art. 42, comma 2, Cost., ove si afferma che la legge deve “*assicurare la funzione sociale*” della proprietà: NICOLÒ, voce “*Diritto civile*”, cit., 911.

²³⁰ NICOLÒ, voce “*Diritto civile*”, cit., 911.

²³¹ BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 30.

²³² Per libertà di autodeterminazione deve intendersi il potere incondizionato di scelta fra tutte le possibili alternative, in considerazione unicamente del proprio interesse: CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 4, 1037 ss..

contraenti²³³. Anch'esse, cioè, difendono l'autonomia attraverso una sua limitazione, realizzando un'operazione solo apparentemente ossimorica: è l'autonomia sostanziale del contraente debole ad essere garantita mediante il restringimento della libertà negoziale formale di entrambe le parti.

Solo formalmente, dunque, tali nullità assolvono alla tradizionale funzione di limite esterno all'autonomia negoziale, perché l'interesse generale da esse tutelato si identifica proprio con la salvaguardia dell'autonomia, intesa nella sua accezione sostanziale²³⁴, e non già con il valore della solidarietà economica e sociale²³⁵.

Ad essere disciplinate sono situazioni di contrattazione diseguale, caratterizzate da una disparità di potere negoziale, in cui la sussistenza di specifiche condizioni o qualità in capo ai contraenti (professionista o imprenditore da un lato; consumatore, cliente o imprenditore debole dall'altra)²³⁶ lascia prefigurare potenziali abusi della parte forte in danno di quella debole.

²³³ Da questo punto di vista, la nullità continua a svolgere il suo tradizionale compito di limitare la libertà individuale a tutela dei diritti altrui. Tra i diritti altrui si deve infatti includere anche quello a vedere tutelata la propria autonomia. Al contempo, il nuovo scopo sembrerebbe traslare la nullità nel campo della tutela della libertà di autodeterminazione, tradizionalmente proprio di altri rimedi quali l'annullabilità e la rescindibilità del contratto.

²³⁴ Da ultimo, Cass., ord. 20 marzo 2010, n. 6802: *“La disciplina di tutela del consumatore posta dagli artt. 33 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del consumo) ... è volta a garantire il consumatore dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso sostanziandosi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale”*.

²³⁵ Non sembrano condivisibili le letture di quegli autori, tra i quali BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 32 ss., che identificano *tout court* lo scopo di queste nullità con la tutela dell'interesse generale alla solidarietà sociale, e in quest'ottica restituiscono la nullità alla sua tradizionale accezione di limite esterno all'autonomia negoziale. Altrettanto fuorvianti appaiono le ricostruzioni che riconducono la protezione del contraente debole al principio di giustizia contrattuale: RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 56. Sui rapporti tra tutela dell'autonomia sostanziale, solidarietà sociale e giustizia contrattuale, v. *infra*, 113 ss.

²³⁶ La rinnovata rilevanza delle condizioni o qualità personali dei singoli contraenti rappresenta, sul piano storico, un'inversione di tendenza rispetto al processo che nei secoli scorsi aveva condotto al pieno riconoscimento dell'autonomia formale a tutti gli individui, senza distinzioni di categoria socio – economica. Parafrasando la celebre espressione di MAINE, *Ancient law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, 1912, 173 ss., si è affermato che vi è un progressivo ritorno *“from contract to status”*: RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 ss.; ALPA, *Status e capacità giuridica*, in *Vita not.*, 1992, I, 433 ss.; nonché, con specifico riferimento al diritto europeo dei contratti, BRUNS, *Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status?*, in *Juristenzeitung*, 2007, 385 ss.

Questo profilo non costituisce di certo un elemento di novità: l'interesse del diritto civile verso la contrattazione diseguale non nasce con le normative speciali dell'ultimo ventennio. Il legislatore, consapevole che la condizione realmente paritaria dei contraenti costituisce il fondamento stesso del diritto privato²³⁷, sin da tempi risalenti interviene in settori come il diritto del lavoro o le locazioni ad uso abitativo²³⁸ per rimediare alla disparità strutturale nei poteri di contrattazione tra le parti in gioco²³⁹, preoccupandosi di tutelare il lavoratore²⁴⁰ e il conduttore dai potenziali abusi.

Negli ultimi decenni, tuttavia, l'interesse per le situazioni di asimmetria contrattuale si è notevolmente accentuato, di pari passo con i mutamenti del contesto socio – economico. Il libero mercato, con l'avvento della società industrializzata di massa²⁴¹, ha generato posizioni di forza di singoli o gruppi, minando le fondamenta stesse della libertà contrattuale di stampo liberale²⁴² e sovvertendo una consolidata lettura dei rapporti tra autonomia negoziale ed intervento dell'ordinamento statale sul contratto²⁴³.

²³⁷ Qualora, cioè, faccia difetto nella realtà economico – sociale una parità effettiva tra i consociati nei poteri di negoziazione, l'autonomia contrattuale smarrisce la sua naturale funzione economica divenendo strumento per la realizzazione di abusi e prevaricazioni del più forte: RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 58. Si veda anche VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, 1972, 177: “Dietro la dignitosa facciata costituita dal rispetto della piena e completa libertà dell'individuo, si nasconde una realtà molto più drammatica, dal momento che la visione del contratto come lo svolgersi ordinato di opposte forze economiche che trovano in esso un punto di equilibrio e di incontro, nella sostanza altro che non rappresenta che la vittoria di chi è più forte sul piano economico e sociale”.

²³⁸ Una significativa limitazione dell'autonomia negoziale è contenuta nell'art. 36, comma 1, della Costituzione, ove si stabilisce che “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”, oltre che nei successivi commi per quanto concerne la durata della prestazione lavorativa e i diritti irrinunciabili del lavoratore. Per la disciplina delle locazioni ad uso abitativo, v. la l. 431/98.

²³⁹ RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 58: sin dagli inizi del secolo scorso, la fascia più debole della popolazione è proprio quella che si guadagna da vivere con il lavoro dipendente e che alloggia in abitazioni prese in locazione; non è un caso, allora, che questi due settori siano stati antesignani di tutta la disciplina di protezione basata sulle limitazioni dell'autonomia contrattuale.

²⁴⁰ Il riferimento, naturalmente, è al prestatore di lavoro subordinato e alle figure ad esso assimilabili sul piano della dipendenza economico – funzionale dal datore di lavoro.

²⁴¹ BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 32 ss.; RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 56. V. anche DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di Salvi, 1978, 106: “Il contratto, se ancora realizza materialmente una funzione di scambio, non media più questa funzione in termini di potere eguale dei contraenti. In questo contesto l'intervento del legislatore ... è la conseguenza del tramonto del potere eguale dei contraenti”.

²⁴² RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 55 ss.: “La prima guerra mondiale segnò il suggello dell'epoca liberale e, dunque, l'inizio di una nuova epoca anche per la storia della libertà contrattuale ... oggi il modello di personalità libera ed autoreponsabile

È proprio nel tramonto del potere eguale dei contraenti che risiede la spiegazione della recente proliferazione, in tutti i sistemi giuridici dell'Area Occidentale, delle nullità come strumento di controllo sull'autonomia contrattuale a tutela della parte debole²⁴⁴. Si assiste oggi ad una vera e propria frammentazione dei rapporti tra ordinamento statale e autonomia negoziale, i quali vanno differenziandosi a seconda delle categorie economiche di appartenenza dei contraenti e di tutte le altre situazioni idonee ad alterare la simmetria tra le parti nei poteri di negoziazione.

L'accrescimento dell'interesse verso la contrattazione diseguale trova le sue radici nei valori fondanti dell'Unione Europea, il cui mercato interno è “*basato ... su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*” (art. 3, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione Europea), “*aperta e in libera concorrenza*” (art. 119 e 120 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione

elaborato dalla filosofia ottocentesca e adottato dalla dottrina giuridica di quell'epoca non può più essere complessivamente accettato ... nelle attuali condizioni di vita il singolo consociato non è sempre libero, ma è spesso costretto a concludere negozi sfavorevoli o di cui non è in grado di calcolare le conseguenze”. Le disparità tra i contraenti nelle rispettive libertà di autodeterminazione si riflettono sul contratto anche dal punto di vista strutturale, generando la standardizzazione dei contratti di massa attraverso cui l'imprenditore distribuisce beni e servizi. Tali contratti si riducono spesso a “scambi senza accordo”, ossia a semplici acquisizioni di prestazioni alle condizioni unilateralmente predisposte dall'imprenditore (le c.d. condizioni generali di contratto) e accettate dall'aderente il più delle volte senza che egli ne abbia compreso consapevolmente il significato: IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, 347 ss.

²⁴³ Il cittadino, che ormai dipende da poteri anonimi, non si rivolge più contro lo Stato ma chiede il suo aiuto. Il problema della protezione del cittadino dallo Stato lascia il posto alla crescente richiesta di protezione allo Stato da parte del cittadino. In questo senso si parla di un passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale o, per quanto più strettamente interessa la legislazione di diritto privato, da uno Stato interventista ad uno Stato regolatore: RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 57.

²⁴⁴ RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 58: “*Il diritto contrattuale mostra ovunque i segni della tendenza a ridurre la portata dell'autonomia privata*”. Queste nuove limitazioni all'autonomia privata, introdotte con lo strumento della nullità, non vanno riguardate come espressione di un Stato che invade lo spazio di libertà. Se per lungo tempo la libertà contrattuale ha rappresentato il baluardo del singolo contro gli interventi dell'autorità, oggi l'intervento dell'autorità mira ad impedire e rimuovere le ingiustizie e le prepotenze che sempre più spesso si verificano all'interno del libero scambio contrattuale, di modo che è proprio la legge a porsi quale irrinunciabile baluardo di una libertà effettiva dei contraenti: TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico*, cit., 4.

Europea)²⁴⁵, e non può quindi prescindere da una legislazione che assicuri la parità sostanziale dei poteri tra tutti gli attori in campo²⁴⁶.

Il perseguimento di questa parità si è tradotto, in primo luogo, nella predisposizione di norme volte a vietare le intese restrittive della concorrenza e gli abusi delle posizioni dominanti nei rapporti economici: a questo compito assolve la legge 10 ottobre 1990, n. 287²⁴⁷.

Si è reso altresì necessario²⁴⁸ un copioso intervento normativo sui singoli contratti che vengono stipulati con i soggetti più deboli del mercato²⁴⁹, mediante una serie di regole che, senza imporre clausole o prezzi

²⁴⁵ Le nullità di protezione, con specifico riferimento alla categoria dei consumatori, trovano il proprio fondamento anche nell'art. 169 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea nella parte in cui prevede che "l'Unione contribuisce a tutelare ... gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione". Sul complicato intreccio tra la protezione del consumatore e il perseguimento dell'efficienza del mercato concorrenziale, v. *infra*, 109 ss.

²⁴⁶ La concezione dell'economia di mercato accolta dai Trattati dell'Unione diverge da quella propugnata dalla teoria liberale nell'ottocento, e in particolare da autori come Adam Smith o Walter Schmidt – Rimpler. Risulta superata, nella cultura economica degli Stati Membri, l'impostazione secondo cui la collaborazione di due parti aventi interessi opposti garantirebbe di per sé un risultato giusto, dovendo il sistema giuridico limitarsi a riconoscere ciò che le parti hanno voluto. Si è invece consolidata tra gli economisti la convinzione che il gioco delle forze economiche non generi automaticamente equilibrio, essendo la libera concorrenza costantemente minacciata dalle posizioni di potere di singoli o gruppi. Si è conseguentemente diffusa l'idea per la quale l'ordinamento statale non può abbandonare il mercato a se stesso, limitandosi ad assistere inerte all'attività dei privati, e deve invece intervenire con lo strumento normativo per regolamentare gli scambi. Si veda, sul punto, GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, 2001, 141: "Le politiche di tutela della concorrenza si fondano sul presupposto che i processi di produzione e di scambio siano caratterizzati dalla presenza di imperfezioni tali da creare delle asimmetrie nelle posizioni relative degli operatori economici ... che possono comportare, nel breve o lungo periodo, una inefficiente allocazione delle risorse o situazioni contrarie al pubblico interesse. L'intervento si propone pertanto di agire dove più manifestamente il processo concorrenziale è minacciato dallo sfruttamento, o anche solo dall'esistenza, di una posizione di potere economico".

²⁴⁷ Anche questa legge rinvia il proprio fondamento nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, e in specie negli artt. 101 e 102 che sanciscono l'incompatibilità con il mercato interno delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante. Antesignana del genere è la legge tedesca sulle limitazioni della concorrenza del 27 luglio 1957 (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*).

²⁴⁸ La necessità di un copioso intervento normativo si è avvertita meno in Germania, dove si è progressivamente valorizzato, anche grazie alle interpretazioni fornite dalla Corte Costituzionale, il disposto del § 138 BGB che al secondo *absatz* dispone: "È nullo in particolare un negozio giuridico attraverso cui qualcuno, sfruttando lo stato di costrizione, l'inesperienza, la mancanza di discernimento o la rilevante debolezza della volontà di un altro, si lascia promettere o lascia promettere ad un terzo vantaggi patrimoniali per una prestazione che si pongono in evidente sproporzione rispetto alla prestazione". Sulla base di questa norma, la giurisprudenza tedesca interviene da decenni nelle situazioni di contrattazione diseguale soprattutto con riguardo alle condizioni generali di contratto, sindacando il contenuto contrattuale stabilito dalle parti e negando validità alle clausole inique: RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 65.

²⁴⁹ Singoli contratti che, talora, vengono stipulati proprio a valle di intese anticoncorrenziali o dello sfruttamento di posizioni dominanti.

inderogabili²⁵⁰, limitano la libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto²⁵¹.

Le restrizioni all'autonomia negoziale del contraente forte si traducono in fattispecie di nullità dalle caratteristiche diverse, a seconda che l'asimmetria tra le posizioni contrattuali concerna il profilo informativo²⁵² o l'aspetto economico²⁵³: nel primo caso viene imposta l'osservanza di vincoli di forma o l'esplicitazione di taluni contenuti negoziali (c.d. nullità di trasparenza)²⁵⁴; nel secondo è fatto divieto di "riempire" determinate clausole in una maniera o misura squilibrata in danno del contraente debole (c.d. nullità per iniquità)²⁵⁵.

²⁵⁰ L'imposizione di contenuti negoziali inderogabili si porrebbe in contrasto con lo scopo perseguito dall'ordinamento comunitario, perché finirebbe per eliminare proprio quella libera concorrenza che il legislatore intende salvaguardare. Così, in proposito, DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 3, 680: "La legislazione imperativa, spinta oltre un certo limite, porterebbe a negare la libertà contrattuale in capo alla parte forte del rapporto e dunque a capovolgere la situazione che si aspira a rimediare, senza benefici né per il singolo contratto né per il mercato".

²⁵¹ In rari casi viene addirittura limitata la libertà non solo di determinare il contenuto del contratto, ma anche di scegliere se contrarre o meno: si pensi all'obbligo di contrattare imposto al monopolista legale dall'art. 2597 c.c., ma anche all'obbligo, in capo al concessionario di pubblici servizi di linea, di "accettare le richieste di trasporto che siano compatibili con i mezzi ordinari dell'impresa, secondo le condizioni generali stabilite o autorizzate nell'atto di concessione" (art. 1679 c.c.). In queste ipotesi la *ratio* specifica è quella di evitare che il consumatore – utente sia oggetto di arbitrarie discriminazioni: BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 33.

²⁵² Per asimmetria informativa si intende la situazione in cui una delle parti non ha modo di accedere da sé ad informazioni essenziali per una libera e consapevole formazione della propria volontà negoziale. Tale parte, che viene denominata "contraente non qualificato", si accosta non professionalmente a contenuti contrattuali specialistici, o comunque è nell'impossibilità di conoscere informazioni di cui solo la controparte, che trasferisce un proprio bene – prodotto – servizio, è titolare: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 175.

²⁵³ La debolezza economica contraddistingue la posizione del consumatore che intende acquistare beni o servizi dal professionista. Tra questi due soggetti si instaura un rapporto che, pur non essendo scevro da profili di asimmetria informativa, si caratterizza precipuamente per la stringente esigenza di conseguimento del bene da parte del consumatore, il quale conseguentemente manifesta una volontà influenzata, se non addirittura dominata, da tale necessità.

²⁵⁴ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 173 ss.. Si parla, in tal caso, di "contenuti minimi" o di "vincoli di forma – contenuto". Tra le norme che impongono vincoli di forma, v. gli artt. 23 e 24 d.lgs. 58/98, gli artt. 117 e 125-bis d.lgs. 385/93, l'art. 71 d.lgs. 206/05, l'art. 3 l. 129/04. Quanto all'imposizione dell'esplicitazione di contenuti negoziali minimi, v. gli artt. 117, 124 e 125-bis d.lgs. 385/93, gli artt. 71, 85 e 86 d.lgs. 206/05, l'art. 3 l. 129/04, l'art. 6 d.lgs. 122/05).

²⁵⁵ NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, 2007, 197 ss. Tra le norme che sanzionano squilibri o iniquità del contratto o di alcune sue clausole, v. gli artt. 33 e 36 d.lgs. 206/05, l'art. 9 l. 192/98, gli artt. 120-ter e 120-quater d.lgs. 385/93, l'art. 7 d.lgs. 231/02; l'art. 3 l. 287/90; nonché, nell'ambito della c.d. *soft law*, l'art. 3.2.7 dei Principi Unidroit e gli artt. 4:109 e 4:110 dei *Principles of European contract law*. Talvolta la tecnica di protezione dall'abuso consiste esclusivamente in un

In entrambi i casi i presupposti della nullità riguardano quasi sempre contenuti dell'atto estranei o comunque non direttamente connessi al profilo causale, come le informazioni minime o l'equilibrio²⁵⁶, ed includono spesso circostanze che si collocano all'esterno del regolamento contrattuale, come le condizioni soggettive dei contraenti e la loro appartenenza ad una determinata categoria economica²⁵⁷. Nelle nullità per iniquità rileva, esplicitamente o implicitamente,²⁵⁸ anche il comportamento del contraente forte, che abusa della propria posizione di preminenza (art. 9 l. 192/98)²⁵⁹ o comunque approfitta²⁶⁰ della condizione di debolezza della controparte per conseguire “*ingiustificatamente un vantaggio eccessivo*” (art. 3.2.7 dei Principi Unidroit)²⁶¹ ovvero per imporre un accordo “*gravemente iniquo*”

controllo sulla modalità di formazione della volontà negoziale, essendo le clausole vessatorie non già vietate *tout court* ma solo se non specificamente approvate dal contraente debole: così è, nei rapporti tra predisponente e aderente, per le condizioni elencate dall'art. 1341, comma 2, c.c., le quali in mancanza di specifica approvazione “*non hanno effetto*”. Sul significato di questa ultima espressione v. *infra*, nota 284.

²⁵⁶ Sull'estraneità dell'equilibrio, in sé considerato, all'elemento causale v. *supra*, nota 90.

²⁵⁷ Il riferimento è alle categorie di “professionista” e “consumatore” nel d.lgs. 206/05, di “imprese di investimento (e altri soggetti abilitati)” e “clienti” nel d.lgs. 58/98, di “banche” e “clienti” nel d.lgs. 385/93. In alcuni casi a rilevare sono posizioni inerenti alla singola tipologia contrattuale specificamente disciplinata: così è per quanto riguarda le qualità di “costruttore” e “acquirente” nel d.lgs. 122/05, di “affiliante” e “affiliato” nella l. 129/04, di “committente” e “subfornitore (o impresa cliente – fornitrice)” nella l. 192/98.

²⁵⁸ L'elemento dell'approfittamento, anche laddove non esplicitato, è implicitamente presupposto dalla previsione di circostanze che rivelano la presenza di anomalie nel procedimento di formazione della volontà negoziale (l'assenza di trattativa nell'art. 34 d.lgs. 206/05; la “imposizione” di termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi nell'art. 7 d.lgs. 231/02) o di uno specifico intento da parte del contraente forte (l'obiettivo di procurarsi liquidità aggiuntiva a spese del creditore nell'art. 7 d.lgs. 231/02). Con particolare riguardo all'art. 7 d.lgs. 231/02, v. Cass., ord. 16 febbraio 2007, n. 3863, in *Corr. Giur.*, 2007, 5, 633, con nota di MARICONDA: “*L'art. 7 del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 ... considera gravemente iniquo, tra l'altro, l'accordo con il quale l'appaltatore imponga al proprio fornitore termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini ad esso concessi, così attribuendo rilevanza ai fini dell'invalidità del negozio ad un comportamento (l'imposizione di una clausola) rilevante in sede di formazione dell'accordo*”. Diversamente DE CRISTOFARO, *Note introduttive*, in *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 463, che sottolinea come per il ricorrere della nullità in questione sia irrilevante l'accertamento o meno di una pregressa negoziazione.

²⁵⁹ L'art. 9 l. 192/98 utilizza, sia nella rubrica che nel corpo della disposizione, il termine “abuso”, individuando la posizione di debolezza dell'impresa cliente o fornitrice nella sua dipendenza economica dell'impresa committente e specificando, mediante un'elencazione non tassativa, le condotte suscettibili di integrare l'abuso.

²⁶⁰ L'art. 4:109 dei PECL prevede che l'annullamento possa essere richiesto da una parte solo se l'altra “*era o avrebbe dovuto essere a conoscenza*” della sua situazione di debolezza e “*ha approfittato della situazione ... in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto profitto*”.

²⁶¹ La norma contempla, tra i fattori che “*si devono considerare*”, la circostanza che una parte “*abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate*” dell'altra.

(art. 7 d.lgs. 231/02) o un “*significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi*” (art. 33 d.lgs. 206/05). Si discorre, a quest’ultimo riguardo, di “nullità comportamentali”²⁶².

Ciò premesso, pur sempre di nullità si tratta e non di rescindibilità o di inefficacia in senso stretto²⁶³.

È opportuno, allora, soffermarsi sulle ragioni che spingono il legislatore alla precisa scelta di far ricorso alla nullità in luogo della rescindibilità o dell’inefficacia, le quali parimenti si ricollegano, sia pure con le proprie specificità, a situazioni di squilibrio nell’ambito di una contrattazione diseguale.

Guardando all’istituto della rescissione, non si può fare a meno di notare che le similitudini con le illustrate nullità per iniquità sono moltissime: i presupposti del rimedio riguardano insieme elementi estranei al profilo causale (l’iniquità delle condizioni nell’art. 1447 c.c.; la sproporzione *ultra dimidium* tra le prestazioni nell’art. 1448 c.c.²⁶⁴) e circostanze esterne al regolamento contrattuale (lo stato di necessità noto alla controparte nell’art. 1447 c.c.; lo stato di bisogno nell’art. 1448 c.c.), talora accompagnati da fattori puramente comportamentali (l’approfittamento nell’art. 1448 c.c.); la finalità è quella di porre riparo allo squilibrio, in quanto dipeso dalla condizione di inferiorità e menomazione in cui uno dei contraenti si trovava al momento della stipulazione²⁶⁵; la protezione del contraente debole non

²⁶² Cass., ord. 16 febbraio 2007, n. 3863, cit.: “*Una pluralità di indici pone in evidenza un tendenziale inserimento, in sede normativa, del comportamento contrattuale delle parti tra i requisiti di validità del contratto*”.

²⁶³ Sulla nozione di inefficacia in senso stretto v. *supra*, nota 9.

²⁶⁴ BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 683, nota 6. Pur accomunati dalla loro estraneità al profilo causale, tali elementi si differenziano per il diverso grado di determinatezza che li contraddistinguono. Infatti, mentre nell’art. 1447 c.c. il legislatore individua la sproporzione disapprovata mediante la clausola generale di iniquità, affidando alla discrezionalità del giudice la verifica della sua effettiva sussistenza nel caso concreto, nell’art. 1448 c.c. l’azione è ammessa “*se la lesione eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto*” e lo squilibrio assume contorni ben più definiti. Il criterio della sproporzione “oltre la metà” trova le sue origini nel *Codex* di Giustiniano, che prevedeva la rescissione a causa di lesione (*laesio enormis*) a favore del venditore nel caso in cui il prezzo fosse inferiore alla metà del valore di mercato. Non è un caso che norme simili si ritrovino nel *Code Civil* francese e nell’*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* austriaco. In argomento, v. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 99.

²⁶⁵ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 1003: il contratto rescindibile è voluto dal contraente in stato di pericolo (art. 1447 c.c.) “*proprio perché strumento per uscire da tale condizione*”, così come è voluto dalla parte che “*si vede costretta*” del proprio stato di bisogno. Si coglie immediatamente la differenza con l’annullamento, nel quale peraltro non

passa attraverso l'imposizione di contenuti negoziali, ma consiste nel denegare efficacia al contratto quando si fuoriesca da un perimetro minimo, più o meno flessibile, di equilibrio tra le prestazioni; è contemplato, come nelle nullità nuove, un meccanismo volto a consentire la conservazione del contratto mediante un suo riequilibrio, ossia l'offerta di equa modificazione di cui all'art. 1450 c.c.²⁶⁶, anche se l'operatività del meccanismo è qui rimessa all'iniziativa della parte contro la quale è domandata la rescissione.

Vi è tuttavia una diversità sul piano dei presupposti, attinente alla radice della diseguaglianza tra i contraenti: mentre nella rescissione l'asimmetria trae origine da situazioni contingenti e riferibili alla parte come individuo singolo, nelle nullità di protezione o di regolazione del mercato essa si pone come strutturale conseguenza di un particolare *status* giuridico – economico dei contraenti²⁶⁷. Un esempio è dato dalla regola codicistica sul mutuo usurario (art. 1815, comma 2) che, pur avendo una *ratio* analoga a quella che ispira la rescindibilità del contratto, appronta il rimedio della nullità proprio in considerazione della strutturale posizione di debolezza del mutuatario.

Dalla diversità essenziale della diseguaglianza tra i contraenti si ricava la spiegazione di una differenza fondamentale tra la rescissione e le nullità per iniquità, sul piano dell'oggetto. Che la rescissione non possa essere parziale²⁶⁸, dovendo sempre investire l'intero contratto, è la logica conseguenza (in termini di effettività della tutela) del carattere contingente

sempre rileva il pregiudizio: non vi è incapacità, bensì assenza di autonomia sostanziale; la libertà negoziale non è viziata né coartata, ma grandemente influenzata dalla condizione di debolezza che impedisce una libera e piena autodeterminazione del contraente. Il rimedio della rescissione, dunque, “*oscilla tra i due poli della protezione della libertà di autodeterminazione e dell'equità della stipulazione*”, mirando a rimuovere uno squilibrio “*che non è giustificato dal libero gioco del mercato*”. La disapprovazione, investendo l'iniquità solo se ed in quanto dovuta a determinati fattori, è ispirata a ragioni che non si riferiscono semplicemente al valore della giustizia contrattuale, intesa come obiettiva proporzione di valore tra le reciproche prestazioni. Su quest'ultimo punto v. *infra*, 113 ss.

²⁶⁶ Circa la natura giuridica e le modalità di funzionamento dell'offerta, v. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione contratto*, 2006, *passim*.

²⁶⁷ Ciascun consumatore, cliente, imprenditore debole, lavoratore o conduttore si trova in una posizione di inferiorità sul piano informativo o economico a prescindere dalla propria situazione personale e contingente.

²⁶⁸ Solo da un punto di vista descrittivo la situazione che viene a determinarsi all'esito dell'equa modificazione ex art. 1450 c.c. può essere riguardata come una rescissione parziale. Sulla corretta qualificazione giuridica del percorso che conduce all'equa modificazione si veda ancora D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione contratto*, cit., *passim*.

della situazione che penalizza la parte in stato di pericolo o di bisogno²⁶⁹, la quale, una volta riacquistata la pienezza della propria autodeterminazione, potrà liberamente decidere se stipulare un nuovo contratto e a quali condizioni. Le nuove nullità, invece, per proteggere adeguatamente il contraente debole, devono necessariamente essere parziali: l'eliminazione integrale del contratto porrebbe il soggetto tutelato nella medesima condizione di partenza (consistente per il consumatore nella necessità di procurarsi il bene o servizio dal professionista²⁷⁰, e per l'imprenditore debole nell'esigenza di mantenere in vita il rapporto economico con l'imprenditore forte), lasciandolo sostanzialmente privo di tutela.

Più complessi sono i rapporti, nell'ambito della disciplina di protezione, tra la nullità e l'inefficacia in senso stretto. Quest'ultima, a differenza della rescissione ed esattamente come la nullità, può essere totale o parziale, e appare dunque astrattamente idonea allo scopo di neutralizzare, in maniera mirata, le sole clausole del contratto che sono disapprovate dall'ordinamento.

La potenziale fungibilità tra lo strumento della nullità parziale e quello dell'inefficacia parziale è testimoniata da quelle norme che riservavano (art. 1469-*quinquies* c.c.²⁷¹) o tuttora riservano (art. 1341, comma 2, c.c.) la qualificazione di inefficacia²⁷² a clausole squilibrate o squilibranti²⁷³,

²⁶⁹ Entrambe le situazioni rivestono un carattere almeno potenzialmente momentaneo, anche se questo aspetto caratterizza più marcatamente lo stato di pericolo, essendo invece lo stato di bisogno suscettibile di perdurare in concreto anche per periodi molto lunghi.

²⁷⁰ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 117: "L'adesione al contratto ... da parte del consumatore è il prodotto di una volontà appannata ... dalla necessità del bene o servizio oggetto del contratto".

²⁷¹ L'articolo, inserito nel codice civile dalla l. 6 febbraio 1996, n. 52, è stato abrogato dall'art. 142 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e sostituito dall'art. 36 del medesimo decreto.

²⁷² La questione della qualificazione si pone solo nell'ambito del diritto interno, poiché il legislatore comunitario, disinteressandosi dei problemi dogmatici e dei contorni che assumono le categorie, ivi inclusa quella dell'invalidità negoziale, si astiene dal prendere posizione sul punto: v. l'art. 6 della Direttiva 93/13/CE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, secondo cui "le clausole abusive ... non vincolano il consumatore"; o l'art. 7 della Direttiva 7/2011/CE in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in base al quale "gli Stati membri dispongono ... che una clausola contrattuale ... non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore".

²⁷³ Squilibranti in quanto "determinano ... un significativo squilibrio" (art. 33 d.lgs. 206/05). Si è evidenziato che, mentre nella direttiva 93/13/CE (art. 3) tali clausole vengono qualificate in termini di abusività ("una clausola ... si considera abusiva se ..."), nella legislazione interna di recepimento (art. 1496-bis c.c. prima, art. 33 d.lgs. 206/05 poi) si preferisce utilizzare una terminologia diversa ("si considerano vessatorie le clausole che ...

proprio in quanto originate da un'ineguaglianza tra le parti nei rispettivi poteri di negoziazione²⁷⁴.

Anche sulla base di questo dato positivo²⁷⁵, una parte della dottrina ha a lungo sostenuto che i patti iniqui stipulati mediante un abuso dell'autonomia negoziale debbano sempre e comunque considerarsi inefficaci invece che nulli²⁷⁶; e ancora oggi, nonostante il *revirement* normativo consistito nell'abrogazione dell'art. 1469-*quinquies* c.c. e nella correlativa entrata in vigore dell'art. 36 d.lgs. 206/05, che espressamente qualifica come nulle le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore, numerosi autori seguitano ad avallare questo orientamento. L'intento più o meno dichiarato che sorregge l'assunto è quello di rinvenire nell'utilizzo dell'inefficacia una soluzione radicale al problema dell'estensione del vizio:

”), quasi a voler “scacciare” i problemi dogmatici posti dalla categoria dell'abuso: CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 5 ss.

²⁷⁴ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 139 ss.. All'ineguaglianza nei poteri di negoziazione segue la sostanziale imposizione di alcuni contenuti negoziali da parte del contraente più forte, a mezzo della predisposizione unilaterale di clausole (art. 1341 c.c.) o dell'assenza di trattativa (art. 1469-*ter* c.c., e oggi art. 34 d.lgs. 206/05).

²⁷⁵ Non sono mancati in dottrina i richiami all'ordinamento francese, nel quale lo scopo di protezione del contraente debole viene perseguito considerando le clausole abusive come “non apposte” (il 6 allinea dell'art. L. 132-1 del *Code della consommation* recita: “*Les clauses abusives sont réputées non écrites*”). In realtà la dottrina d'oltralpe non ravvisa differenze rilevanti tra clausole *nulles* e clausole *reputées non écrites*: CALAIS AULOY – STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 220; TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10 ed., 2009, 418 ss.; SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, 1969, 40 ss.

²⁷⁶ Che si sia al di fuori dell'area dell'invalidità è stato invero sostenuto anche in prospettive diverse da quelle che richiamano l'inefficacia in senso stretto. Il riferimento, in particolare, è a quell'autore (NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 115 ss.) che ha dubitato della possibilità di utilizzare la categoria della nullità in tutte quelle ipotesi in cui si assista ad una modificazione o riduzione dell'assetto di interessi diviso dalle parti: in tali casi, incluso quello di cui all'art. 1339 c.c., i patti modificati o ridotti non costituirebbero oggetto di una qualificazione negativa perché l'ordinamento, ancor prima e sul piano logico, non li reputerebbe neppure alla stregua di materiale negoziale, considerandoli invece come meri fatti eccedenti il regolamento contrattuale; e la ragione di ciò starebbe nel principio fondamentale di utilità sociale, che impedirebbe di valutare tali patti come rapportabili al potere di autonomia dei privati. Non essendo questi patti nulli, la loro sostituzione non dovrebbe fare i conti con la disciplina della nullità parziale. La teoria appare criticabile sotto un duplice aspetto: anzitutto essa si basa su un'inversione logica del processo che conduce alla qualificazione giuridica, ritenendo “non negoziale” un patto solo perché sostituito o ridotto, mentre invece la sostituzione e la riduzione sono fenomeni logicamente successivi rispetto a quello della qualificazione del patto; inoltre essa si fonda su una pretesa incompatibilità tra nullità e sostituzione o riduzione, ampiamente smentita dal diritto positivo e, in primo luogo, proprio dall'art. 1339 c.c..

l'inefficacia parziale, per sua natura, non influirebbe mai sul resto dell'atto, atteso che non ne inficia l'integrale validità e la completezza strutturale²⁷⁷.

A sostegno di questa tesi si adducono varie argomentazioni.

Si sottolinea, in primo luogo, che la nullità del contratto non può derivare da vizi estrinseci, ossia da vicende che stanno al di fuori del regolamento negoziale: quando vengono in rilievo fatti che non riguardano il negozio in sé considerato, inerendo piuttosto al suo profilo effettuale, il legislatore risponde con l'inefficacia²⁷⁸. L'ordinamento, cioè, ricorre alla nullità quando disapprova il vincolo contrattuale nella sua dimensione statica, intendendo negare l'impegnatività stessa del negozio, mentre si serve dell'inefficacia quando, pur non valutando negativamente il vincolo, per ragioni attinenti alla funzionalità del negozio²⁷⁹ ritiene di non poter legittimare la produzione degli effetti finali. Ebbene, si afferma, quando reagisce a patti abusivi il legislatore valuta negativamente non già i contenuti negoziali in sé²⁸⁰, né gli interessi perseguiti dai contraenti, ma la

²⁷⁷ VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, 2004, 89 ss.; LAMICELA, *Lo ius superveniens e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*, 2003, 33; FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, 11 ss.. Si otterrebbe così, per questa via, l'agognato risultato di una "naturale" conservazione dei contenuti negoziali residui, evitando la fatica di dover rinvenire una disciplina derogatoria dell'art. 1419 c.c. e di doverne giustificare l'operatività.

²⁷⁸ WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, cit., 264: "*L'inefficacia del negozio giuridico non ha la sua ragione nel negozio stesso, ma in un fatto che concerne l'effetto ... senza toccare il negozio giuridico*". Non sempre, peraltro, l'inefficacia scaturisce dalla volontà delle parti, come nel caso del mancato avveramento della condizione sospensiva: essa deriva talora dalla volontà della legge, come nell'ipotesi della mancata ratifica del contratto stipulato dal *falsus procurator*.. V. in proposito, già in tempi risalenti, SCIALOJA, *Nullità e inefficacia*, in *Saggi di vario diritto*, cit., 29 ss.; e, più recentemente, la definizione di inefficacia contenuta nell'art. 153 del *Code Européen des contrats*, in base al quale "*un contratto validamente concluso è inefficace - ossia non produce temporaneamente o definitivamente gli effetti giuridici per il conseguimento dei quali è stato posto in essere - o per volontà delle parti, o per disposizione di legge*".

²⁷⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 271 ss. e 425: l'ordinamento interviene con l'inefficacia quando, valutando negativamente (non già la regola negoziale in sé, ma) la funzione che le parti connettono al contratto, intende neutralizzare alcuni effetti negoziali finali. In questa prospettiva anche il contratto rescindibile e quello simulato, non essendo inquadrabili nell'ambito del fenomeno invalidità, andrebbero qualificati come inefficaci in senso stretto: ROPPO, *Il contratto*, 2 ed., cit., 735; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 1 ed., 2001, 256. Ancora più dettagliata è la definizione data da SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., 331 ss., secondo cui l'invalidità consegue ad una valutazione del negozio nella sua dimensione statica, mentre l'inefficacia discende da una valutazione dinamica all'esito della quale il diritto, in considerazione di interessi delle parti esterni all'operazione negoziale ma interferenti con l'interesse interno negoziale, sceglie di non mettere a disposizione delle parti stesse gli effetti intesi a garantire la realizzazione dell'interesse programmato.

²⁸⁰ LAMICELA, *Lo ius superveniens e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*, cit., 37; VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., 409 ss.

funzione che le parti riconnettono al negozio ponendo in essere un esercizio abusivo dell'autonomia privata. Di ciò costituirebbe conferma la peculiarità che contraddistingue la violazione del divieto, verificabile solo *a posteriori*, cioè all'esito di un controllo flessibile, diretto ad accertare non soltanto il contenuto dell'atto ma anche la circostanza che quel contenuto sia stato imposto da un contraente all'altro o che, comunque, sussistano nel caso concreto gli elementi comportamentali previsti nella fattispecie astratta²⁸¹. Difettando quindi un giudizio di assoluto disvalore del patto, non potrebbe che addivenirsi ad una sua qualificazione in termini di inefficacia in senso stretto.

Si sostiene, per altro verso, che la nullità può operare solo quando il patto sia vietato ad entrambe le parti, e la norma inderogabile abbia come destinatari entrambi i contraenti. Quando invece il divieto si dirige verso una parte sola, e la norma inderogabile mira a proteggere l'altra, ad essere disapprovata in realtà non sarebbe la pattuizione in sé ma l'imposizione del patto da parte del contraente forte; sicché, in questi casi, l'inderogabilità non atterrebbe alla regola negoziale ma al procedimento di formazione della stessa, e quindi al rapporto negoziale piuttosto che all'atto, vertendosi al di fuori delle logiche che contraddistinguono la nullità²⁸². L'art. 1341, comma 2, c.c. costituirebbe la riprova che il legislatore ricorre alla nullità solo quando disapprova il contenuto negoziale in quanto tale, e si serve invece dell'inefficacia quando intende sanzionare l'inosservanza di oneri procedurali²⁸³.

²⁸¹ VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., 411. Bisogna distinguere, secondo l'A., tra l'ipotesi in cui l'ordinamento reagisce alla semplice constatazione della non conformità tra il contenuto di un patto e la previsione legislativa imperativa e quella in cui, invece, solo un giudizio *a posteriori* consente di valutare l'effettivo conflitto tra la regola negoziale e la statuizione normativa. Tale ultima ipotesi si porrebbe al di fuori dei termini classici e "meccanici" in cui si sostanzia la verifica della nullità, che consiste sempre e soltanto nell'accertamento di un determinato contenuto negoziale ed eventualmente, attraverso di esso, dell'elemento causale: il legislatore con la nullità vuole senz'altro e in ogni caso contrastare il patto. L'A. afferma che i patti abusivi non possono considerarsi nulli proprio perché la verifica dell'abusività deve necessariamente essere effettuata *a posteriori*, e ciò anche quando non si subordina la disapprovazione del patto alla mancata trattativa, visto che anche in questi casi, come ad esempio nell'art. 9 l. 192/98, il legislatore ha dato per presupposta l'imposizione del patto da parte dell'impresa forte.

²⁸² P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., 174.

²⁸³ Con specifico riguardo all'art. 1341, comma 2, c.c., altri autori hanno affermato che l'inosservanza del procedimento previsto per la conclusione dell'accordo impedirebbe di

Tuttavia, in tutte le declinazioni illustrate, la teoria che asserisce l'inefficacia dei patti iniqui si scontra con obiezioni pressoché insormontabili; e ciò non soltanto sul piano, fondamentale, delle scelte di diritto positivo, che si sono progressivamente dirette verso un abbandono dei riferimenti testuali all'inefficacia²⁸⁴ (è il caso, menzionato, della sostituzione dell'art. 1469-*quinquies* con l'art. 36 d.lgs. 206/05) e alla volta di un sempre più frequente utilizzo della nullità proprio per sanzionare patti di tale specie²⁸⁵.

La tesi dell'inefficacia si scontra, anzitutto, con la difficoltà che la dottrina da sempre incontra nella costruzione di una nozione generale di inefficacia in senso stretto e, conseguentemente, nell'individuazione dei negozi o delle clausole inefficaci. Non basta, al proposito, asserire che la nozione abbraccia “*i casi in cui il negozio, pur non essendo nullo, non produce i suoi effetti*”²⁸⁶, perché una tale affermazione presuppone e non spiega i criteri di qualificazione. Né pare risolutivo il parametro della intrinsecità o estrinsecità del vizio, vista l'enorme fatica che la dottrina ha sempre palesato nel distinguere con esattezza ciò che dà vita ad impedimento

considerare il patto abusivo alla stregua di materiale negoziale, sicché neppure si porrebbe un problema di qualificazione negativa in termini di nullità o inefficacia. Si è sostenuto, cioè, che le clausole elencate dalla norma e non specificamente approvate per iscritto “*non sono inserite nel contratto*”: GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, cit., 125, nota 37. L'opinione, quanto agli esiti cui perviene seppure in ambito più limitato, è assimilabile a quella espressa da NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 115 ss. (sulla quale v. *supra*, nota 276).

²⁸⁴ L'unico richiamo espresso all'inefficacia resta quello contenuto nell'art. 1341, comma 2, c.c.. La giurisprudenza, tuttavia, afferma da tempo la nullità della clausola vessatoria non specificamente approvata per iscritto: v., *ex multis*, Cass. 15 gennaio 1997, n. 373, in *Foro it.*, 1997, I, 1173. Una posizione simile è riscontrabile anche in dottrina: v. G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, cit., 489, il quale, peraltro, fa conseguire alla nullità delle clausole vessatorie l'applicazione al rapporto della disciplina contemplata in norme dispositive. Del resto, è stato sottolineato che il riferimento testuale all'inefficacia non osta ad una qualificazione in termini di nullità, visto che quest'ultima implica proprio la conseguenza dell'inefficacia, intesa stavolta in senso lato. La teoria dell'inefficacia, d'altro canto, comporterebbe alcuni paradossi sul piano operativo: sarebbe singolare considerare la medesima clausola, ad esempio la clausola limitativa della responsabilità, inefficace ai sensi dell'art. 1341 c.c. o della disciplina generale sulle clausole vessatorie nei contratti del consumatore (art. 36 d.lgs. 206/05) e nulla se inserita in uno specifico rapporto, come la vendita dei beni di consumo o il contratto di viaggio (v., rispettivamente, gli artt. 134 e 93 del d.lgs. 206/05): D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 644.

²⁸⁵ Patti, cioè, sanzionati non soltanto per la loro iniquità ma anche in considerazione del procedimento con cui si è giunti alla loro stipulazione.

²⁸⁶ Così SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., 325.

intrinseco da ciò che costituisce impedimento estrinseco²⁸⁷, e considerato che nel sistema positivo ad impedimenti certamente estrinseci spesso seguono discipline notevolmente diverse²⁸⁸.

Inoltre la teoria in questione si basa su un assunto non condivisibile: quello secondo cui i patti abusivamente iniqui sarebbero viziati solo per la funzionalità che assumono²⁸⁹ e non per il loro contenuto.

L'abusività, invero, non sembra integrare quell'elemento estrinseco evocato dalla più antica dottrina dell'inefficacia, ponendosi invece come attributo della regola negoziale, la quale è fatta direttamente oggetto del vaglio legislativo. Non si fa questione, quindi, di un controllo sulla funzionalità di clausole in sé valide, ma di una valutazione negativa della regola già nella sua dimensione statica: quando si vieta un patto abusivamente iniquo, ad essere disapprovato è proprio un certo contenuto contrattuale, ossia una determinata regola negoziale, la quale costituisce il normale oggetto del giudizio di nullità²⁹⁰.

Né a ciò vale obiettare il carattere *a posteriori* della verifica sulla violazione del divieto: si tratta pur sempre di accertare l'esistenza di un conflitto tra la regola negoziale e la previsione legale²⁹¹, seppure mediante una valutazione che insieme al contenuto della regola involge anche l'*iter* attraverso cui vi si è giunti.

Non basta, insomma, il rilievo dell'esistenza (e dell'esigenza) di una disciplina duttile del vizio, soprattutto in termini di estensione dello stesso, per sostenere che si è in presenza di inefficacia anziché di nullità, così affermando *contra legem*²⁹² la validità dei patti abusivamente iniqui²⁹³.

²⁸⁷ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 124.

²⁸⁸ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 138: risulta complicato individuare una (ed una sola) disciplina applicabile al contratto o alla clausola che si voglia qualificare in via interpretativa come inefficace in senso stretto; in assenza, cioè, di uno statuto generale dell'inefficacia, non è chiaro quale sarebbe la disciplina applicabile nelle ipotesi e nei punti in cui il legislatore non si pronuncia.

²⁸⁹ Cioè, come detto, in considerazione degli effetti che, nella fase dinamica della loro attuazione, producono sul rapporto tra le parti.

²⁹⁰ D'AMICO, voce "Nullità non testuale", in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, 809.

²⁹¹ GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1275.

²⁹² A meno di voler ritenere che le previsioni testuali di nullità dei patti abusivi siano da considerare quali "errori legislativi", come afferma VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., 407.

Bisogna invece prendere atto che il legislatore ricorre alla nullità, e non all'inefficacia, proprio perché disapprova la regola iniqua, sia pure in quanto frutto di un abuso perpetrato nel quadro di una situazione di asimmetria tra le parti nei rispettivi poteri di negoziazione²⁹⁴.

Una volta assodata la compatibilità tra nullità e scopo di protezione²⁹⁵, resta da stabilire se le nullità per abusiva iniquità possano essere o meno inquadrate tra le nullità per contrarietà a norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.)²⁹⁶ e se vi sia spazio, in questo specifico ambito, per le nullità virtuali.

Occorre premettere, con riguardo all'art. 1418 c.c., che gli spazi operativi del primo e del terzo comma sovente interferiscono, nel senso che un contratto affetto da nullità testuale ben può essere, come spesso è, anche nullo per contrasto con norme imperative²⁹⁷. Dunque, il fatto che le nullità che stiamo analizzando siano testualmente comminate, rientrando così negli ambiti delineati dal comma 3, non risolve il problema del loro inquadramento nella previsione di cui al comma 1.

Secondo un insegnamento ormai radicato²⁹⁸, la fattispecie di cui all'art. 1418, comma 1, c.c., a norma del quale “*Il contratto è nullo quando è*

²⁹³ Ed anzi, come si è già accennato, una tale esigenza nemmeno sussiste, visto che più volte il legislatore commina espressamente la nullità facendovi seguire una disciplina duttile, tra l'altro, proprio in punto di estensione del vizio.

²⁹⁴ Sulle caratteristiche dell'abuso di autonomia negoziale nel caso di comprovata disparità di forze tra i contraenti, v. Cass. 8 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.* 2010, I, 85 ss., con nota di PALMIERI e PARDOLESI: la verifica giudiziale del carattere abusivo della condotta avviene “*prescindendo dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi, questi, tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale*”.

²⁹⁵ È utile ribadire che già nel contesto del codice civile, e anche al di fuori delle norme sul lavoro subordinato, si rinvengono fattispecie di nullità che, pur essendo indirettamente rivolte alla tutela di un interesse generale, si propongono di proteggere il contraente in posizione di debolezza: il riferimento è agli artt. 1815, comma 2 (nullità degli interessi usurari nel mutuo), e 2274 c.c. (divieto del patto commissorio), i quali sono rivolti a tutelare, rispettivamente, gli interessi del mutuatario e del debitore o terzo che concede la garanzia. Per la compatibilità tra nullità e tutela di uno dei contraenti, si veda ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, 1996, 69 ss.

²⁹⁶ È eccentrico il rilievo di SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, 2003, 298 ss., il quale solleva dubbi circa la possibilità di includere la nullità parziale nell'ambito operativo dell'art. 1418, comma 1, c.c. perché la norma si riferisce a “*il contratto*” nella sua interezza. Ad ogni modo, secondo l'A., la norma potrebbe applicarsi in via analogica anche alla clausola o parte.

²⁹⁷ ROPPO, *Il contratto*, 2 ed., cit., 741.

²⁹⁸ 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.; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, 1993. Da ultimo v. NAPPI, *Le sezioni unite su*

*contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*²⁹⁹, consta di tre elementi: il carattere imperativo del comando o divieto³⁰⁰, la direzione di quest'ultimo verso un determinato contenuto (o una certa forma, o causa) del contratto e l'inesistenza di indicazioni normative diverse quanto alla sanzione.

Quanto al primo elemento, viene in rilievo la nozione di norma imperativa, la cui esatta delimitazione costituisce una questione ancora dibattuta.

Secondo un orientamento ancora radicato nella giurisprudenza della Cassazione, una norma può dirsi imperativa se, oltre ad essere inderogabile dai privati, è posta a tutela di un interesse generale dell'ordinamento³⁰¹,

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.

²⁹⁹ Il tenore del testo è molto simile a quello del § 134 BGB, a norma del quale “*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., nel testo della disposizione tedesca possono notarsi alcune differenze: anzitutto, non viene menzionato il carattere imperativo della norma violata; inoltre, si fa espresso riferimento al “divieto”, così escludendosi dall'ambito applicativo le norme precettive.

³⁰⁰ A seconda che si tratti di comando o divieto, si distingue tra norme imperative positive (o precettive) e norme imperative negative (o proibitive): BOBBIO, voce *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, 1957, 331; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, 1967, 166; M. C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, cit., 12. La classificazione è accolta anche dalla 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 giustamente criticata da GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 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 PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, 2005, 261 ss..

³⁰¹ La giurisprudenza, anche di recente, ha utilizzato spesso questo criterio per decidere sulla sorte del contratto. Ad esempio, la Suprema Corte ha ritenuto nullo *ex art.* 1418 c.c. il 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: Cass. 6 aprile 2001, n. 5114, in *Corr. giur.*, 2001, 1062 ss., con nota di MARICONDA, *Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di swap*, in *Giur. it.*, 2001, 2083. 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

fermo restando, si intende, che l'imperatività non è esclusa dall'eventuale concomitante protezione di interessi individuali³⁰².

Una larga parte della dottrina, invece, ritiene che sia imperativa qualsiasi norma che tutela determinati interessi (generali, diffusi o individuali che siano) in via indisponibile³⁰³. In altri termini, l'elemento distintivo delle norme imperative non consisterebbe nel carattere generale dell'interesse protetto, ma nella modalità cogente con cui la tutela è apprestata dall'ordinamento; circostanza, quest'ultima, da accertarsi mediante indici desunti dal diritto positivo, come la rilevanza penale del divieto o la rilevabilità d'ufficio del vizio, oppure da ricavarsi in base agli elementi costitutivi della fattispecie o al contesto in cui essa è inserita³⁰⁴.

Ad ogni modo, entrambe le accezioni di norma imperativa sembrano integrate dalle prescrizioni legislative che sanciscono la nullità dei patti iniqui e abusivi: da un lato, infatti, la tutela degli interessi ad esse sottesi è garantita in via indisponibile, come risulta dalla rilevabilità d'ufficio dell'invalidità (art. 7, comma 3, d.lgs. 231/02; art. 36, comma 3, d.lgs. 206/05³⁰⁵) o dagli scopi della previsione normativa (art. 9 l. 192/98)³⁰⁶;

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 RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 585.

³⁰² 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: VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 122.

³⁰³ G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., 59; ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 69 ss.; NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., 913 ss.; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., 220; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., *passim*. Secondo questi autori l'art. 1418, comma 1, c.c. può essere operante a prescindere dalla classe di interessi 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.

³⁰⁴ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 55. In senso analogo VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 134 ss., per il quale la norma deve considerarsi imperativa anche quando, 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.

³⁰⁵ Bisogna avvertire, sin d'ora, che la rilevabilità d'ufficio contemplata dall'art. 36 d.lgs. 206/05 è sottoposta dalla giurisprudenza a particolarissimi limiti operativi: v. SCHLESINGER, *Considerazioni del coordinatore*, in *Spontaneità del mercato e regole*

dall'altro, gli interessi da esse salvaguardati paiono trascendere la sfera giuridica del contraente debole³⁰⁷.

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 negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto*”³⁰⁸.

A questo proposito, si è già ampiamente rimarcato che la disapprovazione normativa investe proprio il contenuto o una parte del contenuto³⁰⁹ dei patti abusivamente iniqui, censurandoli nella loro dimensione statica³¹⁰.

Venendo, infine, al requisito dell'inesistenza di indicazioni normative diverse quanto alla sanzione, tutto ruota intorno al significato da attribuire 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 nullità³¹¹.

giuridiche (Relazioni al XXXIX Congresso nazionale del notariato), 2002, 6 ss.. Più approfonditamente, sul punto, v. *infra*, 111.

³⁰⁶ Fanno eccezione l'art. 3.2.7 dei Principi Unidroit e l'art. 4:109 dei *Principles of European contract law*, nei quali “*una parte può annullare il contratto*”. Tuttavia evidentemente, come suggerisce tra l'altro l'utilizzo dell'annullabilità in luogo della nullità, si tratta di norme inserite in sistemi basati su logiche dogmatiche completamente diverse da quelle che informano il sistema del diritto civile italiano, nell'ambito di un'impostazione che privilegia l'approccio pragmatico rispetto alla coerenza e solidità dei concetti.

³⁰⁷ Su questo punto si tornerà di qui a poco: v. *infra*, 107 ss.

³⁰⁸ Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. civ.*, 2008, 5, 1189 ss., con nota di NAPPI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 432 ss., con nota di SALANITRO; in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con commento di MARICONDA; in *Danno e resp.*, 2008, 525 ss., con nota di 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.

³⁰⁹ L'equilibrio delle pattuzioni, pur non essendo direttamente connesso al profilo causale, costituisce certamente un elemento che concorre a determinare il contenuto del contratto.

³¹⁰ 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 pattuzione 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.

³¹¹ FEDELE, *Della nullità del contratto*, in *Comm. D'Amelio – Finzi*, 1948, (sub art. 1418 c.c.) 653 ss.; BONILINI, *L'invalidità del contratto*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Bessone, 2001, 737; e, più di recente, ALBANESE, *Violazione di norme imperative*

Ad avviso di altri autori, 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 altre³¹².

Anche in questo caso, tuttavia, quale che sia la lettura che si intende privilegiare³¹³, nulla osta all'inclusione delle invalidità comminate ai patti iniqui e abusivi nell'alveo dell'art. 1418, comma 1, c.c.: stante l'espreso riferimento alla nullità da parte del legislatore, sostenere che la legge disponga una sanzione diversa significherebbe attuare un'interpretazione *contra legem*.

Le fattispecie che stiamo analizzando, pertanto, rientrano tra le nullità per contrarietà a norma imperativa³¹⁴.

Non pare condivisibile la differente opinione di chi, affermando che nelle fattispecie in questione non verrebbe in rilievo 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*”³¹⁵ o “*per abuso (o anomalo funzionamento)*”

e nullità del contratto, cit., 96 ss. e 113 ss.. In questa prospettiva, risulta centrale l'indagine sull'effettiva imperatività della norma: ciò che la fattispecie richiede è l'imperatività del comando o divieto, mentre ogni altra considerazione attiene alla sfera degli elementi impeditivi all'operare degli effetti che seguono la realizzazione della fattispecie. Una volta accertata l'imperatività del divieto, quindi, in assenza di esplicite deroghe non potrebbe che addivenirsi alla nullità del contratto.

³¹² CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, 1943, 149; MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, 69; GITTI, *Il contratto in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 797; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 436 ss.; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 43. Secondo questi AA. 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 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.

³¹³ 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).

³¹⁴ Il ragionamento può essere generalizzato a tutte le nullità di protezione, con l'unica eccezione delle fattispecie interamente comportamentali.

³¹⁵ D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., 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

dell'autonomia negoziale"³¹⁶, in cui il contrasto con la legge non è determinabile *a priori* né verificabile mediante la sola indagine del contenuto negoziale³¹⁷. 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 dispositive³¹⁸, è tuttavia una norma imperativa a tracciare i confini oltre i quali la deroga è disapprovata³¹⁹. Pertanto le formule evocate, che pure appaiono di notevole pregio sul piano descrittivo, non possiedono alcuna valenza classificatoria, limitandosi a focalizzare, rispettivamente, la causa della nullità e l'essenza della condotta posta in essere dal contraente forte.

Le riflessioni svolte consentono anche 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. Difatti, ove 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

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 (e, altrimenti, non avrebbe neppure ragione di esistere); 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).

³¹⁶ DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., 673 ss.; ID., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. crit. dir. civ.*, 2007, 706 ss.; AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Lecture sull'autonomia privata*, 2005, 239 ss.; D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., 625 ss.

³¹⁷ Sul carattere *a posteriori* della verifica sull'invalidità dei patti iniqui e abusivi ci si è già soffermati. Tale peculiarità 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.

³¹⁸ Ad essere disapprovato è l'eccessivo e abusivo allontanamento da una disciplina dispositiva, derogabile entro certi limiti: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 144 ss.

³¹⁹ Come si è già evidenziato, una norma che inderogabile che dispone la nullità di determinate clausole negoziali, a tutela di interessi indisponibili, non può che considerarsi imperativa.

le sempre più numerose disposizioni che comminano la nullità proprio a scopo di protezione³²⁰.

La giurisprudenza, d'altronde, nell'occuparsi della più ampia tematica delle nullità virtuali di protezione³²¹, ne ha escluso la prospettività 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 alla struttura o al contenuto del contratto*”³²². Ancora una volta, dunque, ad essere decisivi sono i rapporti tra norma e contenuto negoziale³²³: alla violazione di norme imperative segue la nullità solo quando la sopravvivenza del contratto si porrebbe in conflitto con lo scopo di protezione³²⁴.

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 manca una comminazione testuale di nullità da parte del legislatore (v., ad es., l'art. 3 l.

³²⁰ A meno di voler sostenere, in maniera piuttosto astrusa, che i patti iniqui e abusivi non possono mai reputarsi virtualmente nulli pur potendo essere oggetto di previsioni testuali di invalidità.

³²¹ 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, particolare, la perdurante vigenza del principio generale di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità.

³²² È il caso, appunto, della violazione degli obblighi di informazione.

³²³ 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, 208 ss., con commento di MARICONDA; e, da ultimo Cass. pen., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654, in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, 4544, con nota di 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, 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, RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, 2000, 21 ss.; MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*, nota a Cass. 29 ottobre 1994 n. 9848, in *Corr. giur.*, 1995, 217 ss.

³²⁴ VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 1336.

287/90; o l'art. 1746, comma 3, c.c.)³²⁵ e persino nel caso in cui la norma faccia espresso riferimento all'inefficacia (art. 1341, comma 2, c.c.)³²⁶.

Resta da affrontare, in ultimo, la questione della tipologia e titolarità dell'interesse tutelato dalle nullità per iniquità³²⁷. Dai rilievi svolti sui contenuti disapprovati, e prima ancora sull'ambito soggettivo di applicazione, è necessario risalire all'individuazione degli interessi in vista dei quali il legislatore appronta il rimedio della nullità, anche al fine di stabilire se si tratti di interessi generali ovvero individuali.

Va rilevato, preliminarmente, che la rilevabilità d'ufficio del vizio non costituisce un indice infallibile della portata generale dell'interesse tutelato: essa rivela l'indisponibilità dell'interesse (e, correlativamente, del rimedio) da parte dei suoi titolari, ma nulla dice sull'individuazione dei titolari medesimi³²⁸.

Di sicuro, comminando la nullità dei patti connotati da squilibri e abusi in danno del contraente debole si finisce col proteggere tale contraente³²⁹, ponendo il rimedio al servizio di un interesse individuale.

³²⁵ Con particolare riferimento ai patti che integrano l'abuso di posizione dominante, si veda SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 503; nonché MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, 2001, 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. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 204; e ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 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, MARICONDA, *Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di swap*, cit., 1070.

³²⁶ 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.

³²⁷ La questione, per comodità espositiva e volontà di sintesi, può essere analizzata in maniera unitaria con riguardo a tutte le nullità che stiamo considerando, pur nella consapevolezza che ciascuna di esse, sotto il profilo della concreta funzione, finisce nel dettaglio col distinguersi dalle altre.

³²⁸ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 60 ss.. Diversamente QUADRI, *Nullità e tutela del "contraente debole"*, in *Contr. e impr.*, 2001, 1189 ss., e GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géometrie*, in *Contr.*, 2/2006, 168 ss., secondo i quali la rilevabilità d'ufficio concorrerebbe ad attestare la portata generale degli interessi protetti.

³²⁹ Di qui l'espressione "nullità di protezione", già diffusamente utilizzata nel testo e condivisa non soltanto dalla più ampia dottrina e dalla giurisprudenza ma anche dallo stesso legislatore, che ad essa fa testualmente ricorso nella rubrica dell'art. 36 d.lgs. 206/05.

Ciò concreterebbe, 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’altra³³⁰; 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.

In realtà, come si è già accennato³³¹, la predisposizione della nullità a presidio dell’interesse di singoli individui non costituisce un fenomeno estraneo al sistema codicistico (v., ad es., gli artt. 1751-*bis*, 1815, 2265, 2744, con riguardo, rispettivamente, all’agente, al mutuatario, al socio e al debitore).

Inoltre, la difesa del singolo individuo non esaurisce l’orizzonte funzionale delle nullità per iniquità. La dottrina è concorde nel ritenere che le nullità in questione, e più in generale tutte le nullità di protezione, siano almeno indirettamente rivolte alla salvaguardia di interessi generali. Va detto, tuttavia, che del fenomeno vengono date letture notevolmente diverse.

Secondo un primo orientamento, l’interesse del contraente debole sarebbe stato elevato dall’ordinamento ad interesse generale perché gli abusi del contraente forte, a cagione del loro carattere diffuso e generalizzato, costituirebbero ormai un fenomeno socialmente dannoso³³². L’identificazione dell’interesse generale tutelato con l’interesse particolare del soggetto protetto giustificerebbe il ricorso alla nullità in luogo dell’annullabilità e, al tempo stesso, spiegherebbe il carattere (talora espressamente, talaltra, si sostiene, implicitamente) relativo delle nullità in questione.

Questa prospettazione si espone a non pochi rilievi critici.

³³⁰ PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., *passim*; GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., 1338. Secondo VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 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”.

³³¹ V. *supra*, 22-23.

³³² BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 612 ss.; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 28.

Quanto all'argomento della legittimazione relativa, esso si fonda sul presupposto secondo cui la legittimazione a far valere il vizio coinciderebbe sempre con la titolarità dell'interesse protetto. A ben vedere, però, stando a tale presupposto, sulla cui fondatezza è dato peraltro dubitare, si dovrebbe giungere a conclusioni diverse da quelle cui la teoria in esame perviene: ad una legittimazione relativa non potrebbe in alcun modo corrispondere la difesa di un interesse generale, neppure assumendo che quest'ultimo sia tratto da una dimensione individuale.

La tesi, poi, non è in grado di spiegare adeguatamente, come invece vorrebbe, il differente livello di tutela riservato al contraente debole (nullità) rispetto all'incapace (annullabilità) e al contraente in stato di pericolo o bisogno (rescindibilità). Di certo, anche la tutela degli incapaci costituisce un interesse generale³³³. Sono socialmente dannosi, nuocendo alla fiducia generale nelle negoziazioni, anche la violenza morale e il dolo volti, rispettivamente, a costringere o indurre taluno a concludere un contratto. Né vale invocare il carattere generalizzato degli abusi a danno del contraente debole, perché neppure l'eventuale proliferazione delle condotte che determinano l'annullabilità del contratto, con un'eventuale loro inclusione in fattispecie di reato, muterebbe la sanzione civilistica per esse predisposta³³⁴.

Pertanto, nell'ottica menzionata non si giustificerebbe l'irrazionalità di una disciplina che assicura al contraente debole una protezione più intensa di quella riservata all'incapace, visto che l'azione di cui quest'ultimo dispone per far valere l'invalidità, peraltro sanabile e non rilevabile d'ufficio, si prescrive in cinque anni³³⁵.

³³³ TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 19 ed., 2009, 614; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 613 e 642. Si vedano, in giurisprudenza, le numerose pronunce in materia di circonvenzione di incapaci elencate *supra*, in nota 18.

³³⁴ Sul reato di truffa v. Cass. pen., SS. UU., 27 marzo 2008, n. 26654, cit.; e, da ultimo, Cass. 31 marzo 2011, n. 7468.

³³⁵ Dovrebbe sostenersi, infatti, che il legislatore considera la capacità di autodeterminazione del contraente debole (ad es., del consumatore) inferiore a quella di un minore o addirittura di un infermo di mente. Certo, va precisato che l'incapace, finché resta tale, non può convalidare il contratto (art. 1444, comma 3, c.c.), e che il termine di prescrizione dell'azione di annullamento, in caso di incapacità legale, decorre dal giorno in cui tale stato di incapacità è cessato (art. 1442, comma 2, c.c.). Resta il fatto, però, che nella diversa ipotesi di incapacità naturale il termine di prescrizione prende a decorrere fin dal momento della conclusione del contratto, nonostante l'eventuale perdurare dell'incapacità medesima. Inoltre l'incapace convenuto per l'esecuzione del contratto

Si è quindi progressivamente fatta strada in dottrina l'idea che nelle nullità di protezione, o almeno in alcune di esse (in specie, proprio nelle nullità per iniquità)³³⁶, la tutela del contraente debole sia in realtà una finalità concomitante³³⁷, un mero strumento mediante il quale si intende salvaguardare l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato concorrenziale³³⁸, mediatamente o immediatamente leso³³⁹ da ogni singola e concreta stipulazione iniqua e abusiva.

È anche il contratto in sé, insomma, ad essere socialmente dannoso, e non soltanto il comportamento che ne precede la stipulazione³⁴⁰.

annullabile, a differenza del contraente debole convenuto per l'esecuzione del patto iniquo e abusivo, non è protetto dalla rilevanza d'ufficio del vizio.

³³⁶ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 177, nota 6, e 234, sottolinea le "evidenti discontinuità tra i modelli di tutela di uno dei contraenti, talora più orientati a regolare il mercato talora a proteggere il contraente debole", precisando che solo per comodità espositiva si può far generale riferimento ad invalidità protettive perché, in realtà, "le discipline che mirano ai patti iniqui ... hanno anzitutto a cuore un assetto efficiente del mercato". Distinguono tra previsioni più direttamente protettive e previsioni maggiormente preoccupate dell'equilibrio del mercato, includendo tra queste ultime proprio le nullità che si preoccupano di sanzionare i patti iniqui e abusivi, anche MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, 2003, 168 ss., e più recentemente in *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere: costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, 2007, 249 ss.; VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, 2008, 3 ss.; CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti di impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 862.

³³⁷ L'assunto è notevolmente diverso rispetto a quello secondo cui l'interesse individuale della parte debole sarebbe stato elevato ad interesse generale. Da un lato, infatti, viene negata l'identità tra interesse del singolo e interesse generale; dall'altro, però, individuando quest'ultimo nella salvaguardia del corretto funzionamento del mercato concorrenziale, si prospetta con l'interesse individuale un rapporto di concomitanza, affermando che ogni qual volta si protegge il contraente debole, leso nella sua piena libertà di autodeterminazione, si finisce per evitare il verificarsi nel mercato di un'alterazione della libera concorrenza, perseguendosi, in tal guisa, il benessere della collettività.

³³⁸ DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 489 ss.; QUADRI, *Nullità e tutela del "contraente debole"*, cit., 1193. Con specifico riferimento alla l. 192/98, v. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 53: "La l. 192/98 è volta alla tutela di un soggetto strutturalmente in posizione di subordinazione economica, operativo funzionale e (dunque) contrattuale nei confronti di un altro imprenditore della catena produttiva, in funzione del mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico contro i possibili abusi in danno della parte debole (subfornitura) e di un migliore assetto delle relazioni di mercato".

³³⁹ L'interesse generale, peraltro, con la stipulazione iniqua e abusiva diviene qualificato e differenziato in capo a determinati soggetti, quali la parte debole ma anche gli imprenditori concorrenti del contraente forte, specie se operanti nel medesimo settore geografico e/o merceologico.

³⁴⁰ La vigenza del contratto e la sua efficacia ledono l'interesse della collettività all'efficienza del mercato concorrenziale, mentre il comportamento che precede la stipulazione, pur socialmente dannoso, nella comminazione della nullità rileva (coerentemente col sistema delle invalidità negoziali) solo come presupposto.

Una conferma, in tal senso, può trarsi dalla dimensione funzionale di alcune nullità protettive contemplate dal codice civile. Si pensi, in particolare, all'invalidità del patto commissorio (art. 2744 c.c.): anch'essa si caratterizza per la concomitante tutela di interessi particolari e generali, e pure in essa la ragione della nullità non risiede nel carattere generalizzato dell'abuso, bensì nella dannosità del contratto per soggetti terzi, quali i creditori estranei al patto.

Se con le nullità per iniquità il legislatore persegue una finalità di tutela della concorrenza, sia pure mediante la protezione del contraente debole lesa da indebiti condizionamenti alla propria libertà di autodeterminazione, si spiega in maniera più soddisfacente l'evidenziata differenza nel trattamento normativo del contratto iniquo e abusivo rispetto a quello annullabile, e appare altresì coerente il ricorso alla categoria della nullità.

Resta da chiarire, però, come questa ricostruzione si concilia con l'indicazione, di segno apparentemente contrario, recata dalla legittimazione all'azione di nullità. La legittimazione riservata al contraente debole³⁴¹, talora espressamente prevista (art. 127 comma 4 d.lgs. 385/93; artt. 23 comma 3 e 30 comma 7 d.lgs. 58/98; art. 2 d.lgs. 122/05; art. 134 d.lgs. 206/05; art. 167 d.lgs. 209/05) e talaltra desunta in via interpretativa (art. 36 comma 3 d.lgs. 206/05) o analogica come connotato indefettibile di ogni nullità di protezione, parrebbe infatti trovare la sua ragione proprio nella dimensione individuale dell'interesse tutelato.

A dire il vero, anche in punto di attribuzione della legittimazione a far valere l'invalidità, la realtà normativa delle nullità di protezione si presenta estremamente variegata. Non è casuale che il legislatore si sia spinto a

³⁴¹ L'art. 1421 c.c. dispone che la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse "salvo diverse disposizioni di legge", ed è proprio in questo inciso che si rinviene il fondamento delle nullità relative. Soltanto negli ultimi decenni, però, e proprio nell'ambito della legislazione speciale di protezione, si è assistito alla diffusione di effettive ed espresse previsioni di legittimazione riservata ad uno solo dei contraenti. In precedenza, previsioni siffatte erano del tutto sporadiche: si pensi all'art. 190 c.c., in tema di alienazione non autorizzata della dote, nel testo previgente alla riforma del 1975. Anche per questa ragione, esse venivano considerate eccezionali dalla maggior parte della dottrina: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9 ed., 1966, 247; PUCCINI, *Studi sulla di nullità relativa*, 1967, 150 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 324; *contra*, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, 1972, 243; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario Utet*, 1980, 485 ss.

prevedere espressamente il carattere relativo della nullità solo in alcune disposizioni, omettendo invece in altri casi una specifica indicazione sul punto.

A ben vedere, inoltre, proprio la più rilevante in termini applicativi tra le statuizioni di legittimazione relativa spesso invocate in dottrina, ossia l'art. 36, comma 3, d.lgs. 206/05, nella parte in cui dispone che “*la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore*”, si mostra tutt'altro che univoca. Dal tenore letterale dell'espressione utilizzata, anzi, sembra potersi dedurre che la disposizione nulla dica circa la legittimazione a far valere l'invalidità³⁴², limitandosi piuttosto a stabilire che la nullità non può operare se i suoi effetti si riverberano in concreto a svantaggio del consumatore³⁴³.

Non si può fare a meno di osservare, poi, che le previsioni espresse di legittimazione relativa sono spesso correlate a fattispecie inquadrabili tra le “nullità di trasparenza”³⁴⁴, del tutto peculiari sul fronte dell'interesse tutelato e, conseguentemente, dei rimedi prospettati³⁴⁵.

³⁴² È questa la condivisibile opinione di GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo*, cit., 200 ss.. Del resto, se il legislatore avesse voluto optare espressamente per la legittimazione relativa avrebbe espresso più chiaramente le proprie intenzioni, come ha fatto in altri casi tra i quali, peraltro, rientra una norma contenuta nel medesimo testo normativo e cioè l'art. 134 d.lgs. 206/05, il quale stabilisce che “*la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore*”. Ciò non esclude, peraltro, la possibilità di prospettare con riguardo alle nullità ex art. 36 d.lgs. 206/05, anche sulla base dell'inciso contenuto nel comma 3, una disciplina notevolmente affine a quella che si applicherebbe in presenza di una legittimazione riservata, subordinando in particolare l'operatività della nullità ad una manifestazione di volontà del consumatore. Pare, anzi, proprio questa l'opzione ermeneutica più corretta, visto che solo il consumatore è in grado di attestare che gli effetti della nullità operano in concreto a suo vantaggio: in assenza di un'espressa presa di posizione del consumatore, è ragionevole presumere che a trarre utilità dalla dichiarazione di nullità sarebbe il professionista, il che, proprio sulla base dell'inciso di cui al comma 3, impedisce alla nullità di operare. Sulla necessità, ai sensi dell'art. 6 della direttiva 93/13/CE, di una “non opposizione” del consumatore affinché si addivenga alla nullità della clausola abusiva, si veda Corte di Giustizia UE, sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt contro Erzsébet Sustikné Gyorf*.

³⁴³ L'eventualità appare paradossale, visto che la clausola è nulla proprio in quanto è stata predisposta dal professionista a proprio vantaggio. E tuttavia nulla esclude che, in concreto, il consumatore possa trarre beneficio dall'inefficacia della clausola vessatoria: si pensi alla deroga, abusiva ex art. 33 comma 2 lett. u), al c.d. foro del consumatore, che potrebbe radicare la competenza territoriale in un luogo che per il consumatore si rivela più comodo alla luce di circostanze concrete e contingenti.

³⁴⁴ Anche la nullità ex art. 36, comma 1, d.lgs. 206/05 concretizza un'ipotesi di disapprovazione di contenuti non soltanto squilibrati ma soprattutto poco trasparenti, visto che “*non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale*” (art. 34, comma 4, d.lgs. 206/05).

³⁴⁵ Non è dato, in questa sede, soffermarsi approfonditamente sul punto. È sufficiente affermare, quanto all'interesse generale tutelato, che le nullità in questione perseguono l'obiettivo di assicurare la trasparenza nell'ambito di mercati particolari come quello finanziario e creditizio, e che le clausole nulle perché oscure o ambigue sono sostituite da

Pare arbitrario, quindi, far discendere sempre e comunque dalla sola *ratio* protettiva il carattere relativo della nullità a prescindere da una previsione espressa in tal senso.

Altrettanto arbitraria, d'altro canto, risulta l'opzione ermeneutica opposta, secondo cui in mancanza di una deroga espressa varrebbe, per ciò solo, la regola generale della legittimazione assoluta ex art. 1421 c.c..

Non ci si può esimere, insomma, in difetto di una statuizione normativa univoca sul punto, dall'indagare, caso per caso, quale sia la soluzione interpretativa più corretta³⁴⁶.

Ad ogni modo, anche nei casi in cui si giunga ragionevolmente a prospettare una legittimazione riservata al contraente debole, non si dovrà per ciò solo escludere che la nullità sia posta a presidio anche di interessi generali: la legittimazione relativa, lungi dal costituire criterio decisivo per la definizione degli interessi implicati³⁴⁷, trova spesso la sua ragione non nel carattere individuale dell'interesse tutelato³⁴⁸ ma nell'opportunità di rimettere al contraente debole, e non ad altri, la decisione di privarsi o meno del contratto³⁴⁹.

contenuti che, lungi dal rappresentare valori normali o equilibrati, si caratterizzano per la previa pubblicizzazione o per l'essere sbilanciati a sfavore del contraente forte, in funzione di deterrenza e di sanzione.

³⁴⁶ Nella ricostruzione, ad esempio, della disciplina applicabile alla nullità ex art. 9 l. 192/98, non può ritenersi certa l'attribuzione implicita della legittimazione relativa all'impresa cliente o fornitrice. Anzi, una tale opzione interpretativa non pare coerente con la dimensione funzionale della norma, atteso il pregiudizio che l'abuso di dipendenza economica può arrecare alle situazioni soggettive di terzi interessati all'azione: MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, a cura di De Nova, 1998, 83 ss.; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 236. È di diverso avviso LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 375, il quale discorre appunto di nullità relativa.

³⁴⁷ Ne costituiva dimostrazione esemplificativa, prima dell'abrogazione ad opera del comma 2-bis dell'art. 35 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, aggiunto dalla relativa legge di conversione, l'art. 15, commi 8 e 9, del d.lgs. 192/05, in cui l'espressa previsione della legittimazione relativa accompagnava una nullità evidentemente posta a tutela di un interesse generale: GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., 245.

³⁴⁸ Non pare condivisibile l'opinione di GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., 1334, secondo cui la *ratio* sottesa alla legittimazione riservata al solo contraente debole sarebbe quella di evitare che la controparte possa paralizzare il contratto. Questa funzione è efficacemente assolta già dalla parziarietà necessaria, in presenza della quale il rischio di paralizzazione del contratto è scongiurato a prescindere dal carattere assoluto o relativo della legittimazione: il contraente forte potrebbe al più ottenere la neutralizzazione delle clausole colpite da invalidità, ma una sua domanda in tale direzione sarebbe comunque improbabile, visto che le clausole sono nulle proprio in quanto a lui eccessivamente favorevoli.

³⁴⁹ V. *supra*, nota 342.

Dunque, neppure l'eventuale legittimazione relativa è di ostacolo all'affermazione, dinanzi accennata, secondo cui le nuove nullità parziali per iniquità costituiscono un rimedio posto a salvaguardia anche di un interesse generale. Esse danno luogo ad una forma di intervento pubblico nell'economia finalizzata a contribuire, insieme ad altri strumenti normativi (l. 287/90) e in attuazione di norme costituzionali (artt. 2, 3, 41 e 117³⁵⁰) e comunitarie (art. 3, paragrafo 3 del Trattato sull'Unione Europea; art. 101, 102, 107, 119 e 120 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea) all'effettiva realizzazione e al mantenimento del sistema di mercato concorrenziale, in quanto ritenuto il più efficiente³⁵¹.

L'orizzonte in cui si colloca questa tipologia di intervento normativo va al di là della mera solidarietà sociale³⁵², certamente perseguita anche dalla

³⁵⁰ La Costituzione italiana, prima del 2001, non conteneva alcun riferimento espresso alla concorrenza. Tuttavia la Corte Costituzionale aveva già più volte sottolineato come la libertà di concorrenza costituisse uno dei principi vigenti nel nostro ordinamento giuridico: Corte Cost. 15 giugno 1956, n. 6; Corte Cost., ord. 21 luglio 1992, n. 338; Corte Cost. 26 giugno 1996, n. 236. Dopo la riscrittura ad opera della l. cost. 3/01 dell'art. 117 Cost., che ora contiene un esplicito richiamo alla "tutela della concorrenza", il rilievo che la Consulta riconosce alla concorrenza è divenuto ancora più pregnante: Corte Cost. 18 dicembre 2003, n. 14/2004; Corte Cost. 13 luglio 2004, n. 272. Per un accurato commento delle menzionate pronunce si veda ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 2, 377 ss.

³⁵¹ Il sistema contrattuale, infatti, concorre in maniera decisiva a determinare il corso dell'economia nazionale. La concorrenza, oltre a rilevare in una prospettiva pubblicistica quale principio operativo dell'economia, di cui l'autorità pubblica cura la tutela, si estrinseca in atti e fatti che, avendo un'immediata rilevanza tra i singoli soggetti di diritto, sono riconducibili ad un ambito privatistico. In argomento, v. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., 1332 ss.; nonché RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit. 102, secondo cui "il contratto, la libertà contrattuale e la libertà di concorrenza dovranno essere concepiti come istituti funzionalmente connessi in un'economia di mercato che ha ricevuto una costituzione giuridica".

³⁵² Al compito di attuare il principio solidaristico di rango costituzionale (art. 2 Cost.) già provvede, con riguardo all'intero ambito contrattuale e non soltanto in presenza di asimmetrie, l'applicazione del canone di buona fede in tutte le fasi della negoziazione: Cass. 5 novembre 1999, n. 12310, in *Vita not.*, 2001, 331; Cass. 30 luglio 2004, n. 14605, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1566; Cass. 18 ottobre 2004, n. 20399, in *Contr.*, 2005, I, 429; Cass. 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ. mass.*, 2006, I. È significativo che la stessa Corte Costituzionale, nel sancire l'applicabilità dell'art. 3, comma 2, Cost. anche nei rapporti tra privati, abbia indotto a rivedere le posizioni dottrinali che esauriscono il controllo dell'autonomia negoziale nel riferimento alla clausola di buona fede. Si veda, in particolare, Corte Cost. 15 maggio 1990, n. 241: "In un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo ... ciò ostacola il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie. I principi di correttezza e buona fede nelle trattative e nella formazione ed esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 cod. civ.), le regole della correttezza professionale (art. 2598, n. 3, cod. civ.) ed i doveri correlati alla responsabilità extracontrattuale (art. 2043 cod. civ.) ... non sono perciò idonei a sopperire

legislazione di impronta comunitaria³⁵³, ma unicamente nel più ampio quadro della realizzazione di quella “*economia sociale di mercato*” in cui si sostanzia uno degli scopi fondamentali dell’Unione Europea³⁵⁴.

Sono perciò da respingere le considerazioni, pure estremamente diffuse in dottrina, secondo cui le nuove nullità per iniquità segnerebbero il tramonto dell’autonomia privata e del principio di equivalenza soggettiva tra le prestazioni, in nome di un’asserita esigenza di giustizia contrattuale³⁵⁵.

Nella nostra tradizione non ha mai avuto modo di affermarsi un principio generale di giustizia, e in specie di giustizia commutativa, sul quale fondare un controllo sulla conformità dei contratti ad un modello ideale di equilibrio economico – normativo e un conseguente adattamento giudiziale delle condizioni convenute dalle parti. Il sistema codicistico attribuisce

alterazione dell’equilibrio tra le parti che consegue all’essere una di esse in posizione di supremazia”. In dottrina, v. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., 414. L’idea delle nullità di protezione come strumento di solidarietà sociale deriva, probabilmente, anche dalla confusione ingenerata dall’assimilazione con la locuzione di ispirazione germanica “*doveri di protezione*”, con cui si fa riferimento appunto all’obbligo dei contraenti di comportarsi secondo buona fede. Però, a ben vedere, dalle norme che contemplano le nullità in questione si possono ricavare, già sul piano letterale, chiari indici nel senso di una valutazione che va oltre il criterio di buona fede: si pensi all’art. 33 d.lgs. 206/05, in cui è sanzionato quello squilibrio che sia significativo “*malgrado la buona fede*” (anche a voler assumere che si tratti di un errore di traduzione, se ne ricaverebbe che la contrarietà a buona fede non è l’unico parametro alla luce del quale lo squilibrio viene giudicato); o all’art. 3 del medesimo d.lgs. 206/05, il quale, nel riconoscere ai consumatori e agli utenti i fondamentali diritti “*alla correttezza, alla trasparenza e all’equità nei rapporti contrattuali*”, contempla un concetto di equità diverso e ulteriore rispetto a quello di correttezza e buona fede. La solidarietà sociale, d’altronde, presuppone la mera disegualianza socio – economica dei contraenti, prescindendo da situazioni di abuso, e talora impone addirittura l’adozione di regolamenti negoziali sproporzionati in favore del soggetto debole: si pensi all’art. 36 Cost., a norma del quale la retribuzione deve essere “*in ogni caso sufficiente*” ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa. Sul punto v. *infra*, 155 ss.

³⁵³ V., in particolare, l’art. 169 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, a norma del quale “*al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l’Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all’informazione, all’educazione e all’organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi*”.

³⁵⁴ La parità sostanziale tra le parti nei poteri di negoziazione è al contempo una condizione di giustizia sociale e un presupposto essenziale per il corretto funzionamento dell’economia concorrenziale. Indubbiamente l’Unione Europea, pur attenta alle ragioni della solidarietà, si preoccupa principalmente dell’efficienza del mercato concorrenziale.

³⁵⁵ BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 32: “*L’idea secondo la quale solo ed esclusivamente l’individuo può essere giudice dei suoi interessi non ha più riscontro nella società del nostro tempo ... l’intangibilità della volontà individuale cede di fronte all’esigenza di giustizia sociale*”. In termini analoghi si esprime RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 100. Concorde anche POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 208, secondo cui “*valori come l’equilibrio e la giustizia sostanziale penetrano, influenzandola profondamente, nella teoria generale del contratto*”.

all'equilibrio contrattuale in sé una valenza esclusivamente soggettiva: le parti sono libere di stabilire il valore delle prestazioni e lo scambio può determinare anche attribuzioni patrimoniali di diversa entità, non essendo necessaria la congruità economica tra i valori scambiati³⁵⁶.

Solo pochi autori hanno cercato di configurare, sulla base dell'art. 1374 c.c.³⁵⁷, o del controllo causale in concreto ex artt. 1174 e 1418, comma 2, c.c.,³⁵⁸ o ancora di un generico riscontro ispirato ai principi di

³⁵⁶ La dottrina tradizionale, traendo argomenti dalla concezione della libertà contrattuale elaborata dal pensiero liberale, nonché da indicazioni di diritto positivo (si pensi all'art. 1349 c.c., che considera valida la determinazione manifestamente iniqua del terzo arbitratore se risulta che le parti si sono rimesse al suo mero arbitrio), esclude che si possa attribuire rilevanza in sé all'iniquità tra le prestazioni contrattuali, ritenendo che la contrattazione squilibrata debba ritenersi liberamente ammessa in quanto l'autonomia privata e la capacità di autodeterminazione includono anche il diritto a contrarre a condizioni inique: DI GIOVINE, *Controllo giudiziale della causa e congruità delle prestazioni contrattuali* (nota a Pret. Sal., 23 febbraio 1993), in *Dir. e giur.*, 1995, 270; GALGANO, *Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 1993, 419. Alla base di questo orientamento non vi è soltanto il dogma ideologico dell'intangibilità dell'autonomia privata, ma anche la preoccupazione con cui ci si approccia alle nozioni di equilibrio, proporzione, giustizia ed equità, la cui indeterminazione rappresenterebbe, secondo molti, un rischio per la sicurezza delle transazioni commerciali. È anche per questo, si afferma, che il concetto di giustizia contrattuale in senso oggettivo è rimasto di per sé alieno ai profili di liceità del negozio giuridico. Alcuni autori, poi, sottolineano che un'alterazione liberamente scelta dell'equilibrio economico non è solo accettata dall'ordinamento, ma ne costituisce il momento fisiologico, perché l'equilibrio soggettivo, cioè rimesso all'apprezzamento delle parti, è il connotato essenziale del contratto sinallagmatico: BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione del contratto. Il problema della donazione mista*, 1984, 48 ss.; DELL'AQUILA, *L'adeguatezza fra i vantaggi nei contratti onerosi*, in *Studi senesi*, 1979, 452 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 206.

³⁵⁷ GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., *passim*. L'A ipotizza che il giudice possa comminare, ex art. 1374 c.c., la nullità di una singola clausola o dell'intero contratto ogni qual volta l'operazione economica appaia, alla luce delle concrete circostanze, contraria al principio di equità. I privati, di conseguenza, non potrebbero pretendere l'adempimento del contratto o della pattuizione giudicata iniqua. In tal modo, l'equità opererebbe non *a priori* ma *a posteriori*, ossia nel momento in cui il giudice ravvisa in concreto un grave squilibrio regolamentare a danno di una delle parti.

³⁵⁸ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 210 ss.. Secondo l'A. la disparità di valore tra le prestazioni o attribuzioni contrattuali deve pur sempre essere giustificata dalla idoneità delle stesse a soddisfare i rispettivi interessi creditorî (art. 1174 c.c.), verificabile tramite il generale vaglio sulla sussistenza della causa in concreto. La conseguenza sarebbe la nullità parziale del contratto (ex art. 1418, comma 2, c.c.) quando l'assetto sia condizionato da una sproporzione eccessiva, tale da determinare l'inadeguatezza della prestazione o attribuzione a soddisfare un interesse socialmente tangibile, anche non patrimoniale, del creditore. In realtà, a parte la difficoltà di configurare già sul piano concettuale una mancanza parziale di causa, l'equilibrio contrattuale, inerendo alla convenienza dell'affare, costituisce aspetto ultroneo rispetto al controllo causale. Tale controllo non può spingersi, se non in casi estremi, ad una valutazione sul rapporto di valore tra le attribuzioni sinallagmatiche. Se così non fosse, del resto, non vi sarebbe stato alcun bisogno di introdurre previsioni peculiari e testuali di nullità (si pensi all'art. 1815 c.c., ma anche alle nullità per iniquità della legislazione speciale) basate, tra l'altro, proprio sullo squilibrio eccessivo o significativo.

proporzionalità³⁵⁹ e ragionevolezza³⁶⁰, un potere generalizzato del giudice di sindacare l'equilibrio contrattuale. Si tratta, tuttavia, di posizioni piuttosto isolate, che non hanno scalfito l'idea secondo cui nelle norme del codice civile la violazione del criterio equitativo, visto sotto il profilo oggettivo, assume rilievo solo quando l'iniquità ha causa nell'incapacità naturale del contraente oppure nella sua eccezionale situazione di bisogno o necessità³⁶¹.

³⁵⁹ PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss., giunge a dedurre da un insieme di articoli costituzionali (3, 36, 42, 53, 97) e codicistici (644, 763, 1384, 1447, 1448) la vigenza generale nel nostro ordinamento del principio di proporzionalità, anche con riguardo alla materia contrattuale. In termini analoghi, con specifico riferimento al diritto dei contratti, si esprime CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, 2001, *passim*. Anche secondo POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 208, “l'imperiosa emersione di una logica proporzionale induce a una profonda rimediazione delle norme sul contratto, sempre meno permeate dai dogmi della sovranità del volere e dell'intangibilità del contenuto del patto”. Le affermazioni di questi autori, però, sembrano mancare del necessario supporto nel diritto positivo: il principio di proporzionalità è espressamente menzionato soltanto in disposizioni di diritto comunitario, su tutte l'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea, senza alcuna diretta attinenza col diritto civile, fungendo da criterio per valutare l'azione dell'Unione Europea in relazione a quella degli Stati membri; le invocate norme di diritto interno, poi, non costituiscono un fondamento sufficientemente solido per sostenere la portata generale del principio, in specie con riguardo al rapporto patrimoniale privato, e soprattutto per legittimare da sé il riequilibrio del contratto in presenza di sbilanciamenti irrazionali tra le situazioni giuridiche coinvolte.

³⁶⁰ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 208. Tuttavia da una copiosa giurisprudenza costituzionale emerge che il vaglio di ragionevolezza, fondato sull'art. 3 Cost., concerne la legge e non il contratto: Corte Cost. 19 giugno 1998, n. 227, in *Giur. Cost.*, 1998, 1774; Corte Cost. 10 maggio 1999, n. 154, in *Giur. cost.*, 1999, 1553; Corte Cost. 29 ottobre 1999, n. 406, in *Giur. cost.*, 1999, 3143; Corte Cost. 31 ottobre 2000, n. 450; Corte Cost. 11 ottobre 2000, n. 416; e, da ultimo, Corte Cost. 7 febbraio 2011, n. 40.

³⁶¹ Si ritiene, tradizionalmente, che possa attribuirsi rilievo all'iniquità tra le prestazioni contrattuali solo quando essa si accompagna ad una patologia del consenso: v., tra gli altri, COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, 423 ss.. Viene considerata esemplificativa, in tal senso, la parabola storica che ha caratterizzato la figura della rescissione, nata in epoca giustiniana come strumento contro l'iniquità contrattuale in quanto tale³⁶¹ e poi trasformata, proprio dal codice vigente, in rimedio contro l'abusivo approfittamento dello stato di bisogno o pericolo: BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 684. Vi è da segnalare, peraltro, che il rimedio restò limitato, per tutto il periodo postclassico e anche oltre, alla sola ipotesi della *laesio enormis* nella vendita immobiliare. Tale limitazione fu conservata anche nelle codificazioni ottocentesche (dapprima l'Allgemeines Landrecht, il Code Napoleon, e l'Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, poi il Codice Pisanelli) che recepirono l'istituto della rescissione nella forma dell'impugnativa concessa al venditore pregiudicato da una lesione *ultra dimidium*. Solo nel '900 il rimedio è stato generalizzato, e se ne è prevista l'applicazione a tutti i contratti a prestazioni corrispettive, ma è mutata la prospettiva funzionale: la preoccupazione di non turbare la certezza dei rapporti contrattuali ha indotto a convertire la rescissione in rimedio contro gli approfittamenti di situazioni di debolezza, in risposta a quelle istanze di salvaguardia dell'autonomia sostanziale che oggi si ripropongono, con maggior forza, sotto il profilo della tutela del contraente debole.

Anche nel quadro normativo odierno non è dato rinvenire l'emersione di una regola generale che vieti gli squilibri in sé, o addirittura imponga l'equivalenza delle prestazioni contrattuali³⁶².

Nelle nullità per iniquità introdotte dalla legislazione speciale di ispirazione comunitaria non rileva mai il mero squilibrio³⁶³, e neppure il solo presupposto della debolezza di una delle parti, ma è necessario che la sproporzione tra le attribuzioni superi una certa entità e consegua ad un approfittamento del contraente forte³⁶⁴. La dimensione funzionale, dunque, continua ad essere quella della repressione di eventuali abusi in danno di chi non è in grado di difendersi adeguatamente nel momento genetico della formazione del contratto, sebbene in una rinnovata ottica di tutela del mercato concorrenziale.

³⁶² Per tutti, v. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 519: salve le ipotesi in cui la grave iniquità costituisce, per espressa e specifica previsione e unitamente ad altri presupposti, causa di invalidità del contratto, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale le parti non sono tenute ad attenersi al criterio dell'equità. L'equità può essere disattesa dalle parti, visto che il nostro ordinamento non appresta alcun rimedio generale per il solo fatto che il contratto sia iniquo.

³⁶³ Diversamente, secondo alcuni autori, l'art. 3.2.7 dei Principi Unidroit consentirebbe di enucleare alcune fattispecie nelle quali l'eccessivo vantaggio per una delle parti è riprovato anche se non risulti dimostrato uno sfruttamento dell'altrui posizione di debolezza: VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 68. Ciò testimonierebbe di un processo evolutivo, a livello internazionale oltre che nazionale, verso il principio dell'equilibrio del contratto come valore protetto dalla disciplina della nullità: POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 211. Resta tuttavia maggioritaria, in dottrina, la convinzione che anche nella *lex mercatoria* non si dia mai rilievo all'iniquità in quanto tale, ma solo a quella determinata dallo sfruttamento dell'altrui posizione di debolezza: BONELL, *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, 1999, 945. E tale posizione appare condivisibile in quanto, se è pur vero che il tenore letterale della disposizione sembrerebbe non contemplare come necessario il presupposto dell'abuso della disparità di potere contrattuale, (visto che "il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare" deve essere sì considerato, ma soltanto "tra gli altri fattori"), quest'ultimo appare implicitamente presunto o desumibile da criteri come quello della "eccessività" dello squilibrio.

³⁶⁴ GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, 423; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 221. La scelta di prendere di mira patti reputati ingiusti o abusivi non dà accesso ad un generale sindacato giudiziale sull'equilibrio, poiché all'interprete è consentito di vagliare l'equità (*rectius*: la non iniquità) di un patto solo se ricorrono presupposti ulteriori. La prospettiva che emerge, infatti, si snoda in una duplice direzione: da un lato, il controllo sull'assetto economico divisato continua ad esigere una situazione patologica ulteriore, consistente nell'inferiorità strutturale di una parte sotto il profilo economico e/o informativo accompagnata dall'abuso dell'altra che ne abbia menomato la libertà di scelta; dall'altro, lo squilibrio rilevante è soltanto quello "eccessivo" o "significativo" e non lo squilibrio in sé e per sé, indipendentemente da qualsiasi connotazione quantitativa.

Non è dato, allora, rinvenire in queste nullità l'emersione di un nuovo compito del diritto privato, consistente nell'assicurare l'equità dei rapporti sociali attraverso la giustizia contrattuale³⁶⁵. Il proposito, nient'affatto nuovo, è invece quello di garantire la coesistenza delle varie sfere di libertà individuale, adeguando alla nuova realtà socio – economica l'apparato rimediabile contro gli abusi dell'autonomia negoziale.

In definitiva, l'interesse all'equità (*rectius*: alla non iniquità) delle pattuizioni assume nella contrattazione diseguale una connotazione del tutto peculiare: non già espressione di un paternalismo contrattuale³⁶⁶, né via per un socialismo giuridico, ma strumento per salvaguardare l'economia sociale di mercato.

³⁶⁵ BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 36: “la giustizia sociale passa anche attraverso la giustizia contrattuale”. Tuttavia il legislatore, lungi dall'imporre la giustizia del singolo contratto, persegue invece la giustizia del sistema contrattuale nel suo complesso, mediante la predisposizione di regole tali da assicurare correttezza e trasparenza tra i contraenti e, soprattutto, la repressione degli abusi perpetrati in danno del contraente debole. Il principio dell'equivalenza soggettiva delle prestazioni non ne risulta in alcun modo intaccato, nella misura in cui le reciproche prestazioni, quantunque squilibrare, siano state determinate nell'ambito di uno scambio programmato in assenza di condizionamenti che incidano negativamente sulla possibilità, per uno dei contraenti, di apprezzare in piena libertà la convenienza dell'affare. La valutazione soggettiva sull'idoneità della prestazione ricevuta a giustificare il proprio correlativo sacrificio patrimoniale non vale a sanare l'eventuale squilibrio solo quando la manifestazione di autonomia del contraente sia stata motivata da una condizione di inferiorità o di dipendenza nei confronti della controparte, in grado di menomare l'apprezzamento del proprio interesse al contratto.

³⁶⁶ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 785.

CAPITOLO II

I POTERI DEL GIUDICE TRA NULLITÀ PARZIALE ED ETERONOMIA CONTRATTUALE

Sommario: 1. I poteri del giudice e l'integrazione del contratto. – 2. Il riequilibrio giudiziale del regolamento disapprovato: una nuova stagione per l'equità? – 3. Nullità parziale e riequilibrio giudiziale del contratto: equivoci e distinzioni funzionali. – 4. Perché il giudice? Il ruolo delle clausole generali e dei concetti elastici nella disciplina della nullità parziale.

2. I poteri del giudice e l'integrazione del contratto

Il potere del giudice di sostituirsi alle parti nella determinazione dei contenuti contrattuali, che pure non era estraneo al sistema, negli ultimi anni ha assunto caratteristiche nuove e conquistato spazi più ampi nella legislazione nazionale e sovranazionale³⁶⁷. A ciò si accompagna un inedito atteggiamento della dottrina, che tende sempre più spesso a prospettare l'operatività anche in fattispecie che non lo prevedono esplicitamente.

Emerge, in particolare, la tendenza ad attribuire al giudice, in determinate circostanze, il compito di riequilibrare il contratto parzialmente nullo. Un fenomeno, questo, che pone l'interprete di fronte alla necessità di indagare il rapporto che lega la nullità parziale al potere del giudice di intervenire sul regolamento negoziale.

³⁶⁷ SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., *passim*; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 277 ss.; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, 2010, 72 ss.. Oltre che nella legislazione nazionale e sovranazionale, il fenomeno è emerso anche nelle varie codificazioni di *soft law* messe a punto da gruppi di studiosi di varie nazionalità con l'intento di compendiare le più importanti regole maturate nell'ambito della prassi commerciale internazionale.

Della nullità parziale e delle sue evoluzioni già si è detto³⁶⁸. Restano, allora, da approfondire la natura e le modalità dell'intervento giudiziale sul contratto parzialmente invalido, anche al fine di verificarne le potenzialità espansive in ambiti nei quali esso non è espressamente contemplato³⁶⁹.

In via generale, la determinazione di una parte del contenuto negoziale³⁷⁰ ad opera del giudice viene inquadrata nel più ampio contesto dell'eteronomia contrattuale. Da molto tempo, ormai, si è pienamente acquisita in letteratura la consapevolezza che il contratto, oltre che dalla volontà delle parti, è riempito da una pluralità di fonti eteronome³⁷¹ che, pur non compromettendo la natura giuridica del negozio come atto di autonomia³⁷², contribuiscono a delinearne la fisionomia³⁷³.

³⁶⁸ A questo profilo si è dedicato il capitolo I.

³⁶⁹ Sono questi gli obiettivi che ispirano i capitoli II e III del presente scritto.

³⁷⁰ Sulla nozione di contenuto del contratto e sulla distinzione con quella di oggetto, nonché sulle interferenze tra contenuto e struttura del negozio, v. A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 35 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 125 ss.; CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 365 ss.; TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., 485 ss.; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, 1968, I, 141; DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, 1967, 191 ss.; GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in *I contratti in generale* a cura di Gabrielli, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, 1999, 661.

³⁷¹ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *passim*; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., 199 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 499. Per regola eteronoma deve intendersi quella dettata da poteri diversi ed esterni all'autonomia del privato: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 84.

³⁷² BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 499: "L'integrazione del contratto ... incide su un rapporto che è e rimane contrattuale poiché ha la sua fonte costitutiva nell'atto di autonomia delle parti. Il contratto è un'operazione delle parti, in quanto sono queste che lo pongono in essere ... e ne determinano la causa e il contenuto essenziale". Similmente GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 85, secondo cui "la volontà dei privati resta però pur sempre il centro motore del negozio, perché la sua mancanza, l'essere essa viziata ... incide sempre sulla validità o sull'efficacia del negozio ed inoltre perché essa forgia la regola in tutti gli aspetti che non siano quelli disciplinati da norme imperative"; nonché TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo, l'impegno*, cit., 4. È di contrario avviso FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 339, secondo cui l'intervento della fonte eteronoma rende il regolamento d'interessi non più riconducibile ad un atto di autonomia privata. L'affermazione della natura negoziale o meno del regolamento modificato o arricchito da fonti eteronome ha delle importanti ricadute sul piano applicativo: si pensi all'operatività delle norme sull'interpretazione del contratto (artt. 1362 – 1371 c.c.).

³⁷³ Non tutti gli autori, in realtà, concordano nel ritenere che il "materiale" eteronomo entri a far parte del contenuto negoziale. Una tesi tradizionale, molto radicata in letteratura fino agli anni '70 ma ancora oggi da alcuni sostenuta, concepisce il contratto come atto di esclusiva fonte convenzionale, relegando sul piano degli effetti tutte le conseguenze che discendono dall'intervento normativo: P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., 260; ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 1969, 134. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, 1970, 113 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 9; SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, cit., 789 ss.; CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e*

Se è vero, poi, che il codice nel disciplinare l'integrazione del contratto (art. 1374)³⁷⁴ non menziona tra le relative fonti la volontà del giudice, la formula secondo cui “*il contratto obbliga le parti ... anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge ...*” non esclude affatto la possibilità che il legislatore conferisca al giudice, più o meno esplicitamente, il potere di aggiungere o sostituire determinate clausole contrattuali: l'integrazione giudiziale non è che una *species* dell'integrazione legale caratterizzata dal fatto che i contenuti eteronomi, i quali trovano la propria fonte pur sempre nella legge, necessitano di un'opera di concretizzazione da parte del giudice a cagione della loro parziale indeterminatezza³⁷⁵.

commerciale già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, 1984, 584 ss.; IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, 4 ed., 1990, 97; SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 65. A supporto di questo assunto, si sottolinea che l'art. 1374 c.c. trova collocazione, nell'ambito del titolo II del libro IV del codice, proprio nel capo V dedicato agli effetti del contratto. Da qualche decennio, tuttavia, tende a prevalere l'opposta opinione secondo cui l'integrazione non si limita ad operare sul piano degli effetti, ma partecipa alla costruzione dei contenuti negoziali. L'idea secondo cui la volontà delle parti non esaurisce tutto il contenuto del negozio giuridico è stata dapprima enucleata da VASSALLI, *Sommario delle lezioni sulla teoria dei negozi giuridici*, 1934, poi sviluppata da numerosi autori: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 76 ss.; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., 199 ss.; VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., 291; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Artt. 1374 – 1381*, in *Comm. Schlesinger*, 1999, 8 ss.. Se è vero, si dice, che i privati sono liberi di determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (art. 1322 c.c.), ciò non significa che la regola negoziale sia frutto esclusivamente della volontà delle parti: nella costruzione della regola contrattuale la volontà del privato, pur ricoprendo un posto di supremazia, non detiene alcun monopolio, ponendosi invece in costante rapporto dialettico con la volontà della legge. L'equivoco nel quale incorre la teoria tradizionale consiste nell'identificazione tra contratto e accordo, cui induce la formulazione letterale dell'art. 1321 c.c. (“*il contratto è l'accordo ...*”), mentre in realtà l'accordo, che è certamente condizione necessaria della reciproca assunzione di impegni (perché *nullum esse contractus qui non habet conventionem*: non c'è contratto senza accordo), dà vita al contratto soltanto dopo essersi “calato” nel sistema giuridico e avervi incontrato limiti e integrazioni: TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo, l'impegno*, cit., 2 ss.. Vi è anche chi sottolinea che il voler inquadrare l'intervento normativo nella sfera degli effetti anziché del contenuto rappresenta una presa di posizione di carattere ideologico: CARINGELLA – MAZZAMUTO – MORBIDELLI, *Manuale di diritto civile*, 2009, 763. La teoria che sostiene la pluralità delle fonti contrattuali appare corretta sotto il profilo logico – giuridico: collocare l'integrazione su un piano meramente effettuale costituisce un'operazione meramente artificiosa, perché effetto e contenuto sono in realtà momenti logicamente distinti di una realtà unitaria. In tal senso depongono anche le indicazioni di diritto positivo: se è vero che l'art. 1374 c.c. parla di “*conseguenze*”, la rubrica della disposizione richiama pur sempre l'integrazione “*del contratto*” e non già dei suoi effetti; e anche gli artt. 1339 e 1340 c.c., nel disciplinare rispettivamente la “*inserzione automatica di clausole*” nel contratto e i casi in cui le clausole d'uso “*si intendono inserite nel contratto*”, recano una conferma di come le fonti eteronome possano incidere direttamente sul contenuto del contratto.

³⁷⁴ È bene precisare sin d'ora che, sebbene l'art. 1374 c.c. sia l'unica disposizione esplicitamente dedicata in via generale all'integrazione del contratto, altre norme (anche all'interno dello stesso codice civile) adempiono alla funzione di disciplinare il fenomeno.

³⁷⁵ Sui contenuti dell'integrazione giudiziale, ed in particolare della riconduzione ad equità, ci si soffermerà più avanti, nel cap. III, par. 1.

Ciò posto, è essenziale stabilire se la determinazione dei contenuti negoziali da parte del giudice debba essere sempre inquadrata, anche quando consegue alla comminazione di una nullità parziale, nel fenomeno dell'integrazione.

Poiché la soluzione della questione dipende, prima ancora che dal modo di intendere il riequilibrio giudiziale, dalla maniera in cui si definisce la nozione di integrazione del contratto, è anzitutto su tale nozione che ci si deve soffermare.

Di sicuro, integrare e interpretare il contratto sono due operazioni diverse. L'interpretazione è diretta ad accertare il significato del contenuto contrattuale³⁷⁶, e l'attività dell'interprete non può mai tradursi in un giudizio di valore orientato a modificare il contenuto negoziale. L'integrazione, invece, che presuppone l'esistenza di una lacuna nel contratto³⁷⁷ o l'inidoneità ad operare del regolamento scelto dalle parti³⁷⁸, implica un intervento che mira ad andare oltre la regola che promana dall'autonomia.

È nettamente superata, nell'odierno panorama dottrinario, l'impostazione secondo cui l'integrazione del contratto concreterebbe un'estrinsecazione della forza espansiva insita alla medesima regola negoziale, esprimendo l'attitudine del programma contrattuale ad autocompletarsi³⁷⁹. Questa logica dell'autointegrazione, che ispirandosi alla concezione del contratto come "legge delle parti" accosta impropriamente l'integrazione al procedimento

³⁷⁶ BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 407 ss.. La considerazione può ritenersi valida anche per le ipotesi di interpretazione oggettiva: SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 20 ss.

³⁷⁷ BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 412. Per lacuna deve intendersi la mancanza di una presa di posizione delle parti su un determinato aspetto del rapporto contrattuale, insuscettibile di essere colmata mediante l'attività ermeneutica.

³⁷⁸ L'integrazione non presuppone necessariamente una lacuna in senso proprio, potendo conseguire anche ad un "vuoto" regolamentare determinato dall'invalidità o dall'inefficacia di determinate clausole negoziali: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 6; SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 63 ss.; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., 4 ss.

³⁷⁹ In questa accezione risulta difficile distinguere tra integrazione e interpretazione, perché l'interpretazione consiste appunto in un insieme di procedimenti intesi a svolgere tutte le potenzialità insite al regolamento contrattuale: v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 216, il quale afferma che "l'autointegrazione non appartiene alla costruzione del regolamento contrattuale, rientrando piuttosto in quell'attività interpretativa che intende a sviluppare nella sua coerenza logica la formula della dichiarazione". Sulla nozione di interpretazione, intesa in questa chiave, si veda BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, cit., 300.

analogico operante nell'ordinamento statale³⁸⁰, si basa sulla finzione secondo cui le determinazioni dei privati sarebbero sufficienti a dirimere tutte le questioni che discendono dal contratto, coprendo ogni possibile aspetto del rapporto regolato³⁸¹. In realtà, le possibilità di completamento di un regolamento negoziale lacunoso si rinvengono, più che nell'attività dichiarativa delle parti, nelle indicazioni che la legge fornisce traendole dall'ambiente socio – economico in cui la vicenda contrattuale si inserisce³⁸².

L'integrazione, allora, opera sempre e comunque secondo una logica di eteronomia. E se questo è vero per l'integrazione suppletiva, che interviene per ovviare alla mancanza di una volontà negoziale su determinati aspetti del rapporto contrattuale³⁸³, lo è ancor di più per quella diversa forma di

³⁸⁰ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 2 ss.. L'A. evidenzia come questa idea risalente dell'integrazione ricalchi pedissequamente la concezione dell'analogia nell'ordinamento statale: come in quest'ultimo le lacune sono colmate grazie alle potenzialità già proprie delle norme vigenti, così nell'ambito dei contratti le carenze della regolamentazione pattizia sarebbero colmate dalla *vis* espansiva della regolamentazione medesima. L'irricevibilità del procedimento analogico nell'ambito contrattuale è stata ampiamente sottolineata già nella prima metà del secolo scorso: SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 249; OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, 1943, 15 ss.; PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, 1951, 353.

³⁸¹ Una costruzione siffatta è funzionale all'obiettivo dell'ideologia liberale di tenere il più possibile separati il settore pubblico, dominato dalla legge, e il settore privato, dominato dal contratto e non bisognoso di alcun intervento esterno per il suo pieno funzionamento, in modo da poter considerare eccezionale qualsiasi forma di eterointegrazione del contratto: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 4. Tuttavia la realtà normativa mostra una sempre maggiore compenetrazione tra i due settori: da un lato, la Pubblica Amministrazione si avvale sempre più spesso del contratto come strumento di realizzazione dell'interesse pubblico, stante la sua capacità negoziale di diritto privato codificata dall'art. 1 comma 1-bis della l. 241/90 (introdotto dalla l. 15/05); dall'altro, si fa sempre più incisivo l'intervento pubblico nel contratto tra privati.

³⁸² FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit. 243 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit. 68. Le norme suppletive, pur ispirandosi agli interessi individuali dei contraenti, ne tentano la conciliazione attraverso soluzioni analoghe a quelle adottate nell'ambiente sociale in casi simili. Le parti, cioè, per quanto attiene agli aspetti non espressamente regolati dalle loro reciproche dichiarazioni, "sono tenute ad osservare tutto quanto generalmente (di solito, cioè nelle relazioni ordinarie) inerisce al tipo di rapporto instaurato e la legge provvede a rendere certo con le sue statuizioni, dopo averlo desunto dalla vita di relazione": FRANZESE, *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, cit., 793. L'integrazione realizza una forma di intervento sul contratto che va al di là del pur ampio svolgimento della dichiarazione, avvalendosi di "strumenti che ... pur prendendo spunto da esigenze già espresse nel regolamento contrattuale o comunque rinvenibili nell'ambiente che lo ha espresso, le svolgono poi secondo criteri obiettivi ... ben possono non aver nulla a che fare con le autonome possibilità espansive del singolo regolamento contrattuale": RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 9.

³⁸³ NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., 4: l'integrazione suppletiva ha come necessario presupposto di operatività una lacuna nella

integrazione volta ad imporre determinate regole a prescindere da difetti del contenuto fissato dalle parti e perciò definita “cogente”, i cui precetti prevalgono sulle eventuali statuizioni difformi dei contraenti³⁸⁴.

Tenute ferme queste premesse, permane la difficoltà di elaborare una nozione generale di integrazione del contratto, in mancanza di una definizione legislativa³⁸⁵ e in presenza di una notevole eterogeneità, nei meccanismi oltre che nella funzione, degli interventi eteronomi sul regolamento negoziale.

È necessario soprattutto, ai nostri fini, stabilire se per integrazione debba intendersi qualsiasi forma di modificazione del contratto dall'esterno³⁸⁶ ovvero invece, in un'accezione più ristretta, un cambiamento che sia tale da comportare l'immissione nel contratto di valori estranei alla volontà delle parti, in aggiunta o in sostituzione di quelli da esse espressi³⁸⁷.

determinazione convenzionale, ossia un contratto incompleto. La contraria volontà dei privati inibisce, perciò, l'operare dell'integrazione suppletiva, la quale avviene mediante norme dispositive e dunque derogabili dalle parti.

³⁸⁴ ROPPO, *Il contratto*, II ed., cit., 485, definisce l'integrazione suppletiva “amica dell'autonomia privata” e l'integrazione cogente “antagonista dell'autonomia privata”. Secondo questa prospettiva l'integrazione suppletiva non contrasterebbe con l'autonomia privata, al contrario svolgendo una funzione di mantenimento del contratto che sarebbe altrimenti inapplicabile. Invero, è stato correttamente osservato che anche l'integrazione suppletiva, la quale certo non consente di far scaturire dal contratto conseguenze che sono del tutto estranee al suo contenuto, avvenendo attraverso l'applicazione di una fonte eteronoma costituisce pur sempre un'incisione dell'autonomia privata: SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 91. Ciò nulla toglie alla fondatezza della considerazione che mira a sottolineare la diversa maniera in cui l'integrazione cogente e quella suppletiva si relazionano con l'autonomia negoziale.

³⁸⁵ L'art. 1374 c.c. non reca infatti una definizione di integrazione, limitandosi ad indicarne la funzione, ad elencarne le fonti e a disciplinarne gli effetti.

³⁸⁶ ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 709. Che l'integrazione provenga dall'esterno, nascendo al di fuori del contratto per poi penetrarvi già nella fase della sua costruzione, è stato evidenziato da RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 12: “L'integrazione sembra partecipare di una duplice natura: essa è fuori dal contratto, ma al tempo stesso ne determina l'operare; il contratto è il suo oggetto, ma alla costruzione del proprio oggetto essa non manca di partecipare. Di ciò l'art. 1374 c.c. è testimonianza eloquente, nel suo apparente contrapporre due diverse fonti degli obblighi discendenti dal contratto: quanto è in esso espresso, da un canto, e la legge, gli usi e l'equità dall'altro”.

³⁸⁷ Si è evidenziato, nel cap. I, par. 5, come anche la mera sottrazione di contenuti negoziali possa alterare gli equilibri del rapporto contrattuale, e persino stravolgerne la fisionomia. Si è detto, in questo senso, che anche le fattispecie di nullità parziale in cui si prevede che “il contratto rimane valido per il resto” o che “la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto” si prestano, nonostante l'assenza di sostituzioni legali o giudiziali, a conformare il contratto, e che risulta quindi formalistico reputare la modifica del contratto per mera sottrazione meno offensiva dell'autonomia privata solo perché il regolamento residuo rimane integralmente scritto dalle parti. Ciò non implica, però, che si possa parlare di integrazione ogni qual volta vengano ad essere mutati, in conseguenza di un'invalidità parziale, i contenuti del contratto. Non vi è alcun dubbio, poi, circa la conservazione della

Non si è mancato di sostenere che l'integrazione, ad onta del valore semantico del termine, possa aver luogo, oltre che attraverso l'arricchimento o l'avvicendamento di contenuti contrattuali, anche mediante la mera sottrazione di una parte del regolamento³⁸⁸.

Stando a questa impostazione, la riconduzione giudiziale ad equità del contratto parzialmente nullo realizzerebbe certamente una forma di integrazione, collocandosi, comunque la si interpreti, nel più ampio quadro di una vicenda che conduce alla modificazione del regolamento negoziale. A ben vedere, in quest'ottica sarebbe la stessa nullità parziale in sé considerata a costituire sempre e comunque, finanche nella conformazione tradizionale di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., uno strumento di integrazione del contratto³⁸⁹.

natura negoziale del regolamento che residua dalla nullità parziale, a maggior ragione quando ad essa non susseguia un inserimento di clausole di genesi eteronoma: D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., *passim*, spec. 86 e 93.

³⁸⁸ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 202. In termini ancora più netti si esprime ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 709, secondo il quale "si potrebbe obiettare che l'integrazione, per ragioni che il termine stesso indica, può intendersi solo come procedimento diretto ad arricchire positivamente il regolamento predisposto dalle parti, introducendovi nuove disposizioni, ampliando la portata di quelle convenute dalle parti ... e non mai condurre a ridimensionare il regolamento imputabile ai contraenti ... l'obiezione però non sembra insormontabile, specie ove si prendano le mosse da un più ampio e corretto concetto di integrazione, che porti a considerare questa sotto il comprensivo profilo della modifica del contenuto del contratto". Si mostra dubbioso D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, 9.

³⁸⁹ ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 707 ss.. Superata l'idea che di integrazione si possa fare questione solo in presenza di aggiunte o sostituzioni, l'A. sostiene che l'art. 1419, comma 1, c.c., consentendo di tenere in vita un regolamento diverso da quello voluto dalle parti e finendo per rideterminare il contenuto del contratto, attui una vera e propria opera di integrazione. Si tratterebbe, più precisamente, di un'integrazione mediante buona fede, volta ad evitare che la volontà dei contraenti sia strumentalmente evocata per legittimare la pretesa di tenere in piedi un contratto che nulla ha a che vedere con l'assetto originario degli interessi ovvero, simmetricamente, di chi intende sottrarsi dall'obbligo di eseguire un contratto che con quell'assetto sia coerente. Non sembra, tuttavia, che quando si decide dell'estensione della nullità secondo i canoni dell'art. 1419, comma 1, c.c. si faccia davvero questione di integrazione del contratto. La prima fase del giudizio di nullità parziale, infatti, consta di un'operazione che, essendo diretta ad accertare quali siano gli interessi che hanno mosso le parti alla contrattazione e ad individuare nell'ambito di tali interessi quelli che abbiano un rango primario, è certamente di natura interpretativa; ma anche il successivo passaggio, che pure può condurre alla conservazione di un regolamento non del tutto corrispondente a quello originariamente definito dalle parti, non conduce all'imposizione alle parti di una regola esterna rispetto al contenuto pattizio imputabile alla loro concorde volontà, né introduce nel contratto valori esterni a quelli espressi dai contraenti: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, 67. Ciò non vuol dire che si possa collocare la norma su un piano meramente ermeneutico, come lascia intendere GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 159: il punto di partenza dell'intera operazione è certamente un'attività interpretativa, cui però segue la scelta sull'estensione del vizio che, in caso di esito conservativo, realizza senza dubbio (in

Pare più corretto, però, ritenere che si realizzi un'integrazione in senso proprio solo quando l'ordinamento interviene a determinare taluni contenuti negoziali, in aggiunta o in sostituzione delle clausole pattizie³⁹⁰.

Così ricostruito, il concetto di integrazione assume, più fedelmente al significato che il sostantivo sembra evocare, contorni decisamente più ristretti. Si impone, conseguentemente, di verificare se il riequilibrio del contratto parzialmente nullo ad opera del giudice rientri o meno in questo genere di situazione.

È decisiva, a questo riguardo, la lettura che si dà dei rapporti tra la comminazione di nullità e l'intervento giudiziale di riequilibrio. Se quest'ultimo viene concepito come l'immissione di nuovi contenuti negoziali da parte del giudice, in sostituzione delle clausole invalidate, può coerentemente sostenersi che si è in presenza di una forma di eteronomia contrattuale, e dunque di integrazione. Qualora invece si acceda, più propriamente³⁹¹, all'idea dell'intervento di riconduzione ad equità come modalità di individuazione *a posteriori* dell'oggetto (*rectius*: della misura) della nullità nel caso concreto, se ne dovrà ineluttabilmente ricavare che tale intervento, meramente applicativo dell'invalidità negoziale, non dà luogo ad un'integrazione in senso stretto; in questa prospettiva diventa persino improprio discorrere di "poteri sostitutivi" del giudice, poiché la sostituzione presupporrebbe la previa caducazione integrale di una clausola che, invece, è invalidata solo *in parte qua* e quindi ridotta dalla legge nei termini quantitativi che il giudice delimita in via successiva.

Ad ogni modo, pur volendo considerare il riequilibrio giudiziale conseguente alla nullità parziale (e, più in generale, alla disapprovazione di determinate clausole) come una forma di integrazione del contratto, non vi sarebbero fondate ragioni per farne discendere il carattere eccezionale delle norme che lo contemplano.

A nulla vale obiettare che si tratterebbe di un'integrazione cogente, tale cioè da intervenire su aspetti del rapporto compiutamente regolati dalle parti:

uno con la nullità parziale in senso proprio, ossia con la nullità delle clausole originariamente invalidate) una modificazione del contratto.

³⁹⁰ TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, cit., 906.

³⁹¹ L'opinione di chi scrive, con riguardo al punto in questione, è stata già ampiamente espressa nel cap. I, par. 5.

anche l'integrazione cogente, ivi inclusa quella sostanzialmente affidata al giudice nei suoi concreti contenuti, ha assunto nel sistema il carattere dell'ordinarietà, persino al di fuori del ristretto ambito della contrattazione asimmetrica.

Negli ultimi decenni si è assistito alla progressiva marginalizzazione della volontà dei contraenti nella determinazione dei contenuti negoziali e ad un correlativo "potenziamento" delle fonti eteronome³⁹²: un processo, questo, che ha messo in crisi l'idea liberale del negozio giuridico³⁹³, tramutando il contratto in uno strumento funzionalmente complesso³⁹⁴. Di conseguenza, il

³⁹² BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 34 ss.; FRANZESE, *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, cit., 771; NICOLÒ, voce "Diritto civile", cit., 910 ss.. Si è già detto nei paragrafi precedenti, a proposito della nullità del contratto, del processo che ha condotto all'aumento delle previsioni normative volte a limitare in negativo l'autonomia privata. Si intende ora aggiungere che negli ultimi decenni, sotto la pressione di interessi della comunità, si è prodotto un vero e proprio arricchimento oggettivo del contenuto tradizionale del diritto civile, mediante un notevole incremento dei limiti all'autonomia negoziale che operano in positivo, subordinando il riconoscimento del potere di autonomia alla realizzazione di una finalità superindividuale.

³⁹³ Sono note le riflessioni, nella letteratura anglosassone, di GILMORE, *The Death of Contract*, 1974; e di ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979. Nella nostra dottrina, si vedano le considerazioni di FRANZESE, *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, cit., 771: "Proprio quando le elaborazioni teoriche approdavano al dogma della volontà e al principio dell'autonomia contrattuale come indefettibile conquista del diritto moderno, iniziava nella prassi la crisi del contratto ... con il potenziamento della fonte legale del regolamento contrattuale e con la diffusione delle sostituzioni di clausole (anche con materiale non imperativo) e del potere giudiziale di modificazione del contratto". Ad entrare in crisi, se non addirittura a "morire", non è certamente il contratto in sé ma l'idea classica di contratto, insieme al dogma in base al quale il regolamento negoziale liberamente determinato dalle parti è intangibile: BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 34. Più che di morte o declino del contratto, allora, è opportuno parlare di oggettivazione del contratto: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 13.

³⁹⁴ Ormai da molto tempo si concepisce il contratto come uno "strumento a plurimo impiego", poiché esso assolve, a fianco alla tradizionale funzione di strumento per l'esplicazione dell'autonomia privata, quella di mezzo per il perseguimento di interessi superindividuali: GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1961, 391; P. BARCELLONA, voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 493; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 780. Ci si è domandati fino a che punto una tale concezione del contratto sia pienamente compatibile con il significato essenziale del diritto civile, che impone di riconoscere all'autonomia individuale il ruolo di fulcro del sistema. Appare esauriente, sul punto, la risposta di NICOLÒ, voce "Diritto civile", cit., 913: "Sino a quando ... la realizzazione del diritto soggettivo e la rilevanza effettuale dell'atto di autonomia sono più o meno subordinati all'attuazione di un interesse sociale ... che non si sovrappone all'interesse individuale considerato nella sua astratta configurazione, ma solo a determinati modi di intenderlo e di soddisfarlo, né il diritto soggettivo né l'atto di autonomia perdono la loro natura di mezzi di tutela di libertà dell'individuo"; quando, invece, si costringesse il privato ad abbandonare il proprio fine individuale e a perseguire quello superindividuale, conferendo così al soggetto un potere per la realizzazione di un interesse (non proprio, ma) alieno, si sconfinerebbe nella potestà pubblica e "l'atto di autonomia non sarebbe più tale". In altri termini, il negozio giuridico non sarebbe più tale solo se venisse imposta una causa dall'esterno. Soltanto in quest'ultimo caso si avrebbe ragione di affermare la crisi del diritto civile, del quale la

rapporto tradizionalmente affermato tra la regola generale dell'immutabilità del contratto e l'eccezionalità delle fonti eterointegrative può dirsi oggi considerevolmente mutato³⁹⁵, non soltanto per l'apporto di novità promananti dalla legislazione speciale, ma anche grazie al contributo determinante della giurisprudenza.

L'asserita tassatività delle fonti elencate dall'art. 1374 c.c.³⁹⁶ non ha impedito questa evoluzione, non tanto perché il richiamo alla fonte di legge possiede il carattere di rinvio aperto a tutte le previsioni presenti e future di integrazione legale³⁹⁷, quanto piuttosto perché l'integrazione cogente trova la sua disciplina al di fuori dell'art. 1374 c.c., la cui inequivoca formulazione letterale (“*non solo ... ma anche*”) si concilia soltanto con l'integrazione suppletiva³⁹⁸.

All'integrazione cogente classica e automatica, fondata sull'art. 1339 c.c.³⁹⁹ e ormai scarsamente utilizzata dal legislatore, si affianca con sempre

libertà dei privati nello scegliere il fine delle proprie azioni costituisce presupposto irrinunciabile. Tuttavia il nostro sistema è ben lontano da questa meta: non vi è traccia di alcuna causa imposta; le parti continuano ad essere fondamentalmente libere di autoregolare i propri interessi; il valore dell'autonomia contrattuale rimane, nel complesso, basilare.

³⁹⁵ SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 87.

³⁹⁶ FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., 34 ss.

³⁹⁷ Così NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., 3; e GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 781. Il rilievo è corretto, soprattutto laddove evidenzia che “*la singola norma puntuale di legge è in grado di esercitare la propria funzione integrativa non già in quanto sussiste il richiamo di cui all'art. 1374 c.c., ma per il valore vincolante che intrinsecamente le è proprio, cosicché la funzione del richiamo è solo di ricostruzione del sistema*”. La riflessione, tuttavia, deve essere circoscritta al fenomeno dell'integrazione legale suppletiva, perché è soltanto questo fenomeno ad essere regolato dall'art. 1374 c.c..

³⁹⁸ P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., 166 ss.: col problema dell'integrazione cogente l'art. 1374 c.c. inerisce solo indirettamente, perché “*la violazione delle norme inderogabili non è regolata dall'art. 1374 c.c. che, al contrario, ne presuppone l'osservanza*”, e presupposto di questa integrazione è la validità dell'atto. La tecnica di integrazione del contratto, garantita ai sensi dell'art. 1374 c.c., non autorizza la sostituzione di clausole, che nel nostro sistema si fonda su meccanismi diversi: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 250. In giurisprudenza v. Cass. 17 giugno 1994, n. 5862, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 6: “*La regola dell'integrazione del contratto prevista dall'art. 1374 c.c. opera esclusivamente in relazione a quegli effetti del contratto in ordine ai quali le parti non abbiano espresso la loro volontà o l'abbiano espressa in modo lacunoso ed ambiguo e va, quindi, esclusa quando, secondo l'insindacabile apprezzamento del giudice del merito, le parti abbiano compiutamente ed univocamente regolato gli effetti del contratto e del contenuto delle loro prestazioni*”. Similmente, *ex multis*: Cass. 14 ottobre 1981, n. 5943; Cass. 14 marzo 1983, n. 1884, in *Giust. civ. mass.*, 1983, 3; Cass. 14 giugno 2002, n. 8577, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 6.

³⁹⁹ L'art. 1339 c.c. opera quando una norma imperativa, per motivi di interesse pubblico particolarmente incidenti, detta in via inderogabile il contenuto vincolante di determinate pattuizioni, al fine di perseguire quell'interesse pubblico mediante lo strumento privatistico:

maggior forza un'integrazione altrettanto cogente ma priva di automaticità, basata sull'utilizzo della clausola generale di buona fede⁴⁰⁰.

Si è molto discusso, invero, circa l'attribuzione del carattere propriamente integrativo alla buona fede.

In dottrina ha a lungo prevalso l'opinione secondo cui lo spazio di operatività del canone di correttezza andrebbe limitato, oltre che al momento precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.)⁴⁰¹ e all'operazione interpretativa (art. 1366 c.c.)⁴⁰², alla fase esecutiva del programma negoziale

A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 78 – 79; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 15; SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 69 ss.. L'inserzione automatica di clausole di cui all'art. 1339 c.c. realizza in ogni caso un'integrazione cogente, anche nell'ipotesi (espressamente contemplata nella disposizione) in cui le parti non abbiano regolato gli aspetti regolati dalla clausola imposta: TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, cit., 906. In una logica funzionale simile si collocano quelle determinazioni legali del contratto che, essendo predisposte a favore di un contraente considerato più debole, possono essere derogate soltanto a favore della parte protetta, verificandosi invece una sostituzione automatica in caso di deroga a sfavore del contraente tutelato: per un'elencazione esaustiva v. *supra*, 66-67.

⁴⁰⁰ Ci si riferisce ovviamente alla buona fede oggettiva di cui all'art. 1375 c.c. e non già alla buona fede soggettiva, la quale, come noto, consiste nella "ignoranza di ledere l'altrui diritto" (art. 1147), e dunque in uno stato psicologico del tutto avulso dalle problematiche inerenti all'integrazione.

⁴⁰¹ All'art. 1337 c.c. vengono da sempre ricondotte alcuni comportamenti tipizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come il recesso ingiustificato dalle trattative o l'omessa comunicazione, nella fase precontrattuale, di informazioni rilevanti per la controparte. Anche la condotta descritta dall'art. 1338 c.c., ossia il "non aver dato notizia all'altra parte" della conoscenza di una causa di invalidità, è quasi unanimemente considerata un'ipotesi esemplificativa di comportamento contrario a buona fede: si veda, per tutti, BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 171.

⁴⁰² Si è già detto che l'interpretazione non ha la funzione di riempire le lacune né, a maggior ragione, di sostituire clausole contrattuali, ma serve ad accertare il significato giuridicamente rilevante del regolamento contrattuale. È estremamente convincente sul punto Cass. 12 aprile 2006, n. 8619, in *Obbl. e contr.*, 2007, 120, con nota di COREA: "Nel sistema giuridico attuale, l'attività interpretativa dei contratti ... risulta conforme a diritto ... quando si adegui alle regole legali, le quali non sono norme integrative, dispositive o suppletive del contenuto del contratto, ma, piuttosto, costituiscono lo strumento di ricostruzione della comune volontà delle parti al momento della stipulazione del contratto. Pertanto, la volontà emergente dal consenso delle parti nel suddetto momento non può essere integrata con elementi ad essa estranei, e ciò anche quando sia invocata la buona fede come fattore di interpretazione del contratto". Non potrebbe, pertanto, basarsi sull'art. 1366 c.c. la dimensione integrativa della buona fede. A questo proposito non possono ignorarsi i tentativi, mutuati dall'esperienza tedesca della *ergänzende Vertragsauslegung* (interpretazione integrativa del contratto), di rivendicare all'attività ermeneutica anche la funzione di colmare i vuoti del regolamento contrattuale, dando rilievo a quegli interessi delle parti che, pur non esplicitati, potrebbero inferirsi dallo "spirito" del contratto: ROPPO, *Nullità parziale e giudizio di buona fede*, cit., 707, che si rinvia espressamente alle considerazioni di PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäft, Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 Bgb*, cit.; ma v. anche D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 71. La dottrina tedesca basa la teoria dell'interpretazione integrativa sulla valorizzazione di una norma, quella contenuta nell'art. 242 BGB (secondo cui "il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione così come lo richiede la buona fede, tenuto conto degli usi del traffico giuridico"), che è analoga nella

(art. 1375 c.c.)⁴⁰³. A sostegno di questa tesi si è più volte sottolineato che l'art. 1374 c.c. non fa menzione della buona fede, mentre l'art. 1375 c.c. contiene un riferimento letterale, finanche nella sua rubrica, alla “*esecuzione di buona fede*”⁴⁰⁴: il codice vigente, sdoppiando l'enunciato di cui all'art. 1124 del Codice Pisanelli⁴⁰⁵, avrebbe inteso distinguere con nettezza il momento dell'integrazione da quello dell'esecuzione del contratto⁴⁰⁶.

Anche negli orientamenti della Suprema Corte, in ragione di una mal celata diffidenza verso le clausole generali, per molti decenni si è imposto nei confronti della buona fede un atteggiamento fortemente restrittivo, teso a limitarne l'operatività alla fase esecutiva come regola di valutazione *a posteriori* della condotta (*aliunde* determinata, e perciò dovuta) dei contraenti⁴⁰⁷.

sua formulazione all'art. 1375 c.c.. È allora nell'art. 1375 c.c. che deve eventualmente rinvenirsi il fondamento normativo della buona fede come fonte di integrazione del contratto.

⁴⁰³ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, 1974, 124 ss.; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, 1968, 172 ss.; BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto*, IV ed., sez. civ., II, 1988, 172; BELFIORE, *La presupposizione*, cit., 26 ss.; RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, 2001, 57.

⁴⁰⁴ Ribadendo poi, nel testo, che il contratto deve essere “*eseguito secondo buona fede*”.

⁴⁰⁵ La cui formulazione così recitava: “*I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche in tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso e la legge ne derivano*”.

⁴⁰⁶ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., I, 27.

⁴⁰⁷ V., ad es., Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, 1283: “*Il dovere generico di lealtà e correttezza ... può costituire solo un criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento. Detto dovere non vale a creare, per se stesso, un diritto soggettivo ... quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge. Pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, correttezza e di solidarietà non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme*”. Le ragioni per cui si è a lungo negato il carattere integrativo della buona fede oggettiva sono esplicitate da Cass. 9 aprile 1987, n. 3480 (sul c.d. “caso Celentano”), in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1609: “*Costituendo, infatti, il contratto lo strumento messo dall'ordinamento a disposizione delle parti per l'autoregolamentazione dei propri interessi, ad esso occorre necessariamente riferirsi ... per apprenderne la disciplina convenzionale (e, quindi, lo spessore della corrispondente tutela), al di fuori della quale l'impiego di tecniche eterointegrative, non legittimate e imposte dall'applicazione di norme cogenti, darebbe inevitabilmente luogo, se sovrapposte alla regola pattizia, ad arbitrarie dilatazioni della medesima, risolvendosi nel disconoscimento del potere dispositivo delle parti e, in definitiva, della stessa autonomia privata*”. L'orientamento è oggi nettamente minoritario, ma non ancora del tutto abbandonato: v. Cass. 3 febbraio 1994, n. 1091, in *Foro pad.*, 1996, I, 7 e, da ultimo, Cass. 27 novembre 2009, n. 25047: “*la violazione del principio in questione, pur essendo fonte di responsabilità per il danno che ne sia derivato, non inficia comunque il contenuto del contratto con cui le parti abbiano regolato i rispettivi interessi, salvo che tanto non si risolva in una specifica causa di nullità o annullabilità del contratto ... tale violazione non può essere invocata qualora venga dedotta l'inadeguatezza delle clausole pattuite a garantire l'equilibrio delle prestazioni o le aspettative economiche di uno dei contraenti*”.

In seguito, però, si è prima diffuso e poi consolidato l'indirizzo che riconosce alla buona fede oggettiva il ruolo di fonte di integrazione del contratto⁴⁰⁸, idonea ad immettere nel regolamento negoziale, a prescindere da specifici obblighi convenzionalmente assunti e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, talune regole di condotta cui le parti devono attenersi.

L'obbligo di buona fede, cioè, comporterebbe l'ingresso nello statuto negoziale delle regole che discendono dalla concreta applicazione, nella cornice del singolo contratto, del generico dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte, nei limiti in cui ciò non costituisca un apprezzabile sacrificio del proprio interesse⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 145 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 500; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, I, 83 ss.; MENGONI, *Obbligazione di risultato e obbligazioni di mezzi. Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.; CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, 1962, 711; PANZA, *Buon costume e buona fede*, 1973, 237 ss.; D'ANGELO, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, IV in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, 2004, 33 ss.; ROPPO, *Il contratto*, II ed., cit., 493 ss.; ALPA, *La completezza del contratto: buona fede ed equità*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, 2002, 218 ss. In giurisprudenza, per una prima (sia pur ambigua) apertura alla buona fede come fonte integrativa, v. Cass. 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, 2077: "Anche se riferita al momento esecutivo, la buona fede conserva la sua funzione di integrazione del rapporto, quale regola obiettiva che concorre a determinare il comportamento dovuto". Per una svolta più netta, v. Cass. 20 aprile 1994, n. 3775 (sul c.d. "caso Fiuggi"), in *Foro it.*, 1995, I, 1296: "Il dovere di correttezza (art. 1175 c.c.) ... si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.)". Successivamente, *ex multis*: Cass. 22 maggio 1997, n. 4598, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, 247 con nota di D'ANGELO; Cass. 6 dicembre 2000, n. 15505, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 290; Cass. 13 luglio 2007, n. 15669, in *Fall.*, 2008, 31; Cass. 6 luglio 2008, n. 21250, in *Guida al dir.*, 2008, 41. In termini molto chiari si esprime Cass. 17 marzo 2006, n. 5997, in *Foro it.*, 2007, I, 1582 ss.: "Si è ormai chiarito che la buona fede opera, nell'ambito dei rapporti obbligatori, su un piano di reciprocità, quale fonte integrativa degli effetti degli atti di privata autonomia, integrando ovvero restringendo gli obblighi letteralmente assunti dalle parti o derivanti da specifiche norme di legge". V. anche Cass., SS. UU., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giust. civ.*, 2008, 12, I, 2807, con nota di FICO: "Il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi".

⁴⁰⁹ La Relazione al codice civile (n. 558) afferma che il principio di correttezza e di buona fede "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore", confermando, tra l'altro, la sostanziale identità concettuale tra il principio di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. e quello di buona fede oggettiva di cui all'art. 1375 c.c.. La formula è pedissequamente riproposta dalla giurisprudenza, soprattutto nell'ultimo decennio: v., ad es., Cass. 27 settembre 2001, n. 12093, in *Corr. giur.*, 2002, 328, con nota di DI MAJO, secondo cui "la

In effetti, pare difficilmente negabile che la buona fede concorra a determinare l'insieme dei diritti e degli obblighi che discendono dal contratto.

Non serve, al riguardo, ed è anzi fuorviante, agitare l'argomento testuale secondo cui il generico richiamo alla legge contenuto nell'art. 1374 c.c. non può non considerarsi riferito anche alle disposizioni di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.⁴¹⁰. La funzione integrativa della buona fede, infatti, non deriva da una specifica norma di legge, ma direttamente dal suo modo di operare: in quanto regola di condotta e non già mero criterio di valutazione di condotte, qual è invece la diligenza⁴¹¹, essa comporta la genesi di doveri ulteriori rispetto a quelli stabiliti dai contraenti⁴¹².

buona fede si atteggia, infatti, come un impegno di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico". In modo identico, tra le altre: Cass. 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e resp.*, 2003, 174; Cass. 4 marzo 2003, n. 3185, in *Giur. it.*, 2005, 5, 958; Cass. 18 ottobre 2004, n. 20399, in *Contr.*, 2005, 5, 429 ss., con nota di SELVINI; Cass. S.U., 19 settembre 2005, n. 18450, in *Giur. it.*, 2006, 6, 1141; Cass. 28 settembre 2005, n. 18947, in *Contr.*, 2006, 251 e in *Guida al dir.*, 2005, 2, 122; Cass. 12 maggio 2006, n. 11004, in *Obbl. e contr.*, 2006, 580 e in *Foro it.*, 2007, I, 3203; Cass. 9 febbraio 2007, n. 2878, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2595; Cass. 13 luglio 2007, n. 15669, cit.; Cass. 10 dicembre 2008, n. 29029, in *Guida al dir.*, 2009, 7, 49; Cass. 5 marzo 2009, n. 5348; Cass. 4 maggio 2009, n. 10182, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratto in genere*, n. 234; Cass. 4 giugno 2009, n. 12888; Cass. 30 settembre 2009, n. 20993; Cass. 10 giugno 2010, n. 13987, in *Giust. civ.*, 2011, 1; Cass. 12 gennaio 2012, n. 236. In dottrina, tra gli altri, v. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 520; e SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 21. Pare questa la definizione più esauriente del dovere di correttezza in ambito contrattuale, dovendosi ritenere invece eccessivamente ristretta quella che limita l'obbligo di buona fede al compimento degli atti aventi ad oggetto la conservazione della persona o della cosa della controparte.

⁴¹⁰ NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., 3. Il ragionamento conduce, almeno in parte, fuori strada: l'art. 1374 c.c. disciplina la sola integrazione suppletiva, mentre la buona fede oggettiva può dar luogo anche ad un'integrazione cogente.

⁴¹¹ I valori che sono alla base del concetto di buona fede oggettiva, ossia la correttezza, la collaborazione e la solidarietà, si prestano a far sorgere in capo alle parti determinati obblighi comportamentali. In questo la buona fede si distingue dalla diligenza: quest'ultima, attenendo al "come" una determinata prestazione debba essere eseguita (secondo la Relazione al codice civile, la diligenza consiste in "quel complesso di cure e di cautele che il debitore deve impiegare per soddisfare la propria obbligazione"), è riferibile soltanto al debitore e funge unicamente da parametro di valutazione dell'adempimento di un'obbligazione che ha altrove la propria fonte. In questo senso, appare criticabile l'orientamento giurisprudenziale che ravvisa nell'art. 1176 c.c. la fonte dell'obbligo del notaio di informare il cliente e di procedere ad accertamenti e visure: Cass. 6 aprile 2001, n. 5158, in *Riv. Not.*, 2001, 213; Cass. 13 giugno 2002, n. 8470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 744 ss.; Cass. 23 ottobre 2002, n. 14934, in *Riv. Not.*, 2003, 766; Cass. 13 gennaio 2003, n. 309, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 723 ss.; Cass. 11 gennaio 2006, n. 264, in *Danno e resp.*, 2006, 1099, con nota di GUERRESCHI; Cass. 28 novembre 2007, n. 24733, in *Vita not.*, 2008, 356. L'obbligo del notaio, aggiungendosi ai doveri che hanno origine nella legge e nel contratto, discende proprio dall'efficacia integrativa della buona fede: MORELLI,

La diretta derivazione della buona fede dai “*doveri inderogabili di solidarietà*” di cui all’art. 2 della Costituzione è alla base della sua forza cogente⁴¹³, per cui i relativi obblighi sussistono anche in presenza di eventuali clausole pattizie con essi incompatibili⁴¹⁴. Ciò spiega, tra l’altro, la collocazione della buona fede al di fuori dell’art. 1374 c.c..

La conferma che si tratti di un’integrazione cogente si può rinvenire in una recentissima pronuncia della Cassazione che, utilizzando la figura dell’abuso del diritto quale criterio rivelatore della violazione dell’obbligo di buona fede⁴¹⁵, è giunta a stravolgere il contenuto e le conseguenze di una

La responsabilità civile del notaio: le posizioni di dottrina e giurisprudenza (nota a Cass. 11 gennaio 2006, n. 264), in *Corr. Giur.*, 2007, 3, 391; ROSSETTI, *Arriva il “consenso informato” anche per i clienti dei notai. La prestazione notarile tra diligenza e buona fede* (nota a Cass. 13 gennaio 2003, n. 309), in *Dir. e giust.*, 2003, 9, 26 ss.. Peraltro, la stessa Cass. 6 aprile 2001, n. 5158 fa riferimento, accanto al canone della diligenza qualificata di cui all’art. 1176 comma 2 c.c., all’obbligo di buona fede nell’esecuzione del contratto.

⁴¹² SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 157.

⁴¹³ È di diverso avviso BELFIORE, *La presupposizione*, cit., 26 ss., secondo cui la buona fede non rappresenterebbe mai un canale di ingresso di istanze esterne, siano esse etiche o solidaristiche o di mercato, poiché solo la legge potrebbe dare rilievo ad interessi non esplicitati dalle parti. Sulla stessa linea si pone CASTRONOVO, *Il contratto nei “Principi di diritto europeo”*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 814 ss., che concepisce la buona fede come strumento di sviluppo dell’operazione voluta dalle parti, in un’ottica di autointegrazione cooperante e non antagonista dell’autonomia privata: la buona fede, investendo problemi che i contraenti non hanno affrontato, li risolverebbe mediante una proiezione della volontà delle parti sui punti da esse non disciplinati. Si vedano, sul punto, le condivisibili obiezioni di 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, 2002, 324, il quale rileva come la buona fede spesso si spinga a legittimare il riequilibrio del negozio voluto dalle parti, attraverso un controllo di merito sulla conformità a valori che non sono quelli dei contraenti. Anche secondo BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 520, la buona fede, nel richiedere ai contraenti un impegno di solidarietà reciproca, va oltre gli obblighi stabiliti dalle parti ed anzi prevale su quanto esse hanno stabilito. Per un’esauritiva trattazione sul punto, v. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. Giur.*, 2000, 1486 ss.. Il carattere cogente dell’integrazione di buona fede è stato ribadito, peraltro, in numerose sentenze della Cassazione, tra le quali Cass. 20 aprile 3775, n. 1994, cit.: “*La buona fede ... concorre a creare la regola iuris del caso concreto, in forza del valore cogente che le norme citate le assegnano*”. Dunque la Suprema Corte, come rileva MORELLI, *La buona fede come limite all’autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti* (nota a Cass. 20 aprile 1994, n. 3775), in *Giust. civ.* 1994, I, 2168, è inequivoca nell’affermare che la clausola di buona fede deve essere utilizzata dal giudice “*anche in funzione correttiva del regolamento negoziale*”.

⁴¹⁴ SENOFONTE, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura: art. 1956 c.c.* (nota a Cass., 18.7.1989, n. 3362), in *Giust. civ.*, 1990, I, 134: “*Dall’osservanza del dovere di correttezza non si può essere pattizamente dispensati mediante clausole che autorizzino comportamenti scorretti, in contrasto, cioè, con quel principio di buona fede che ... costituisce uno dei cardini dell’ordinamento*”.

⁴¹⁵ Come noto, nel nostro ordinamento (a differenza che in altri: v. l’art. 2 del Codice civile Svizzero, a norma del quale “*il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge*”; il § 226 BGB, in cui si afferma che “*l’esercizio del diritto è inammissibile se può avere soltanto lo scopo di provocare danno ad altri*”; e addirittura l’art. 18 della

clausola contrattuale che conferiva ad una delle parti il diritto di recedere *ad nutum* dal rapporto negoziale⁴¹⁶.

Costituzione tedesca, secondo cui “*chi abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa, della libertà di insegnamento, della libertà di riunione, della libertà di associazione, del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni, del diritto di proprietà o del diritto di asilo, per combattere l'ordinamento fondamentale democratico e liberale, perde questi diritti*”) l'abuso del diritto non costituisce una nozione di diritto positivo, fatta eccezione per l'abuso del diritto di proprietà che si concreta negli atti d'emulazione di cui all'art. 833 c.c.. Il progetto ministeriale del Codice civile vigente conteneva, all'art. 7, il principio in base al quale “*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto*”, ma la norma non è stata riprodotta nel testo definitivo. Anche per questo, oltre che per le paventate ricadute sull'irrinunciabile valore della certezza del diritto, la nostra dottrina ha per lungo tempo ha negato la categoria dell'abuso del diritto, rifiutando l'idea che l'esercizio di un diritto possa avvenire irregolarmente ed etichettando la formula in questione come un ossimoro giuridico: ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 295 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1950, 138. L'elaborazione dell'abuso del diritto come figura generale si deve, tra l'altro, all'opera di RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 205 ss., ora in *L'abuso del diritto*, 1998, ma anche alla fondamentale sentenza Cass. 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, 256, con nota critica di SCIALOJA. Da molti decenni, ormai, il divieto di abusare del proprio diritto è ritenuto applicabile anche nell'ambito del rapporto obbligatorio, come applicazione del principio di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.): CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 613 ss.; PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, 1987, 1 ss.; MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, 2005, 354. In giurisprudenza, *ex multis*: Cass. 17 marzo 2006, n. 5997, cit.; Cass. 7 marzo 2007, n. 5273, in *Contr.*, 2007, 971; Cass., SS. UU., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Foro it.*, 2008, I, 503 ss.. Più di recente, l'ambito applicativo del principio è stato ulteriormente esteso: all'abuso del diritto si è progressivamente affiancato l'abuso dello strumento processuale (sull'abusivo frazionamento del credito in sede di azione, v. Cass. 23 luglio 1997, n. 6900, in *Giur. it.*, 1998, 889 ss., con nota di RONCO; Cass., SS. UU., 15 novembre 2007, n. 23726, cit.; Cass. 11 giugno 2008, n. 15476, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2766) e della personalità giuridica (v., ad es., Cass. 16 maggio 2007, n. 11258, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2229). Per la corrispondente evoluzione nel diritto tedesco, v. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 102 ss..

⁴¹⁶ Si tratta di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit., secondo cui, pur in presenza di un diritto di recesso *ad nutum* contrattualmente stabilito, il giudice non può esimersi dal valutare se il recesso è stato attuato in modo abusivo: “*la esclusione della valorizzazione e valutazione della buona fede oggettiva e della rilevanza anche dell'eventuale esercizio abusivo del recesso, infatti, consentirebbero che il recesso ad nutum si trasformi in un recesso arbitrario, cioè ad libitum, sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico*”. La pronuncia oscilla ambigualmente tra il controllo sull'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* (a ben vedere inammissibile, perché l'esercizio abusivo del diritto presuppone l'assenza nel titolo legale o contrattuale di indicazioni circa le modalità concrete di esercizio del diritto) e il sindacato sull'esercizio abusivo dell'autonomia privata, riferito al momento in cui il diritto di recesso *ad nutum* è stato pattuito. In quest'ultima direzione sembrano deporre gli incisi secondo cui “*il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di temperamento degli opposti interessi ... ed è su questa base che la corte di merito avrebbe dovuto valutare o interpretare le clausole del contratto – in particolare quella che prevedeva il recesso ad nutum – anche al fine di riconoscere l'eventuale diritto al risarcimento del danno per l'esercizio di tale facoltà in modo non conforme alla correttezza ed alla buona fede*”, e “*l'esercizio del potere contrattuale riconosciuto all'imprenditore dall'autonomia privata deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali, quali quello appunto della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e della correttezza*”. Gli “Ermellini” sembrano voler dire che esistono, sì, norme attributive del diritto a pattuire il

In definitiva, il sistema contempla con riguardo alla generalità dei contratti un'integrazione cogente⁴¹⁷ che, svolgendosi mediante l'uso di clausole generali, concede al giudice notevoli margini di azione per modificare il regolamento negoziale⁴¹⁸. Sarebbe contraddittorio, allora, relegare al ruolo di previsioni eccezionali e tassative le disposizioni che attribuiscono al giudice il potere di riequilibrare il contratto parzialmente nullo, atteso peraltro che tale potere, non concretando una forma di integrazione in senso

recesso anche *ad nutum* (in *primis*, l'art. 1373 c.c.), ma l'inserzione nel contratto di una clausola che autorizzi un recesso totalmente arbitrario, pur non concretando alcuna violazione formale della legge, costituisce un abuso dell'autonomia negoziale cui rimedia la buona fede integrativa. In definitiva, la sentenza pare attuare una traslazione dell'abuso del diritto sul piano dell'integrazione cogente del contratto, statuendo che il giudice può modificare il regolamento contrattuale quando esso sia espressione dell'abuso di autonomia negoziale. Tra i precedenti giurisprudenziali sull'abuso del diritto di recesso: Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 648 ss.; Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. giur.*, 2000, 1479 ss. Sull'abuso del diritto come tecnica di eterointegrazione v. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 83.

⁴¹⁷ Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929, secondo cui l'intervento modificativo del giudice sul contratto non deve essere considerato eccezionale, ma "semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata".

⁴¹⁸ A chi in dottrina ha sollevato obiezioni e timori circa l'eccessiva indeterminatezza e l'eccedenza di contenuto assiologico dell'integrazione di buona fede, si è replicato che trattasi di "riserve formulabili in linea di principio nei confronti di qualsiasi ricognizione di valori demandata al giudice", evidenziandosi, peraltro, che nell'applicazione della clausola di buona fede "il giudice non è chiamato a volteggiare, senza rete, nei cieli dell'etica", ma deve seguire "una partitura quasi a rima obbligata", essendo tenuto ad "individuare quel minimo di cooperazione e solidarietà, all'un tempo irrinunciabile ed adeguato ad evitare lo sbilanciamento degli interessi in contatto ... nella realtà delle singole fattispecie contrattuali, in relazione alle specifiche fattispecie di tempo e di luogo in cui lo strumento negoziale è destinato ad operare": MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, cit., 2173. In altri termini, la discrezionalità del giudice è limitata, oltre che dal significato stesso del concetto di buona fede (al quale, evidentemente, il giudice è vincolato), dalle caratteristiche che assume il fatto concreto sottoposto al suo vaglio. poiché l'obbligo di buona fede richiede comportamenti diversi in relazione alle specifiche circostanze del caso. Peraltro, l'impossibilità di un'astratta predeterminazione dei doveri di buona fede non ha impedito alla dottrina e alla giurisprudenza di elaborarne una tipizzazione, sia pure a scopo meramente esemplificativo e ad un livello (volutamente) di scarso dettaglio. In particolare, è stato affermato che il canone di lealtà si concretizza, nella sua componente negativa, in tre principali comportamenti: il non suscitare intenzionalmente falsi affidamenti, il non speculare su siffatti affidamenti e il non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte; mentre, nella sua componente positiva, esso comporterebbe un obbligo di salvaguardia dell'interesse della controparte, nei limiti in cui ciò non costituisca un apprezzabile sacrificio del proprio interesse: BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 507. Tra le estrinsecazioni dell'obbligo di salvaguardia enucleate dalla giurisprudenza, si possono ricordare: l'esecuzione di prestazioni non previste in contratto ma necessarie o utili per salvaguardare l'interesse della controparte; le modifiche al proprio comportamento, se necessarie a salvaguardare l'utilità della controparte; la tolleranza delle modifiche della prestazione di controparte; il dovere di avviso e di informazione di tutte le circostanze rilevanti per l'esecuzione del contratto e, in particolare, di quelle la cui conoscenza permette alla controparte di evitare un aggravio di spese o di effettuare una prestazione errata; il corretto esercizio dei poteri discrezionali.

proprio, costituisce uno strumento meramente attuativo delle norme che
comminano nullità a carattere quantitativo.

2. Il riequilibrio giudiziale del regolamento disapprovato: una nuova stagione per l'equità?

Si è detto finora che l'avvento delle nullità parziali per iniquità a carattere quantitativo ha comportato il progressivo riconoscimento in capo al giudice di un peculiare potere di riequilibrio del contratto, e che tale potere è estraneo al fenomeno dell'integrazione in senso stretto, oltre che privo di eccezionalità. Si tratta adesso di analizzare le disposizioni che, in vari contesti e con diverse sfumature, contemplano in via più o meno esplicita il riequilibrio giudiziale di clausole contrattuali inique e quindi nulle o, comunque, disapprovate e inefficaci.

Tali disposizioni si trovano per lo più al di fuori del codice civile.

Nel codice, infatti, il conferimento al giudice del potere di definire "equamente", o "secondo equità", o "con equo apprezzamento" alcuni contenuti negoziali si colloca in un'ottica notevolmente diversa, fungendo quasi sempre da ausilio all'autonomia dei contraenti⁴¹⁹. All'equità⁴²⁰, quando non opera come criterio meramente interpretativo (art. 1371 c.c.⁴²¹), è comunque attribuita in linea generale (diversamente che alla buona fede⁴²²) un'efficacia residuale⁴²³ e suppletiva⁴²⁴, per di più subordinata alla

⁴¹⁹ TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. e impr.*, 1998, 469 ss.; ma v. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., 328, il quale configura l'iniquità come possibile causa di invalidità del contratto.

⁴²⁰ Sull'accezione tradizionale dell'equità, oltre che sui nuovi significati che essa ha assunto nella più recente legislazione, ci si soffermerà nel cap. III, par. I.

⁴²¹ A norma del quale "qualora ... il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso ... nel senso che realizzi l'equo temperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso".

⁴²² SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 168: sia la buona fede che l'equità sono strumenti di integrazione del contratto che vanno nella direzione di un equilibrato temperamento tra gli interessi delle parti, ma la buona fede ha un impatto superiore perché "si impone a prescindere da specifici obblighi contrattuali ed extracontrattuali postulando un impegno di solidarietà che va oltre gli interessi contrattualmente determinati ... mentre l'equità opera sulla base dei diritti e doveri previsti nel contratto". Le differenze tra buona fede ed equità, peraltro, non si esauriscono nella diversa attitudine integrativa. I due concetti sono dissimili anzitutto nell'essenza: l'equità non costituisce una regola di comportamento, consistendo piuttosto in un canone sulla base del quale può essere, a seconda dei casi, valutata o enucleata la regola contrattuale nel caso concreto. Secondo RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 246, "l'equità non può essere compresa tra le clausole generali, perché essa non si risolve nella individuazione di un parametro, sia pure elastico, ma unicamente in un ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti". Sull'equità come clausola generale, sebbene con differenti accezioni nei vari contesti in cui è utilizzata dal legislatore, v. *infra*, cap. III, par. 1.

mancanza⁴²⁵ o al richiamo della legge (art. 1374 c.c.), con tutto ciò che ne consegue in termini di effettivi spazi applicativi⁴²⁶.

⁴²³ Si ritiene che l'art. 1374 c.c. renda possibile l'integrazione giudiziale solo con riguardo ad aspetti accessori del regolamento negoziale, dovendosi invece escludere che il giudice possa, sul solo presupposto dell'assenza di una determinazione ad opera della parti e in mancanza di una norma che espressamente a ciò lo autorizzi, fissare autonomamente secondo equità il contenuto del contratto nei suoi aspetti qualificanti (il c.d. contenuto contrattuale minimo): VITUCCI, *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, nota a Cass. 18 febbraio 1967, n. 408, in *Foro Pad.*, 1968, I, 482. Da questo punto di vista, appare diversa la regola contenuta nell'art. 4.10 dei Principi Unidroit, secondo cui "qualora le parti di un contratto non si siano accordate su una clausola del contratto che sia importante per la determinazione dei loro diritti ed obblighi, si intende inserita una clausola adeguata alle circostanze".

⁴²⁴ L'equità, a differenza della buona fede, può essere disattesa dalle parti: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 223, secondo cui "la presa di posizione del giudice nei confronti di un determinato regolamento contrattuale in cui consiste il giudizio di equità non può riguardare il rapporto tra le prestazioni, così come è stato stabilito dalle parti"; e similmente BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 520. Tradizionalmente l'equità viene in gioco soltanto con riguardo a quei punti che nella contrattazione non sono stati tenuti presenti dalle parti, ma che possono considerarsi conseguenza naturale, anche se non strettamente necessaria, di quanto convenuto: di qui la sua inclusione nell'art. 1374 c.c. che, come detto, regola esclusivamente l'integrazione suppletiva. Solo apparentemente una tale configurazione contrasta con la definizione formulata da Papiniano per cui l'equità era "quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia", poiché se la prima funzione è certamente assolta nell'art. 1374 c.c., e la seconda negli artt. 1226 e 2056 c.c. (ove l'equità costituisce il criterio per completare il contenuto della norma positiva in materia di liquidazione del danno quando l'importo sia di ammontare incerto), la terza è oggi svolta dalla clausola generale di buona fede: BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 543. È isolata l'idea che talora l'art. 1374 c.c. possa da sé legittimare un intervento cogente dell'equità: v. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., 320 ss., il quale comunque esclude che, in linea generale e sulla base del solo art. 1374 c.c., il giudice possa imporre ai privati un assetto regolamentare difforme da quello voluto, sostituendo clausole inique con altre eque allo scopo di garantire l'equilibrio dello scambio. Del resto, se si consentisse sempre e comunque al giudice di modificare il contratto in base al solo e generico richiamo dell'art. 1374 c.c. all'equità "dovremmo annunciare un'inesorabile capitolazione sia dell'autonomia privata che del principio di certezza dei rapporti giuridici": SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 225.

⁴²⁵ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 245 – 246: "L'inciso 'in mancanza della legge' non significa che l'equità può operare solo in relazione a quei regolamenti per cui manca del tutto un riferimento legislativo: un'interpretazione così rigorosa, infatti, precluderebbe in via assoluta il ricorso all'equità, poiché pure i contratti innominati fanno capo alla legge per ciò che riguarda la disciplina essenziale della loro struttura. In realtà, con quell'inciso si è voluto dire che la sostituzione del criterio equitativo a quello legale non può essere arbitrariamente compiuta dal giudice, e ... si è voluto circoscrivere il ricorso all'equità ai soli punti per cui sarebbe stato impossibile un giudizio di stretto diritto". Diversamente FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 328, sostiene che "un intervento in termini di equità (art. 1374 c.c.) sembra essere proponibile soltanto rispetto ai negozi legalmente e socialmente atipici", ma l'A. trae questa conseguenza da una concezione affatto peculiare dell'equità, intesa come strumento di autointegrazione che, in mancanza della legge e degli usi (in grado di offrire regole basate su standard di normalità giuridica o sociale), autorizza l'interprete a desumere dalla natura e dalla portata del negozio concreto la disciplina che risulti più adeguata alla finalità che le parti intendevano perseguire.

⁴²⁶ Non a caso l'art. 1374 c.c., nella parte in cui contempla l'integrazione secondo equità, non è quasi mai invocata nelle sentenze: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 792. Tra le rare applicazioni nel più recente panorama giurisprudenziale, v. Cass. 14 novembre 2000,

Anche quando l'intervento sul contratto secondo equità è autorizzato da singole e puntuali norme di settore, consentendosi al giudice di definire in tal guisa l'oggetto del contratto o una sua parte⁴²⁷, il presupposto consiste di solito nella mancata determinazione ad opera dei contraenti (artt. 1183, 1331, 1657, 1709, 1733, 1755, 2225, 2233, 2263 c.c.)⁴²⁸ o del terzo da essi

n. 14731, in *Riv. not.*, 2001, 705, con nota di CASU; Cass. 1 luglio 2004, n. 12105; Cass. 28 marzo 2008, n. 8092, in *Dir. Trasp.*, 2005, 2.

⁴²⁷ Queste ipotesi, proprio perché contemplano un intervento giudiziale determinativo di elementi essenziali, non vanno riferite al richiamo che l'art. 1374 c.c. effettua all'equità: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 792.

⁴²⁸ Tra le norme elencate, solo alcune menzionano espressamente l'equità come parametro per la determinazione giudiziale (precisamente l'art. 1755, comma 2, secondo cui la misura della provvigione, in mancanza di patto e di tariffe professionali o usi, è determinata dal giudice "secondo equità"; e l'art. 2263, comma 2, in base al quale la parte di utili spettante al c.d. socio d'opera, se non è determinata dal contratto, è fissata dal giudice "secondo equità"), mentre altre tacciono sul criterio (artt. 1183, 1331, 1655, 1709, 1733) o utilizzano formulazioni diverse (l'art. 2255, ove il corrispettivo a favore del prestatore d'opera, in mancanza di convenzione e di tariffe professionali o usi, è stabilito dal giudice "in relazione al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo"; e l'art. 2233, secondo cui la misura del compenso spettante al prestatore d'opera intellettuale, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice in una misura "adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione"). È opinione diffusa, tuttavia, che il giudice debba determinare secondo equità in tutti questi casi e, più in generale, ogni qual volta non debba attenersi ad altri criteri per espressa previsione di legge: GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 176; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 519; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 792. Con specifico riferimento agli artt. 1657, 1733, 1755, 2225 e 2233, ci si è chiesti se la determinazione equitativa debba operare anche in presenza di un'espressa pattuizione secondo la quale "nulla è dovuto", dunque in sostituzione della clausola convenzionale di gratuità (da considerarsi nulla): mentre infatti il mandato, cui si riferisce l'art. 1709 c.c., è contemplato anche nella forma gratuita atteso che "si presume oneroso", gli altri rapporti cui ineriscono le norme in questione (appalto, commissione, mediazione, prestazione d'opera) prevedono il corrispettivo come elemento tipico. Sul punto, v. MINERVINI, voce *Commissione*, in *Noviss. Dig. it.*, III, 1967, 637, secondo cui la commissione, come il mandato, può essere contrassegnata anche dalla gratuità; e, in maniera analoga, Cass. 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.* 2002, 1836, che ha statuito nel senso dell'esistenza della causa in una negoziazione atipica assimilabile alla commissione nella quale non era stato previsto alcun corrispettivo in favore di una delle parti, sulla scorta della sussistenza in concreto di un interesse meritevole di tutela. La considerazione pare estensibile all'appalto e alla prestazione d'opera, anche intellettuale: v. da ultimo Cass. 25 marzo 2011, n. 7004, secondo cui "sono pienamente legittimi contratti d'opera professionale a titolo gratuito ... essendo consentita al professionista la prestazione gratuita della sua attività professionale per i motivi più vari che possono consistere nella 'affectio', nella 'benevolentia' o in considerazioni di ordine sociale o di convenienza con riguardo ad un personale ed indiretto vantaggio". Dubbi permangono in materia di mediazione, anche se la dottrina maggioritaria considera derogabile l'art. 1755 c.c. e ammette la mediazione gratuita, pur collocandola al di fuori della fattispecie legale di cui all'art. 1754 e nel novero dei c.d. rapporti di cortesia: PERFETTI, *La mediazione. Profili sistematici ed applicativi*, 1996, 263; A. CATAUDELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 372; LUMINOSO, *La mediazione*, 2006, 63.

incaricato (art. 1349 c.c.)⁴²⁹, e molto raramente invece implica la nullità o la disapprovazione di clausole pattizie.

Tra gli sporadici casi in cui il giudice riconduce ad equità contenuti negoziali (non già omessi, ma) “malamente” stabiliti dai privati si può annoverare anzitutto lo stesso art. 1349 c.c., nella parte in cui prevede che, qualora le parti abbiano deferito ad un terzo c.d. arbitratore la determinazione della prestazione dedotta in contratto ma non si siano rimesse al suo mero arbitrio⁴³⁰, “*se ... la determinazione del terzo ... è*

⁴²⁹ Ove si stabilisce, tra l’altro, che in caso di omessa determinazione della prestazione da parte del terzo, a meno che quest’ultimo non sia stato incaricato da contraenti che si siano rimessi al suo mero arbitrio, provvede il giudice “*con equo apprezzamento*”.

⁴³⁰ È il caso del c.d. *arbitratum boni viri*, in cui (a differenza che nel c.d. *arbitratum merum*) l’arbitratore deve “*procedere con equo apprezzamento*” (art. 1349), ossia ispirarsi ai canoni di ragionevolezza, equilibrio e proporzione. Si tratta di un giudizio essenzialmente oggettivo, che richiama l’applicazione di criteri tecnici e di giustizia comunemente diffusi ed è volto a realizzare un’equilibrata sintesi delle ragioni delle parti: SACCO, *Il contratto*, cit., II, 134; BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 331. Il *bonus vir* è l’uomo mediamente avveduto, e il suo apprezzamento può dirsi equo quando è basato sui dati concreti del negozio da completare e del contesto in cui esso è sorto, come ad es. gli usi e le consuetudini locali, nonché la capacità di adempiere del debitore e l’interesse creditorio al conseguimento della prestazione: VASETTI, voce *Arbitraggio*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 1968, 831; SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo*, XI, 1923, 56. Non sembra invece condivisibile l’assunto secondo cui l’arbitratore dovrebbe rifarsi, più che agli interessi concreti delle parti, ai parametri del mercato di riferimento: GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. e Impr.*, 1991, 477; G. BERNINI, *L’arbitrato*, 1993, 108. Si discute circa i margini di discrezionalità di cui il terzo arbitratore dispone nel suo equo apprezzamento. Prevale, al riguardo, l’opinione che concepisce la determinazione come un’operazione di carattere tecnico, del tutto vincolata e meramente dichiarativa, “*esulando dalla decisione dell’arbitratore ogni profilo di discrezionalità*”: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 902. In questo senso il determinatore dovrebbe giungere, chiunque esso sia, sempre all’identico risultato: SATTA, *Contributo alla dottrina dell’arbitrato*, 1931, 122. Certo, ad inficiare la determinazione del terzo può essere soltanto un’iniquità “*manifesta*”, oltre che un errore. Tuttavia la previsione va intesa, più che come il riflesso di uno spazio di discrezionalità pura riservato all’arbitratore), come espressione della volontà da parte del legislatore di riservare al giudice un controllo meramente estrinseco sulla determinazione tecnicamente discrezionale del terzo. Sul punto, v. Cass. 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.*, 2006, I, 482 ss.: “*L’equo apprezzamento (in contrapposizione al mero arbitrio) non si risolve in valutazioni latamente discrezionali, in quanto tali insindacabili, bensì in valutazioni che, sia pur scontando un certo margine di soggettività, sono ancorate a criteri obbiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive ... in quanto tali suscettivi di dare luogo ad un controllo in sede giudiziale circa la loro applicazione*”; e tuttavia la stessa sentenza precisa che, a differenza della perizia contrattuale (in cui la determinazione dell’arbitratore – perito non può essere equa o iniqua, ma solo esatta o inesatta secondo i parametri tecnici applicati), la determinazione del terzo arbitratore si compie mediante “*valutazioni discrezionali ispirate a criteri equitativi*”. Di certo, in base al dettato dell’art. 1349, comma 3, c.c., “*nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento*”.

*manifestamente iniqua*⁴³¹ o *erronea*, la determinazione è fatta dal giudice⁴³². Si tratta, però, di una fattispecie dai connotati del tutto singolari: la determinazione contrattuale “travolta” proviene da un soggetto terzo rispetto alle parti, e l’invalidità⁴³³ che prelude all’integrazione giudiziale

⁴³¹ La determinazione del terzo è iniqua se sacrifica l’interesse di una parte senza giustificazione nell’economia del contratto: CARINGELLA – DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, III, II ed., 2008, 239. L’iniquità è manifesta se è notevole e quindi tale da emergere con immediata evidenza: G. BERNINI, *Acquisizione di società e determinazione del prezzo*, in *I contratti del commercio, dell’industria e del mercato finanziario* diretto da Galgano, I, 1995, 243. La manifesta iniquità va valutata in modo oggettivo, potendosi desumere, oltre che dal dolo dell’arbitratore, anche da una sproporzione palese tra le due prestazioni. Anzi, secondo alcuni autori, lo stato soggettivo dell’arbitratore è del tutto irrilevante, dovendosi considerare l’iniquità in modo puramente oggettivo: R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* SCIALOJA – BRANCA, 1970, 393. SACCO, *Il contratto*, cit., 135; DIENER, *Il contratto in generale, Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, I ed., 2002, 369. In tal senso pare deporre Cass. 12 ottobre 1960, n. 2666, in *Foro it.*, 1961, I, 72, secondo cui “l’iniquità manifesta ... deve emergere dal risultato finale della determinazione stessa, e non soltanto dalla valutazione del procedimento seguito”. Si segnala Cass. 30 dicembre 2004, n. 24183, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 318 ss., la quale, nel tentativo di offrire un parametro certo per valutare il carattere manifesto dell’iniquità, ha affermato che “deve farsi riferimento, in mancanza di un criterio legale, al principio desumibile dall’art. 1448 c.c., sicché ricorre la manifesta iniquità in presenza di una valutazione inferiore alla metà di quella equa”. In termini più generici si esprime Cass. 30 giugno 2005, n. 13954, cit., secondo cui “al controllo in sede giudiziale può tuttavia dare adito soltanto una evidente sproporzione tra prestazioni, un manifesto squilibrio mercantile ... una rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte, determinate attraverso l’attività dell’arbitratore”.

⁴³² La sentenza del giudice, di natura costitutiva, è anche definita in dottrina come “pronuncia determinativa”: PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 99 ss.; CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell’oggetto del contratto*, 1995, 239. Diversamente SCADUTO, *Gli arbitratore nel diritto privato*, cit., 141, il quale ritiene invece che la sentenza abbia natura dichiarativa, ricostruendo come tale l’attività espletata dall’arbitratore e così pure quella prestata in sua sostituzione dal giudice.

⁴³³ L’art. 1349, comma 1, c.c. non qualifica espressamente come invalida la determinazione manifestamente iniqua del terzo arbitratore, limitandosi a stabilire che in tal caso “la determinazione è fatta dal giudice” e non soffermandosi quindi sull’inquadramento giuridico del passaggio intermedio, certamente di disapprovazione, che prelude all’integrazione giudiziale. La dottrina maggioritaria considera la manifesta iniquità della determinazione come causa di nullità della stessa: BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 336; v. anche il *Commentario del codice civile, diretto da D’Amelio e Finzi, libro IV, Delle obbligazioni*, 1948, I, 398, ove si legge che “il presupposto della validità della determinazione compiuta dal terzo sta quindi nel rispetto dei limiti che la legge pone alla sua attività; perciò ... l’effetto della nullità della determinazione fatta dal terzo”. Alcuni autori ritengono invece che la determinazione manifestamente iniqua sia affetta da annullabilità, stanti la legittimazione alla domanda riservata solo alle parti contraenti e la non rilevanza d’ufficio del vizio: CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto Civile e Commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, 1987, I, 209; DIMUNDO, *L’arbitraggio. La perizia contrattuale*, in *L’arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa, in *Giurisprudenza sistematica civile commentata*, 1999, I, 201. Più vaga sul punto è la giurisprudenza della Cassazione, in cui talora si discorre di “annullamento” della determinazione manifestamente iniqua (Cass. 12 ottobre 1960, n. 2666, cit.), talaltra di determinazione “impugnabile” per manifesta iniquità (Cass. 30 dicembre 2004, n. 24183, cit.). Sulla qualificazione di nullità è dato dubitare, poiché l’atto con cui le parti demandano al terzo arbitratore la determinazione di uno o più elementi del contratto è figura assimilabile al mandato collettivo con rappresentanza: Cass. 26 marzo 2002, n. 4283, in *Arch. civ.*, 2003,

equitativa non trova la sua ragione nell'iniquità in sé, essendo invece cagionata da un eccesso dell'arbitratore rispetto al potere conferitogli dalle parti; dunque l'intervento del giudice, pur sostitutivo di una determinazione privata⁴³⁴, svolge una funzione di supporto all'autonomia negoziale piuttosto che di limitazione della stessa⁴³⁵.

Un'ipotesi più propriamente inquadrabile nell'ambito della sostituzione giudiziale equitativa di contenuti fissati dalle parti può rinvenirsi nella disciplina del contratto di commissione e in specie nell'art. 1736 c.c., a norma del quale *“il commissionario che .. è tenuto allo star del credere ... ha diritto, oltre che alla provvigione, a un compenso o a una maggiore provvigione la quale, in mancanza di patto, si determina secondo gli usi del luogo in cui è compiuto l'affare. In mancanza di usi, provvede il giudice secondo equità”*⁴³⁶. L'inciso *“in mancanza di patto”*, che *prima facie*

58; Cass. 13 dicembre 1969, n. 3965, in *Mass. Foro it.*, 1969, 1134. Dunque, la determinazione manifestamente iniqua del terzo parrebbe configurare un'ipotesi di eccesso di potere rappresentativo, dando luogo ad una mera inefficacia in senso stretto. Va detto però che la dottrina maggioritaria, quando anche configura l'incarico delle parti al terzo come mandato e non come contratto d'opera professionale, tende ad escludere la sussistenza del potere rappresentativo in capo all'arbitratore, sottolineando la mancanza dell'attività di stipulazione di contratti in nome del rappresentato: R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 379; ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, 316; CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, 4.

⁴³⁴ Cass. 30 giugno 2005, n. 13954, cit.: *“Il giudice ... procede in sostituzione dell'arbitratore all'individuazione di una equa determinazione della prestazione, così realizzandone la riconduzione ad equità”*. V. anche il *Commentario del codice civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, libro IV, *Delle obbligazioni*, cit., 398: *“Il giudice però potrà sostituire il suo giudizio a quello del terzo”*.

⁴³⁵ Rilievi analoghi possono essere svolti con riguardo alla rideterminazione giudiziale dell'equo premio spettante al lavoratore per le c.d. invenzioni industriali d'azienda, prevista dall'art. 64 d.lgs. 30/05 nel caso in cui la determinazione operata dal collegio di arbitratori all'uopo adito sia manifestamente iniqua o erronea. Lo stesso è a dirsi con riferimento alla ridefinizione giudiziale del compenso spettante al titolare del brevetto quale corrispettivo della c.d. *“licenza di diritto”* per l'uso non esclusivo dell'invenzione, contemplata dall'art. 80 d.lgs. 30/05 (anche qui) nell'evenienza in cui il collegio di arbitratori appositamente nominato sia pervenuto ad una determinazione manifestamente iniqua o erronea.

⁴³⁶ Lo *“star del credere”* è disciplinato anche nel contratto di agenzia, ma in maniera diversa: l'art. 1746 c.c. (novellato dalla l. 526/99) prevede, al comma 3, che *“è vietato il patto che ponga a carico dell'agente una responsabilità, anche solo parziale, per l'inadempimento del terzo. È però consentito eccezionalmente alle parti di concordare di volta in volta la concessione di una apposita garanzia da parte dell'agente, purché ... sia previsto per l'agente un apposito corrispettivo”*. Detto corrispettivo, che viene lasciato alla libera determinazione delle parti, non può mancare pena (visto il carattere imperativo della disposizione) la nullità ex art. 1418, comma 1, c.c. dell'intero obbligo di garanzia: *Commentario al codice civile. Artt. 1703 – 1765 – Mandato – Commissione – Spedizione – Agenzia – Mediazione*, 2009, 906. Prima della modifica normativa del 1999, la responsabilità dell'agente per lo *“star del credere”* era regolata dall'accordo economico collettivo del 20 giugno 1956, reso efficace *erga omnes* con d.p.r. 16 gennaio 1961, n. 145, che limitava la responsabilità al 20% della perdita subita dal proponente e nulla specificava

parrebbe evocare l'integrazione suppletiva, si riferisce in realtà alla definizione del *quantum* e non all'*an* del compenso o della maggiore provvigione, i quali costituiscono oggetto di un diritto indisponibile del commissionario. In altri termini, l'accettazione dello "star del credere" da parte del commissionario fa sorgere in capo a quest'ultimo un diritto irrinunciabile al compenso o alla maggiore provvigione, e l'entità di tale compenso o maggiorazione può essere liberamente fissata dalle parti con apposito patto, in mancanza del quale è definita dal giudice. Ne consegue che anche in presenza di un'espressa pattuizione di gratuità, la quale integra il presupposto della mancanza di patto sul *quantum*⁴³⁷, deve ritenersi operante il potere di determinazione del giudice secondo gli usi o l'equità; potere che in questo caso, a differenza che nella situazione disciplinata dall'art. 1349 c.c., conduce ad un riequilibrio del contenuto negoziale disapprovato⁴³⁸ incidendo su clausole direttamente stabilite dalle parti.

riguardo al diritto dell'agente ad un ulteriore compenso. Sul punto, la giurisprudenza aveva chiarito che soltanto ove il rapporto fosse sottratto alla disciplina collettiva (come nel caso di mandato agenziale da esplicarsi al di fuori del territorio nazionale, quando le parti non avessero richiamato la stessa disciplina collettiva) l'assunzione dell'obbligo dello "star del credere" doveva essere accompagnata dalla corresponsione di un supplemento di provvigione che, ove non pattuita dalle parti, poteva essere stabilita dal giudice secondo equità ai sensi dell'art. 1736 c.c.; ciò in ragione del fatto che nel richiamo contenuto nell'art. 1746, comma 2, c.c. doveva ritenersi compreso anche l'art. 1736 c.c.: Cass. 8 ottobre 1970, n. 1884, in *Foro it.*, 1971, I, 668; Cass. 27 marzo 1996, n. 2749, in *Foro it.*, 1996, I, 2037. Diversamente, nel rapporto di agenzia regolato dalla disciplina contrattuale collettiva, non poteva farsi applicazione (né diretta, né analogica) dell'art. 1736 c.c.: Cass. 3 ottobre 1977, n. 4228; Cass. 19 luglio 1997, n. 6647, in *Dir e prat. lav.*, 1997, p. 3318; Cass. 19 novembre 1999, n. 12879, in *Contr.*, 2000, 265. Per una posizione intermedia, v. Cass. 14 giugno 1991, n. 6741, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 373: "Ove nel contratto di agenzia sia stata pattuita la garanzia dello star del credere senza la previsione a tale titolo di un supplemento di provvigione, l'agente ha comunque diritto a un corrispettivo che il giudice può determinare secondo equità ai sensi dell'art. 1736, ove le parti abbiano richiamato tale disciplina facendo espresso rinvio alla norma dell'art. 1746 comma 2".

⁴³⁷ Potrebbe sostenersi, in senso contrario, che la pattuizione di gratuità definisce il *quantum* del corrispettivo, fissandolo nella misura pari a 0. Tuttavia si tratterebbe di un mero artificio logico, insostenibile sul piano giuridico: se l'onerosità consiste nella presenza di un corrispettivo, la gratuità non può che identificarsi con l'assenza del corrispettivo stesso, e l'attributo di gratuità non potrebbe mai ricorrere qualora si considerasse sussistente un corrispettivo pari a 0.

⁴³⁸ La formulazione dell'art. 1736 c.c., non configurando (a differenza dell'art. 1746, comma 3, c.c.) il corrispettivo come presupposto di validità dell'intero patto sullo "star del credere", appare ostativa ad un'interpretazione che faccia conseguire all'espressa previsione di gratuità l'invalidità totale, in via diretta ed immediata, del patto medesimo: la disapprovazione investe soltanto la clausola con cui le parti stabiliscono che al commissionario tenuto allo "star del credere" non spettano compensi né maggiorazioni della provvigione. Tale clausola, certamente inefficace in senso lato, rimane tuttavia di difficile qualificazione: pare potersi propendere per la nullità (parziale e di protezione), anche se è complicata l'individuazione dell'interesse generale coinvolto; non sussistono,

Considerazioni analoghe possono essere svolte sul contratto di agenzia con riferimento all'art. 1751-bis, comma 2, c.c.⁴³⁹ in cui, nel disciplinare “*il patto che limita la concorrenza da parte dell'agente dopo lo scioglimento del contratto*”, si stabilisce che “*l'accettazione del patto comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all'agente commerciale di una indennità di natura non provvigionale*”, e che “*la determinazione dell'indennità ... è affidata alla contrattazione delle parti, tenuto conto degli accordi economici nazionali di categoria. In difetto di accordo l'indennità è determinata dal giudice in via equitativa*”⁴⁴⁰. La formulazione della disposizione⁴⁴¹ è tale da far ritenere che un'eventuale clausola di gratuità, al pari del mancato accordo sul *quantum* dell'indennità, determini l'incompletezza (*rectius*: la parziale nullità) del patto di non concorrenza fra preponente e agente, legittimando quest'ultimo a chiedere l'integrazione del patto con la determinazione dell'indennità e, qualora il preponente non manifesti la sua disponibilità in tal senso, a rivolgersi al giudice affinché ne stabilisca l'entità in via equitativa⁴⁴².

Le due disposizioni da ultimo analizzate (artt. 1736 e 1751-bis c.c.), comunque, possiedono un modesto rilievo applicativo e una scarsa valenza sistematica, limitandosi ad apprestare il trattamento giuridico di patti accessori nel quadro della disciplina di singoli tipi contrattuali.

Nel codice, invero, l'unica previsione di tenore più ampio che demanda al giudice la riconduzione ad equità di una pattuizione disapprovata in quanto

d'altra parte, le condizioni che solitamente danno luogo all'inefficacia in senso stretto, poiché l'interesse della parte (nella specie, del commissionario) che viene tutelato è interno al rapporto contrattuale.

⁴³⁹ Introdotta con l'art. 23 della l. 422/00, in attuazione della direttiva 86/653/CE.

⁴⁴⁰ La disposizione detta anche, in via non tassativa, i criteri cui il giudice deve attenersi nell'esercitare il potere di integrazione in via equitativa: la media dei corrispettivi riscossi dall'agente in pendenza di contratto e la loro incidenza sul volume d'affari complessivo nello stesso periodo; le cause di cessazione del contratto di agenzia; l'ampiezza della zona assegnata all'agente; l'esistenza o meno del vincolo di esclusiva per un solo preponente.

⁴⁴¹ Si noti la differenza con la disposizione di cui all'art. 2125 c.c., ove si prevede che il patto di non concorrenza “è nullo ... se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro”⁴⁴¹: in tal caso, in presenza di una stipulazione a titolo gratuito, è l'intero patto di non concorrenza ad essere travolto dalla nullità.

⁴⁴² *Contra*, App. Brescia 25 ottobre 2008: “*Il secondo comma dell'art. 1751-bis ... detta le condizioni di validità del patto di non concorrenza, ossia i presupposti di contenuto ed effetti in assenza dei quali il patto, ancorché stipulato, va ritenuto non valido. Da ciò consegue che la difformità delle pattuizioni individuali rispetto allo schema legale non comporta, in assenza di una previsione espressa, la sostituzione della disciplina legale a quella contrattuale, ma la nullità del patto per violazione di norma imperativa*”.

iniqua è l'art. 1384 c.c.⁴⁴³, a norma del quale “*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*”⁴⁴⁴.

⁴⁴³ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 137, sottolinea con enfasi che “*il giudice è l'assoluto protagonista della vicenda della riduzione della penale*”. La rilevanza generale dell'art. 1384 c.c. è data dalla circostanza che la clausola penale, pur essendo un patto con contenuti e scopi specifici, è suscettibile di accedere a qualsiasi contratto tipico o atipico. Resta da chiarire se la clausola penale debba essere considerata come un negozio autonomo, oppure se essa costituisca un elemento accidentale del contratto al quale viene apposta. A sostegno della prima tesi si rileva che la clausola penale è dotata di una propria causa: MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 189. Si afferma, altresì, che la postulata autonomia “*non trova ostacolo nella relazione di accessorialità rispetto ad un negozio principale, giacché il collegamento, anche se necessario, dei negozi non ne esclude la persistente pluralità*”: Cass. 15 settembre 1970, n. 1461, in *Giust. civ.*, 1970, II, 1572. Non vi è dubbio, però, che il contratto sia un presupposto necessario della clausola penale, quantomeno nella sua configurazione tipica dettata dall'art. 1382 c.c.. Per questo la dottrina più avveduta ritiene che guardare la penale in un'ottica di totale autonomia rispetto al contratto principale “*non fa apprezzare nella giusta misura la stretta connessione, che pure sussiste, tra clausola e contratto, del quale la prima completa il contenuto sul piano delle conseguenze dell'inadempimento*”: R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, 1961, 146. Anche la giurisprudenza maggioritaria concepisce la clausola penale come elemento accidentale del contratto: Cass. 2 aprile 1966, n. 852, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1047; Cass. 17 febbraio 1969, n. 550, in *Giur. it.*, 1969, I, 619; Cass. 16 maggio 1975, n. 1924, in *Foro it. Rep.*, 1975, voce *Contratto in genere*, n. 622; Cass. 17 dicembre 1976, n. 4664, in *Foro it. Rep.*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 677; Cass. 10 dicembre 1979, n. 6415, in *Foro it. Rep.*, 1979, voce *Contratto in genere*, n. 567.

⁴⁴⁴ Un'evidente similitudine con l'art. 1384 c.c. presenta l'art. 1526, comma 2, c.c. il quale, con riguardo alla vendita con riserva di proprietà, stabilisce che “*qualora sia convenuto che le rate 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, 6; Cass. 24 giugno 2002, n. 9161, in *Arch. civ.*, 2003, 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: MAZZARESE, *Clausola penale, artt. 1382-1384*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, 1999, 298. L'opinione, tuttavia, non appare condivisibile poiché gli effetti reali che l'A. riferisce al patto si producono in realtà già al momento del pagamento delle singole rate. La funzione del patto consiste allora, più propriamente, nell'estinguere le rispettive ragioni di credito che sorgono tra le parti per effetto della risoluzione del contratto di vendita: convenendo che l'acquirente sia tenuto a corrispondere una penale di importo pari alle rate già pagate, si realizza una totale e immediata compensazione tra il credito relativo alla penale e quello avente ad oggetto la restituzione delle rate versate. In proposito, v. MARINI, *La clausola penale*, 1984, 124 ss.. Va segnalato, peraltro, che la disposizione viene applicata analogicamente anche al contratto di leasing traslativo: v., *ex plurimis*, Cass., SS. UU., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1345. Una similitudine con l'art. 1384 c.c. viene individuata da taluno anche nell'art. 1934 c.c., nella parte in cui prevede la possibilità per il giudice di ridurre la domanda per il pagamento di un debito da scommessa su competizioni sportive: LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto*, I, *Diritto civile*, 2008, 79 ss.

La riduzione della clausola penale è tornata negli ultimi anni al centro delle attenzioni della dottrina, che da un lato ne esalta la valenza paradigmatica in tema di equità correttiva, accostandola sotto questo aspetto al riequilibrio giudiziale del contratto parzialmente nullo, e dall'altro ne evidenzia in modo traluzio l'estraneità rispetto alla tematica della nullità parziale⁴⁴⁵.

Sotto il primo profilo, va ricordato che l'impatto dell'art. 1384 c.c. sull'autonomia privata è stato notevolmente rafforzato dall'indirizzo giurisprudenziale, inaugurato dalla Cassazione nel 1999⁴⁴⁶ e poi consolidatosi attraverso successive pronunce⁴⁴⁷, secondo cui il potere giudiziale di riduzione della penale è esercitabile d'ufficio, salvo l'onere

⁴⁴⁵ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 135 ss.; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., 72 ss.; SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 178 ss.; RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 3, 927 ss..

⁴⁴⁶ Il riferimento è a Cass., SS. UU., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929, con nota di PALMIERI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 507 ss., con nota di STEFINI; in *Contratti*, 2000, 118, con nota di BONILINI; in *Giur. it.*, 2000, 1154, con nota di 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: MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., 195; 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, 1784; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 1988, 381; CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 314; MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contr.*, 2003, 623.

⁴⁴⁷ Cass. 23 maggio 2003, n. 8188, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 553 ss., con nota di PALASCIANO; e soprattutto Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2006, I, 106, con nota di PALMIERI; in *Riv. dir. priv.*, 2006, 683, con nota di CICALA; in *Danno e resp.*, 2006, 411, con note di MEDICI e di RICCIO; in *Notariato*, 2006, 13, con nota di TATARANO; in *Dir. e giur.*, 2005, 582, con nota di RASCIO; in *Obbl. e contr.*, 2006, 415, con nota di PESCATORE; in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 353, con nota di SPOTO; in *Riv. dir. proc.*, 2006, 715, con nota di RICCI; in *Resp. civ. prev.*, 2006, 56, con nota di 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 SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 188 ss.. Per la validità della clausola di irriducibilità della penale v. anche MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., 195: "La norma ... è posta a tutela di un interesse del debitore. Perciò ha carattere dispositivo".

della parte interessata di allegare e provare le circostanze rilevanti per la valutazione di eccessività da parte del giudice⁴⁴⁸. Ad avviso della Suprema Corte, l'omesso riferimento del legislatore alla necessità di una domanda o eccezione di parte⁴⁴⁹ non può che comportare, in base all'art. 112 c.p.c., la possibilità (o meglio, la doverosità⁴⁵⁰) della rilevazione officiosa⁴⁵¹. Quest'ultima, d'altra parte, meglio si concilia con la tipologia e titolarità dell'interesse tutelato dalla norma, il quale trascende la sfera individuale del

⁴⁴⁸ Cass. 13 novembre 2006, n. 24166, in *Foro it.* 2007, I, 2177; Cass. 28 marzo 2008, n. 8071, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1153, con nota di BARAGGIOLI. Già in precedenza Cass. 13 settembre 2005, n. 18128, cit. aveva precisato che “*la mancata allegazione (o la impossibilità di riscontri negli atti acquisiti) della eccessività della penale incide sul piano fattuale dell'accertamento della sussistenza delle condizioni per la riduzione della penale*”. La rilevazione d'ufficio della nullità, alla stessa stregua dell'accertamento di ogni nullità per mancanza o illiceità della causa, richiede un'indagine sugli interessi concreti delle parti che va effettuata sulla base dei fatti dedotti dalle parti o comunque acquisiti al processo secondo le norme del codice di procedura civile, permeate dal principio dispositivo. Tuttavia di solito l'interesse del creditore all'adempimento, lungi dal richiedere l'esercizio di poteri istruttori officiosi da parte del giudice, è desumibile dai contenuti contrattuali che vengono allegati nel processo dalle parti. È di contrario avviso SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 182 ss., secondo cui “*il giudice può dichiarare la nullità d'ufficio solo quando il relativo accertamento non richieda indagini di fatto, e invece in materia di riduzione della penale il giudice dovrà espressamente considerare l'interesse specifico del creditore*”. Sul punto, v. Cass. 27 ottobre 2000, n. 14172, cit., e Cass. 19 aprile 2002, n. 5691, cit.

⁴⁴⁹ Si veda Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.: “*L'art. 1384 c.c. non contiene alcun riferimento ad un'iniziativa della parte rivolta a sollecitare l'esercizio del potere di riduzione da parte del giudice*”.

⁴⁵⁰ Si tratta, precisamente, di un potere – dovere attribuito al giudice per la salvaguardia di un interesse oggettivo dell'ordinamento. L'espressione “può”, dunque, non evoca una discrezionalità nell'*an* (il giudice, una volta constatata l'eccessività, deve ridurre la penale), riferendosi piuttosto a quello spazio di valutazioni tecniche che il giudice è tenuto ad effettuare nel giudizio sull'eccessivo o congruo ammontare della clausola: MARINI, *La clausola penale*, cit., 152. In giurisprudenza v. Cass. 25 giugno 1981, n. 4146, in *Foro it., Rep.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 234.

⁴⁵¹ Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.: “*Il giudice che riduca l'ammontare della penale, al cui pagamento il creditore ha chiesto che il debitore sia condannato, non viola in alcun modo la prima proposizione del richiamato art. 112 c.p.c., atteso che il limite postogli dalla norma è, in linea generale, che egli non può condannare il debitore ad una somma superiore a quella richiesta, mentre può condannarlo al pagamento di una somma inferiore*”. Poiché lo stesso art. 112 c.p.c. lascia intendere che esistono due categorie di eccezioni, quelle che possono essere proposte solo dalle parti e quelle rilevabili d'ufficio, “*il problema della riducibilità della penale non è risolto dall'art. 112 c.p.c., ma dalla risposta al quesito se la riduzione della penale sia oggetto di una eccezione che può essere proposta soltanto dalla parte*”; e il silenzio dell'art. 1384 c.c. sul punto, a fronte delle svariate previsioni codicistiche che espressamente individuano talune eccezioni come proponibili soltanto dalla parte (artt. 1242, 1442, 1449, 1460, 1495, 1667, 1944, 1947, 2938, 2969), “*non depone certamente a favore della tesi secondo cui la riduzione della penale debba essere chiesta dalla parte, ma fa propendere, se mai, a favore della tesi contraria*”. È più “ideologica” la motivazione di Cass., SS. UU., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.: “*L'interprete che si sottragga alla vischiosità del precedente tralaticio e parimenti resista ad immanenti suggestioni della dommatica della volontà come a risalenti riserve contro l'intervento del giudice nella cittadella dell'autonomia contrattuale non trova più alcun serio argomento per giustificare l'innesto, nel testo medesimo, di un frammento normativo ulteriore quale il 'su domanda dell'interessato'*”.

debitore, pur coinvolta, per confluire in seno ai valori primari dell'ordinamento e in specie, secondo le massime più recenti, nel dovere inderogabile di solidarietà ex art. 2 Cost⁴⁵².

Anche per quanto attiene al secondo aspetto, ossia alla qualificazione che deve attribuirsi alla penale manifestamente eccessiva, risulta decisiva l'individuazione dell'interesse che il legislatore intende salvaguardare mediante la negazione parziale dell'efficacia della clausola. A questo proposito, anzi, si rende necessaria un'analisi più puntuale che tenga conto anzitutto del ruolo fisiologicamente svolto nell'ordinamento dalla clausola penale, perché è proprio l'assolvimento di quel ruolo ad essere impedito o "travalicato" da una quantificazione manifestamente eccessiva ad opera delle parti.

In dottrina, come in giurisprudenza, è frequente l'affermazione secondo cui la clausola penale svolge molteplici funzioni⁴⁵³. Ad essa è sottesa,

⁴⁵² V. ancora Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.: "Pur sostanziosamente la riduzione della penale in un provvedimento che rende in concreto meno onerosa la posizione del debitore ... il potere di riduzione appare attribuito al giudice non per la tutela dell'interesse della parte tenuta al pagamento della penale ma, piuttosto, a tutela di un interesse che lo trascende"; per cui "l'interesse della parte viene alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma". Già Cass., SS. UU., 24 settembre 1999, n. 10511, cit., aveva sottolineato l'esigenza di un'interpretazione evolutiva in armonia con i precetti superiori della Costituzione repubblicana, affermando che la riduzione della penale manifestamente eccessiva costituirebbe espressione del "normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata" in un'ottica di bilanciamento tra il riconoscimento della libertà negoziale e il dovere di buona fede oggettiva. Sulla dimensione generale dell'interesse salvaguardato dalla riduzione giudiziale della clausola penale v. anche, in tempi assai risalenti, Cass. 4 febbraio 1960, n. 163, in *Foro pad.*, 1961, I, 320; e, da ultimo, Cass. 28 settembre 2006, n. 21066, cit.. Sulla natura inderogabile dell'art. 1384 c.c. v., *ex multis*: Cass., SS. UU., 5 dicembre 1977, n. 5261, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2631 ss.; Cass. 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, 1621 ss.; Cass. 5 novembre 2002, n. 15497, in *Foro it. Rep.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 412. Diversamente SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 182, secondo cui "qualsiasi riferimento all'interesse generale in materia di penale non può che apparire artificioso, in quanto la conoscenza dei fatti relativi alla congruità dell'importo pattuito rispetto alla natura dell'affare e all'importanza dell'inadempimento sarà necessariamente interindividuale perché non potrà prescindere dall'interesse particolare"; l. A., tuttavia, sembra confondere l'interesse (individuale) all'adempimento che funge da parametro per valutare l'eccessività con l'interesse (generale) tutelato dalla riduzione della penale eccessiva.

⁴⁵³ V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, 1954, *passim*; GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *I lineamenti generali*, 1954, 240 ss.; MARINI, voce *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1990, 1 ss.; MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., 186 ss.; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, cit., 377 ss.; PIOLA, *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, 1959, 351 ss.; DE LUCA, *La clausola penale*, 1998, *passim*. Prima del 1942, stante la presenza nel codice Pisanelli degli artt. 1212 (che definiva la clausola penale come "la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento della obbligazione principale") e 1230 (che parlava di "accertamento dei

indipendentemente dalla sua entità nel caso concreto⁴⁵⁴, una commistione di scopi che vengono ricondotti alla liquidazione preventiva e forfettaria del danno (c.d. funzione risarcitoria⁴⁵⁵) e alla sanzione per l'inadempimento o ritardo (c.d. funzione sanzionatoria⁴⁵⁶).

danni fatto sotto forma di penale”), la dottrina assolutamente prevalente assegnava alla clausola penale la sola funzione risarcitoria: POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 1914, 610; COVIELLO, *Le obbligazioni negative. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, 1931, 117 ss.. Ancora oggi, peraltro, vi è chi ritiene che “*la clausola non è chiamata ad assolvere neppure indirettamente una funzione punitiva*”: BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 1994, 233, nota 47.

⁴⁵⁴ Il concorso tra le diverse funzioni non dipende dalla volontà dei contraenti, essendo piuttosto un connotato tipico della clausola penale: MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 181. Pare quindi fuorviante ogni prospettazione in cui si faccia dipendere la funzione della clausola penale dal suo ammontare nel caso concreto e, in specie, dalla sua proporzione con l'entità del danno il cui risarcimento potrebbe essere liquidato sulla base delle regole ordinarie: v. ad es. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 1954, 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 NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., 79, secondo cui la clausola può “*assumere, in concreto, sia funzione risarcitoria che sanzionatoria, a seconda delle intenzioni delle parti*”.

⁴⁵⁵ MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 1952, 131 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., 224 ss. e 520 ss.; GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 207 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, 1969, 4 ss.; GHEDINI FERRI, *La riduzione della clausola penale e i valori dell'ordinamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 558 ss.; PELLEGRINI, *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 801 ss.. In giurisprudenza v. Cass. 8 agosto 1962, n. 2465, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1127; Cass. 17 dicembre 1976, n. 4664, in *Foro it. Rep.*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 217; Cass. 30 gennaio 1982, n. 590, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 206; Cass. 14 giugno 1983, n. 4069, in *Foro it. Rep.*, voce *Contratto in genere*, 1983, n. 245; 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, 117; Cass. 5 agosto 1989, n. 3600, in *Foro it. Rep.*, 1989, voce *Contratto in genere*, 294; Cass. 3 dicembre 1993, n. 12013, in *Giust. civ.*, 1994, I, 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, 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, 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, 450; Cass. 22 novembre 2002, n. 16492, in *Giust. civ.*, 2003, I, 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, 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 evitare le contestazioni del debitore e le lungaggini della determinazione giudiziale. Si realizzano in questo modo un rafforzamento della posizione del creditore ed una deflazione del contenzioso, che costituiscono gli effetti riflessi della funzione risarcitoria: v. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., 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*”.

⁴⁵⁶ Il testo della norma, infatti, non richiede la necessaria corrispondenza tra penale ed entità del danno: ZOPPINI, *La pena contrattuale*, 1991, *passim*; MOSCATI, voce *Pena (diritto*

La funzione risarcitoria, che risiede nella preventiva e forfettaria determinazione del risarcimento dovuto per l'inadempimento⁴⁵⁷ o per il ritardo, si realizza indipendentemente dall'entità della penale e dalla sua proporzione con il danno effettivamente subito dal creditore⁴⁵⁸; ed anzi è proprio da tale proporzione, oltre che dall'onere di provare il danno, che le parti intendono liberarsi mediante la stipulazione della clausola⁴⁵⁹. Non a caso, la manifesta eccessività va valutata avendo riguardo “*all'interesse che il creditore aveva all'adempimento*” (art. 1384 c.c.) e non al danno effettivo, dovendosi casomai considerare il danno potenziale⁴⁶⁰.

privato), in *Enc. dir.*, XXXII, 770; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, 480 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti*, 2000, 128; PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, 1990, 1 ss. In giurisprudenza, tra le varie, Cass. 26 maggio 1980, n. 3443, in *Giust. civ.*, 1980, I, 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*”. D'altronde, se le si attribuisse unicamente una funzione risarcitoria, la penale eccedente l'entità del danno da inadempimento dovrebbe essere nulla perché priva di una giustificazione causale: SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 179. Un'ulteriore funzione, secondo alcuni, consisterebbe nel rafforzare il vincolo obbligatorio inducendo il debitore all'adempimento: MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 49; VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 139. A ben vedere, però, l'induzione al rispetto della regola è elemento coesistente ad ogni genere di sanzione, sicché non pare corretto concepirla come uno scopo autonomo rispetto alla funzione sanzionatoria, della quale costituisce un effetto indiretto: MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3 ed., 1952, 132; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, cit., 5; PALASCIANO, *La riducibilità ex officio della clausola penale tra equità delle sanzioni e principio della domanda*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 556; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., 76.

⁴⁵⁷ Quando le parti pattuiscono la risarcibilità del danno ulteriore, ai sensi dell'art. 1382 c.c., la determinazione preventiva e forfettaria riguarda esclusivamente la prestazione dovuta indipendentemente dalla prova del danno, sul presupposto del solo inadempimento o ritardo.

⁴⁵⁸ Anche l'effetto di deflazione del contenzioso, quale conseguenza riflessa della preventiva e stragiudiziale liquidazione del danno, si realizza indipendentemente dall'entità della penale.

⁴⁵⁹ BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., 252: “*La determinazione preventiva e forfettaria della pretesa risarcitoria esclude rilevanza alla maggiore o minore entità del pregiudizio effettivo*”.

⁴⁶⁰ Si veda BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., 252 – 253, il quale finisce con l'ancorare la necessaria proporzionalità della penale proprio al “*danno prevedibile*”. Similmente VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 143: “*Deve verificarsi se la pattuizione esprima in modo equi e ragionevole il pregiudizio che il creditore avrebbe potuto risentire qualora l'interesse che esso riponeva nell'affare non potesse essere realizzato a causa dell'inadempimento realizzatosi e delle modalità dello stesso*”. In giurisprudenza v. 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*”. Anche secondo Cass. 9 giugno 1990, n. 5625, cit., “*deve escludersi in ogni caso una rigida correlazione con l'entità del danno effettivamente subito dal creditore*”. L'orientamento trova conferme nelle pronunce più recenti: v. Cass. 8 maggio 2001, n. 6380, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 940; e Cass. 23 maggio

La funzione sanzionatoria, invece, è suscettibile di essere “tradita” se la prestazione convenuta per l’eventualità dell’inadempimento è manifestamente eccessiva rispetto all’interesse originario del creditore: l’assoluta mancanza di proporzione tra la condotta disapprovata e la sanzione mette a repentaglio l’adeguatezza di quest’ultima a perseguire solo e soltanto i propri scopi, innestando nella pena privata un non consentito carattere afflittivo.

È per quest’ultima specifica ragione che il legislatore considera la penale eccessivamente gravosa non meritevole di tutela⁴⁶¹. L’intervento del giudice mira alla riduzione della pena privata che risulti esorbitante rispetto al comportamento che si intende punire, e l’interesse oggettivo dell’ordinamento non risponde alla generica esigenza di riequilibrare le posizioni giuridiche delle parti, consistendo piuttosto nella necessità di reagire contro l’applicazione di una sanzione privata eccessiva⁴⁶².

2002, n. 7528, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 407. È ambigua Cass. 4 dicembre 1982, n. 6643, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 206, secondo cui il giudice, nell’esercizio del potere di riduzione della penale, deve tener conto anche “dell’effettiva incidenza dell’inadempimento sulla situazione contrattuale concreta”.

⁴⁶¹ MARINI, *La clausola penale*, cit., 138, che si richiama al principio di proporzionalità della sanzione; e ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 254, che ravvisa nella riducibilità della penale un controllo sul giusto esercizio del potere punitivo del creditore. V. anche 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’adeguatezza e proporzione della sanzione all’illecito che essa è destinata a prevenire o reprimere”. In senso analogo PERFETTI, *Riducibilità d’ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell’ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 196. Vi è, insomma, un interesse oggettivo dell’ordinamento all’adeguatezza e alla proporzionalità tra sanzione illecito: Cass. 23 maggio 2003, n. 8188, cit.; nonché VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 139 – 140, secondo cui “certamente la clausola penale è strumento mediante il quale i privati svolgono una funzione che è propria dell’ordinamento, ossia quella di tutela del diritto di credito e sanzione per l’inadempimento, il cui canone fondamentale nel diritto privato è la proporzione ... È questa partecipazione dei privati ad un’attribuzione specifica dell’apparato normativo che giustifica il particolare controllo su tale – e non altro – atto negoziale”.

⁴⁶² Si è replicato che, in forza di un tale ragionamento, bisognerebbe ammettere anche la possibilità di un intervento del giudice diretto ad aumentare l’ammontare di una penale irrisoria, e che viceversa il nostro codice civile non dice nulla sull’eventualità di un siffatto intervento: SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 184. L’obiezione, però, non sembra cogliere nel segno. Certo, la dinamica dei rapporti contrattuali ben può attestare uno squilibrio della clausola penale a svantaggio del creditore, inducendo il debitore a ritenere più conveniente l’inadempimento e il pagamento della penale piuttosto che l’esecuzione della prestazione principale; e una tale situazione pone l’esigenza di tutelare adeguatamente il creditore. Non per questo, tuttavia, l’art. 1384 c.c. può definirsi norma asimmetrica e “claudicante”, come sostiene MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 612. Con la riduzione di cui all’art. 1384 c.c. il legislatore intende scongiurare l’utilizzo della penale per finalità meramente afflittive. La speculare eventualità della penale

Troppo vago, se non inappropriato, appare allora il diffuso richiamo al “normale controllo che l’ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata” al fine di bilanciare la libertà contrattuale (art. 41 Cost.) con il dovere di solidarietà (art. 2 Cost.)⁴⁶³: il vaglio giudiziale sull’entità della clausola penale non può essere incluso tra i limiti generali posti dall’ordinamento per tutte le manifestazioni di autonomia, dovendosi piuttosto leggere alla luce delle peculiarità tipologiche della figura⁴⁶⁴. Né può considerarsi puntuale il richiamo ad una *ratio* di tutela della volontà negoziale del debitore, cui il rimedio della riduzione della penale⁴⁶⁵ sarebbe finalizzato: non è dato riscontrare nella fattispecie alcuna asimmetria contrattuale tra le parti, tant’è che quando un’asimmetria sussiste vengono solitamente in rilievo altre e differenti disposizioni (art. 33, comma 2, lett. f

manifestamente irrisoria, invece, pone la diversa esigenza di non consentire all’autonomia privata di sostituirsi al legislatore arrivando al punto di lasciare sostanzialmente impunito il comportamento inesatto di un contraente. In quest’ultima ipotesi, peraltro, il creditore non è privo di rimedi: la penale manifestamente irrisoria è priva di causa e, dunque, affetta da una nullità cui consegue il ripristino delle ordinarie regole di legge in materia di responsabilità contrattuale. Del resto, anche nell’ottica della funzione risarcitoria, la penale eccessivamente esigua si risolve in una clausola di esonero da responsabilità che, limitando fortemente la risarcibilità del danno anche per il caso di dolo o colpa grave del creditore, è nulla ex art. 1229 c.c.: Cass. 2 giugno 1992, n. 6716, in *Rep. Giur. It.*, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 298; Cass. 3 dicembre 1993, n. 12013, cit.. Vi è da segnalare che la disciplina del codice francese, a seguito delle leggi 9 luglio 1975 e 11 ottobre 1985, contempla espressamente il potere del giudice di aumentare anche d’ufficio la penale quando essa sia manifestamente irrisoria.

⁴⁶³ Tale riferimento è contenuto in Cass., SS. UU., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.. Già in precedenza si era espresso con parole simili MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata (nota a Cass. 24 aprile 1980 n. 2749)*, cit., 1783.

⁴⁶⁴ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 142: “L’esigenza è quella, specifica, di reagire ad uno squilibrio non rispettoso della funzione propria della clausola”.

⁴⁶⁵ SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 178: “La previsione di un intervento d’ufficio del giudice in funzione correttiva di una penale manifestamente eccessiva potrebbe anche svolgere una funzione deterrente contro chi voglia approfittare della sua posizione di favore”. È analoga l’opinione di V. M.. TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. it.*, III, 1964, 353, che vede nella riducibilità della penale uno strumento per impedire la sopraffazione del contraente più forte ai danni dell’altro. Contro una lettura della norma in funzione di protezione del debitore v. Cass., SS. UU., 24 settembre 1999, n. 10511, cit. “La riducibilità della penale ... ha finito col perdere l’iniziale sua colorazione soggettiva per assumere connotazioni funzionali più decisamente oggettive, sì che la spiegazione della vicenda - come è stato osservato - appare ora spostata da una supposta tutela della volontà delle parti ad un interesse primario dell’ordinamento”. Anche per Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., “la norma dell’art. 1384 c.c. ... non ha la funzione di proteggere il contraente economicamente più debole dallo strapotere del più forte, bensì mira alla tutela e ricostruzione dell’equilibrio contrattuale, evitando che da un inadempimento parziale o comunque di importanza non enorme possano derivare conseguenze troppo gravi per l’inadempiente”.

d.lgs. 206/05 nei rapporti tra professionista e consumatore⁴⁶⁶, sempre che la clausola non sia stata oggetto di trattativa individuale; art. 9 l. 192/98 nei rapporti tra imprese connotati dalla dipendenza economica dell'una nei confronti dell'altra).

La manifesta eccessività della penale finisce, piuttosto, col concretare una parziale immeritevolezza degli interessi perseguiti, dovuta non già al mero squilibrio tra le prestazioni contrattuali, né all'approfittamento di situazioni di debolezza, bensì ad un "deragliamento" rispetto alla specifica funzione di pena privata che essa svolge nell'ambito dell'autonomia negoziale riconosciuta ai soggetti dell'ordinamento⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 136: "L'intervento sulla clausola penale viene previsto nell'art. 1384 c.c. apprestando al debitore la tutela consistente nell'equa diminuzione del suo ammontare; ma nell'ipotesi in cui egli rivesta la qualità di consumatore in un contratto concluso con un professionista e ricorrano gli estremi di cui all'art. 33 d.lgs. 206/05, la tutela è quella propria delle clausole vessatorie non oggetto di trattativa individuale, e cioè la nullità della clausola che gli imponga il pagamento di una somma di denaro di importo manifestamente eccessivo". L'A. sottolinea che entrambe le norme comportano un'incisione della pattuizione privata nel segno di un riposizionamento dell'assetto contrattuale a vantaggio del debitore, ma "secondo logiche di intervento non del tutto sovrapponibili e con esiti differenti". L'art. 33, comma 2, lett. f) del d.lgs. 206/05 (in combinato disposto con gli artt. 34 e 36 dello stesso d.lgs. 206/05) conduce, invece che all'equa riduzione della penale, alla nullità necessariamente parziale del contratto il quale, privato della clausola penale, "rimane valido per il resto" e soggiace alle reviviscenti regole di legge sulla responsabilità per inadempimento o ritardo. Tale nullità rientra tra le invalidità di protezione poste a tutela, oltre che del contraente debole, del corretto svolgimento del gioco concorrenziale sul mercato: sul punto, si vedano le ampie riflessioni svolte *supra*, 113 ss.. L'art. 1384 c.c., diversamente, si occupa della clausola manifestamente eccessiva convenuta da contraenti in posizione di parità nei poteri di negoziazione, non ponendo dunque l'esigenza di tutelare un'autonomia sostanzialmente "calpestata" né quella di evitare un'immediata lesione al sistema della libera concorrenza.

⁴⁶⁷ Come è stato evidenziato da Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., la clausola penale, pur non soggiacendo al controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. in quanto pattuizione tipica (riconosciuta e disciplinata dagli artt. 1382 e ss. del c.c.), non si sottrae al controllo sul modo in cui essa viene utilizzata dai privati. La tipicità di un contratto, infatti, non comporta l'autonomia illimitata delle parti che intendano avvalersene, dovendo esse pur sempre rispettare i limiti che il legislatore pone mediante la disciplina di legge sul contratto in generale e sul singolo tipo contrattuale. Non è anomalo, quindi, che il limite della non manifesta eccessività si ricavi proprio dalla disciplina specifica sulla clausola penale. In sostanza, il controllo sull'entità della penale serve "per evitare che le parti utilizzino uno strumento legale per ottenere uno scopo che l'ordinamento non consente ... e che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela"; dunque, "il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale". Già Cass. 24 aprile 1980, n. 2749, cit., aveva affermato che "il potere conferito al giudice dall'art. 1384 c.c. di ridurre la penale manifestamente eccessiva è fondato sulla necessità di correggere il potere di autonomia privata riconducendolo nei limiti in cui opera il riconoscimento di essa".

La conseguenza di ciò parrebbe doversi individuare nella nullità parziale della penale manifestamente eccessiva⁴⁶⁸; una nullità quantitativa e interna alla clausola⁴⁶⁹, dettata per una finalità di ordine pubblico più che di protezione e riconducibile alle cause più svariate: all'abuso dell'autonomia negoziale⁴⁷⁰, concretato dall'utilizzo della sanzione privata per scopi afflittivi ad essa estranei; ovvero alla contrarietà ad una norma imperativa implicita che vieta, a tutela dell'interesse generale alla proporzione tra illecito e sanzione, la pattuizione di una penale manifestamente eccessiva⁴⁷¹; ovvero, ancora, ad una mancanza parziale di causa⁴⁷².

La dottrina e la giurisprudenza predominanti, invece, escludono che si faccia effettivamente questione di invalidità della penale, ripiegando su una

⁴⁶⁸ La qualificazione della penale manifestamente eccessiva in termini di nullità risolverebbe anche la questione relativa alla riducibilità d'ufficio da parte del giudice, poiché la rilevabilità officiosa è un elemento pressoché costante (seppure, in astratto, non indefettibile) nella disciplina della nullità.

⁴⁶⁹ È molto chiaro sul punto GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 177: “*Si tratta, in particolare, di una nullità parziale: la clausola è nulla nei limiti della sua eccessività, mentre resta valida per la misura in cui appare equa*”. Non manca, invero, chi vede nella riduzione della penale un'applicazione della regola di cui all'art. 1419, comma 2, c.c. prospettando la nullità dell'intera clausola e la sua sostituzione automatica con la norma imperativa violata attraverso “*il medio di un intervento integrativo del giudice fondato sul criterio di equità*”: FANCELLI, *Commento a Cass. 24 settembre 1999, n. 10511*, in *Corr. giur.*, 2000, 1, 72. L'opinione appare quantomeno eccentrica, basandosi su una concezione piuttosto elastica della nozione di “automaticità” della sostituzione e sull'idea che l'operatività degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. possa prescindere dall'esistenza di una norma imperativa impositiva di determinati contenuti contrattuali.

⁴⁷⁰ L'abuso, in questo caso, non consisterebbe nell'appropriamento di una situazione di asimmetria di potere contrattuale, bensì nell'utilizzo dell'autonomia negoziale per finalità diverse da quelle consentite, e in specie nell'impiego del potere sanzionatorio privato a scopi meramente afflittivi.

⁴⁷¹ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 177: “*La rilevabilità d'ufficio della eccessività della penale presuppone, quale necessaria premessa logica, la nullità della clausola (a norma dell'art. 1421 c.c., che ammette la rilevabilità d'ufficio della nullità). E la nullità della clausola non può essere altrimenti argomentata se non muovendo dalla premessa che nell'art. 1384 c.c. è implicita una norma imperativa, che impone la necessaria proporzione tra le prestazioni contrattuali e la cui violazione rende nulla la clausola, a norma dell'art. 1418 c.c.*”. Si è già ampiamente sottolineato, del resto, che l'art. 1418, comma 1, c.c. non presuppone necessariamente l'esistenza di una disciplina del rapporto imperativamente predeterminata, ben potendo la contrarietà sussistere rispetto ad una norma che, nell'imporre il parametro della non iniquità, ben può dirsi imperativa: v. *supra*, 93 ss.. Non concorda VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 137, il quale afferma che “*l'intervento dell'ordinamento non è sollecitato dalla contrarietà della clausola a una norma imperativa, ma da un particolare modo in cui la pattuizione viene ad atteggiarsi: specificamente, un manifesto squilibrio a vantaggio di una delle parti*”.

⁴⁷² In questo senso è orientato BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., 234.

supposta inefficacia che preluderebbe all'integrazione di buona fede del contenuto della clausola⁴⁷³.

Ad ogni modo, a prescindere dalla qualificazione che si intenda attribuire alla penale manifestamente eccessiva, la sua riduzione ex art. 1384 c.c. costituisce un intervento giudiziale equitativo e cogente su una contrattazione riprovata dall'ordinamento in ragione della sua originaria iniquità⁴⁷⁴. Come tale, essa rappresenta un esempio significativo di riconduzione ad equità di contenuti negoziali disapprovati, pur fondandosi sulle singolarità del tipo contrattuale cui inerisce.

Se l'equa riduzione della clausola penale dà vita ad un intervento giudiziale che può dirsi "eccentrico" nel contesto del sistema codicistico, il panorama normativo in materia di equità cogente⁴⁷⁵ si presenta ben più ricco e complesso nella legislazione postcodicistica.

Già con l'avvento della Costituzione repubblicana, in realtà, è emersa nell'elaborazione giurisprudenziale un'ulteriore ipotesi di riequilibrio giudiziale conseguente ad uno squilibrio disapprovato. Il riferimento normativo è 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*

⁴⁷³ Tra i tanti, v. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 138: "*Della clausola pattizia, invero, non è messa in dubbio la validità*". Le motivazioni addotte a sostegno di questo assunto sono talora piuttosto contorte. Si veda, ad esempio, Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., la quale afferma che "*la legge ha in sostanza spostato l'intervento giudiziale, diretto al controllo della conformità del manifestarsi dell'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa è consentita, dalla fase formativa dell'accordo – che ha ritenuto comunque valido, quale che fosse l'ammontare della penale – alla sua fase attuativa, mediante l'attribuzione al giudice del potere di controllare che la penale non fosse originariamente manifestamente eccessiva e non lo fosse successivamente divenuta per effetto del parziale adempimento*". Anche SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 180, sostiene che non possa richiamarsi la nozione di nullità parziale "*perché l'art. 1384 c.c. non prevede né un'alternativa tra conservazione del negozio e sua integrale rimozione a seconda che la fissazione della penale sia stata determinante o meno ai fini della conclusione dell'accordo, né una sostituzione automatica della penale eccessiva, la quale viene ridotta dal giudice*". L'A. tuttavia sembra basarsi sull'assunto, ampiamente smentito dal diritto positivo, secondo cui non esistono nullità parziali soggette ad una regolamentazione diversa da quella generale, dettata dall'art. 1419 c.c., finendo per desumere, con una sorta di rovesciamento logico, la qualificazione della penale manifestamente eccessiva dal suo trattamento giuridico. Per la medesima ragione appare criticabile il punto di vista di ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 247 ss., secondo cui "*nullità e riduzione si collocano su piani differenti, perché la riduzione presuppone la validità della clausola*".

⁴⁷⁴ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 284, nota 102.

⁴⁷⁵ Con l'espressione si intendono evocare non soltanto le fattispecie che contemplano l'equità come fonte di integrazione cogente del contratto, ma anche quelle che prevedono la riconduzione giudiziale ad equità del contratto parzialmente nullo per iniquità.

*in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*⁴⁷⁶. In questa norma, alla quale si attribuisce il carattere di immediata precettività⁴⁷⁷, viene rinvenuto il fondamento del diritto del lavoratore ad una giusta retribuzione, da tutelarsi anche quando non vi sia un contratto collettivo direttamente applicabile tra le parti del rapporto individuale di lavoro⁴⁷⁸.

Proprio in quest'ultimo caso viene in gioco l'intervento equitativo del giudice: la 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, è considerata nulla per contrasto con la norma imperativa costituzionale⁴⁷⁹ e può essere riequilibrata dal giudice su istanza del lavoratore⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ La formulazione della disposizione costituzionale induce a ritenere preminente il requisito della sufficienza della retribuzione che, dovendo sussistere "*in ogni caso*", prevale sull'oggettiva corrispondenza del compenso alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, relegando il criterio della proporzionalità in una posizione logicamente susseguente: R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza Costituzionale*, 1978, 78 ss.. Vi è, tuttavia, chi evidenzia come il tenore letterale del precetto ponga in primo luogo il requisito della proporzionalità, attribuendo al canone della sufficienza il ruolo di filtro successivo: PERONE, voce *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 45.

⁴⁷⁷ TREU, *Art. 36 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, 1979, 79; RIVA SANSEVERINO, sub *art. 2099*, in *Disciplina delle attività professionali. Dell'impresa in generale*, *Commentario Scialoja-Branca*, VI ed., 290; PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, 189 ss.; NICOLÒ, *L'art. 36 della Costituzione ed i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, III, 5; LEGA, *Il salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1952, II, 287. In giurisprudenza, v. Cass. 21 febbraio 1951, n. 46, in *Dir. lav.*, 1952, II, 275; nonché Cass. 11 febbraio 1974, n. 400, in *Riv. giur. lav.*, 1974, II, 469. In passato alcuni autori avevano sostenuto la valenza meramente programmatica della norma costituzionale: 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, 128; SCORZA, *Il diritto al salario minimo e l'art. 36 Cost.*, in *Dir. lav.*, 1951, II, 450.

⁴⁷⁸ Il problema sussiste a causa della mancata attuazione dell'art. 39 Cost., che osta all'applicabilità *erga omnes* dei contratti collettivi. In presenza di un contratto collettivo direttamente applicabile tra le parti si applica l'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*".

⁴⁷⁹ Cass., SS. UU., 18 luglio 1961, n. 1745, in *Mass. giur. lav.*, 1961, 412; Cass. 10 marzo 1962, n. 484, in *Riv. giur. lav.*, 1962, II, 181. Si veda anche CESSARI, *Invalidità del contratto di lavoro per violazione dell'art. 36-I della Costituzione*, in *Dir. lavoro*, 1951, 197. *Contra* TREU, *Onerosità e corresponsività nel rapporto di lavoro*, 1968, 165.

⁴⁸⁰ V., *ex multis*, Cass. 25 marzo 1960, n. 636, in *Mass. giur. lav.*, 1960, 147. Sul lavoratore incombe l'onere di provare l'inadeguatezza della retribuzione: Cass. 5 ottobre 1964, n. 2518, in *Riv. giur. lav.*, 1964, II, 540; Cass. 4 marzo 1972, n. 629, in *Orient. giur. lav.*, 1973, 4. Il potere del giudice di rideterminare la retribuzione spettante al prestatore di

La rideterminazione giudiziale della retribuzione avviene secondo un'equità ancorata ai due parametri costituzionali della proporzionalità e della sufficienza⁴⁸¹, avulsa da logiche di mercato e di stretta corrispettività⁴⁸², che si concretizza in via presuntiva negli importi fissati dalla contrattazione collettiva non direttamente applicabile tra le parti⁴⁸³.

lavoro viene fondato sull'applicazione analogica dell'art. 2099, comma 2, c.c., a norma del quale *"in mancanza di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice, tenuto conto, ove occorra, del parere delle associazioni professionali"*. L'analogia che conduce ad equiparare la previsione di una retribuzione insufficiente alla diversa situazione della mancata determinazione contrattuale, direttamente regolata dalla disposizione codicistica, avviene attraverso un'applicazione congiunta dell'art. 2099 c.c. con l'art. 36 Cost.: RIVA SANSEVERINO, sub *art. 2099*, cit., 290; PICCININI, *Equità e diritto del lavoro*, 1997, 139. È molto critico il giudizio di F. SANTORO PASSARELLI, *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, 147, secondo cui l'equiparazione tra le due situazioni è il frutto di un'innovazione *praeter legem*. PERSIANI, *Diritto sindacale*, 2005, 111, parla a questo proposito di una *"giurisprudenza in funzione normativa"*.

⁴⁸¹ PICCININI, *Equità e diritto del lavoro*, cit., 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"*.

⁴⁸² La valutazione della giusta retribuzione, in forza dell'art. 36 Cost., deve essere *"sottratta a valutazioni ... angustamente mercantilitiche"*, 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 partecipazione alla creazione della ricchezza sociale"*: così PERONE, voce *Retribuzione*, cit., 45. L'interprete, perciò, *"non deve limitarsi a trovare il punto di equilibrio fra gli opposti interessi secondo la prospettiva di un contratto di scambio, deve bensì 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"*: PICCININI, *Equità e diritto del lavoro*, cit., 139. La ragione di ciò risiede nel ruolo che la Costituzione assegna alla retribuzione, che non funge da mero corrispettivo della prestazione lavorativa, ma assolve al ruolo di mezzo prevalente di sostentamento del lavoratore e della sua famiglia, tanto da essere dovuta anche in caso di sospensione o riduzione dell'attività aziendale: RIVA SANSEVERINO, sub *art. 2099*, cit., 287. Si veda lo stesso PERONE, voce *Retribuzione*, cit., 46, secondo cui *"il collegamento con esigenze soggettive di reddito vitale del lavoratore attenua l'equivalenza oggettiva delle prestazioni dedotte in contratto"*.

⁴⁸³ Cass. 14 febbraio 1966, n. 446, in *Riv. dir. lav.*, 1967, II, 442; Cass. 22 aprile 1966, n. 1038, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, 601; Cass. 10 ottobre 1968, n. 3216, in *Riv. giur. lav.*, 1969, II, 51; Cass. 24 maggio 1969, n. 1843, in *Foro it.*, 1969, I, 2185; Cass. 25 agosto 1969, n. 3024, in *Foro it.*, 1969, I, 3074. Da ultimo v. Cass. 11 gennaio 2012, n. 153, secondo cui il contratto collettivo, anche quando non è direttamente applicabile tra le parti, *"è il più adeguato parametro per determinare il contenuto del diritto alla retribuzione"*. L'applicazione indiretta del contratto collettivo per il tramite dell'art. 36 Cost., o meglio dei criteri di proporzionalità e sufficienza ivi contemplati, si basa su una presunzione *iuris tantum* di adeguatezza delle tariffe sindacali: RIVA SANSEVERINO, sub *art. 2099*, cit., 291. Trattandosi di una presunzione relativa, il giudice può discostarsi dai valori stabiliti dalla contrattazione collettiva quando essi non assicurino nel caso concreto la proporzionalità e la sufficienza della retribuzione: 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. 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. 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. 1 dicembre 1984, n. 6281, in *Foro it. rep.*, 1984, voce *Lavoro (rapporto)*, 1683; Cass. 16 novembre

L'inerenza della fattispecie alla materia lavoristica, fortemente permeata da ragioni di solidarietà economica, è alla base della sua singolare disciplina. L'intervento del giudice è qui orientato a finalità diverse da quelle che ispirano, rispettivamente, l'equa riduzione della clausola penale e il riequilibrio del contratto parzialmente nullo per iniquità conseguenti ad abuso dell'autonomia negoziale.

Il rimedio non è diretto a ripristinare equilibri di mercato, finendo anzi per imporre una deviazione dalla proporzionalità tra la quantità e qualità del lavoro prestato e la retribuzione quando quest'ultima, pur proporzionata, non sia sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa. L'esigenza di solidarietà, cioè, può comportare che il contenuto del contratto debba essere squilibrato in favore del lavoratore⁴⁸⁴, il quale ha diritto ad una retribuzione il cui importo prescinde da un rapporto di stretta corrispondenza con il valore economico della prestazione lavorativa. In tal senso non può parlarsi di una nullità parziale per iniquità, a meno di riferirsi specificamente alla peculiare nozione di equità che la disposizione costituzionale "costruisce" intorno ai principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione.

Fatte salve le segnalate specificità, la vicenda giurisprudenziale che ha interessato l'art. 36 Cost. può definirsi antesignana di una tutela della parte

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. Ciò in quanto gli importi fissati dai contratti collettivi costituiscono pur sempre una "espressione parametrica" astratta, la cui attendibilità va verificata dal giudice in relazione al singolo contratto individuale: Cass. 5 luglio 2002, n. 9759. Il giudice, tuttavia, deve motivare l'eventuale scelta di non ancorare la propria valutazione alle tariffe sindacali: 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. 1 luglio 1981, n. 4265, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 859; Cass. 29 agosto 1987, n. 7131, in *Foro it. Rep.*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1282; Cass. 5 aprile 1990, n. 2835, in *Foro it. rep.*, 1990, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1053. La motivazione non è censurabile dal giudice di legittimità quando si basa su criteri adeguati, quali la quantità e qualità del lavoro prestato, le condizioni personali e familiari del lavoratore, le mercedi praticate nella zona, 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 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.

⁴⁸⁴ BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, 1984, 57; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 209.

contrattuale debole che passa attraverso la nullità parziale del contratto e la rideterminazione della clausola invalida ad opera del giudice.

Per quanto riguarda la più recente legislazione speciale, un discorso a parte va fatto per l'art. 44, comma 1, del d.lgs. 286/98, a norma del quale *“quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione”*⁴⁸⁵.

Poiché la discriminazione può avvenire anche con lo strumento contrattuale, mediante l'imposizione di *“condizioni più svantaggiose ... ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità”* (art. 43, comma 2, lett. b, d.lgs. 286/98), taluno ritiene che in questa evenienza la *“rimozione degli effetti della discriminazione”* passi necessariamente attraverso la riconduzione del contratto alle condizioni, per lo straniero più vantaggiose, cui esso sarebbe stato concluso in assenza del fattore discriminatorio⁴⁸⁶.

Anche a voler condividere questa impostazione, non pare che in questa norma venga in rilievo una nullità parziale: il contratto discriminatorio è pienamente efficace, tant'è che il rimedio è rivolto alla *“rimozione degli*

⁴⁸⁵ La disposizione è stata così modificata dalla lettera a) del comma 32 dell'art. 34 d.lgs. 150/2011. Il testo previgente disponeva che *“quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e ad adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione”*. Quest'ultima formulazione si ritrova in parte oggi nell'art. 28 del d.lgs. 150/2011 (applicabile anche alle ipotesi di contratto di lavoro discriminatorio, di cui all'art. 2 d.lgs. 216/03) a norma del quale *“con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti”*.

⁴⁸⁶ MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, 2007, 285 ss.: *“Il giudice può pronunciare, su richiesta dell'attore, una sentenza che rettifica il contenuto quando il contratto contiene soltanto a causa della qualità personale una condizione più svantaggiosa. In particolare, la sentenza incide sul contratto, al fine di eliminare il pregiudizio che la controparte ha patito, nel corso della trattativa, a seguito del comportamento discriminatorio posto in essere dal contraente convenuto”*. L'illecito discriminatorio, peraltro, può incidere sulla struttura del contratto anche per la mancata previsione di una condizione contrattuale favorevole alla controparte discriminata. In tal caso la rimozione degli effetti opererebbe, su richiesta dell'attore, attraverso la pronuncia da parte del giudice di una sentenza che integra il contenuto del contratto: CIARONI, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Giur. it.*, 2006, 1822.

effetti della discriminazione” (art. 44, comma 1, d.lgs. 286/98), alla stregua di un risarcimento in forma specifica⁴⁸⁷.

Ad ogni modo, comunque, il contratto è riprovato a prescindere da una sua intrinseca iniquità, esclusivamente in ragione della disparità di trattamento riservata al contraente straniero per la sua razza, etnia, nazionalità o religione. La norma, pertanto, nulla ha a che vedere con l’equità cogente, atteso che l’eventuale rettifica giudiziale non mira a riequilibrare il sinallagma, ma esclusivamente a ricostruire quell’assetto contrattuale cui si sarebbe pervenuti senza il *medium* della discriminazione.

Un potere sostitutivo del giudice in favore della parte debole è stabilito anche nella l. 431/98, in materia di locazioni di immobili adibiti ad uso abitativo.

Dopo aver imposto l’uso della forma scritta per la stipula di validi contratti di locazione (art. 1, comma 4) e fissato ulteriori limiti all’autonomia negoziale delle parti, prevedendo tra l’altro per i c.d. “contratti agevolati” un canone massimo definito da accordi stipulati in sede locale fra le organizzazioni della proprietà edilizia e le organizzazioni dei conduttori maggiormente rappresentative (art. 2, comma 3), la legge in questione sanziona con la nullità i patti contrari alle predette regole (v. rispettivamente l’art. 1, comma 4⁴⁸⁸, e l’art. 13, comma 4). L’art. 13, comma 5, stabilisce poi che “*nei casi di nullità di cui al comma 4 ... il conduttore può altresì richiedere, con azione proponibile dinanzi al pretore*⁴⁸⁹, che la locazione

⁴⁸⁷ SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, II, 2004, 98.

⁴⁸⁸ STELLA RICHTER, *Nullità del contratto per difetto di forma e locazione di fatto degli immobili ad uso abitativo*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 381; LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, 2012, 113 ss.; GRASSELLI, *La locazione di immobili nel codice civile e nelle leggi speciali*, 1999, 8. Si veda anche App. Roma, 1 aprile 2010, n. 1424: “*Benché la forma non sia espressamente prevista sotto pena di nullità, secondo la formula rinvenibile nell’art. 1325 n. 4 c.c., l’interpretazione sistematica induce ad assimilare la prescrizione del citato art. 1, co. 4 (... per la stipula di validi contratti di locazione è richiesta la forma scritta) alla previsione di una forma ad substantiam*”. La pronuncia, sottolineando la finalità di interesse generale costituita dal controllo fiscale dei rapporti locativi, attribuisce alla nullità carattere assoluto. Della stessa opinione è la prevalente dottrina: CUFFARO, *I contratti di utilizzazione dei beni*, 2008, 97; CARRATO – SCARPA, *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, 3 ed., 2010, 302. Per la nullità relativa propendono, tra gli altri: GENTILI, *L’invalidità del contratto di locazione*, in *Le locazioni urbane. Vent’anni di disciplina speciale*, a cura di Cuffaro, 1999, 83; GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 600.

⁴⁸⁹ Il riferimento al pretore è oggi da intendersi effettuato al tribunale in composizione monocratica, per effetto della soppressione dell’ufficio del pretore ad opera del d.lgs. 51/98.

venga ricondotta a condizioni conformi a quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 2 ovvero dal comma 3 dell'articolo 2. Tale azione è altresì consentita nei casi in cui il locatore ha preteso l'instaurazione di un rapporto di locazione di fatto, in violazione di quanto previsto dall'articolo 1, comma 4, e nel giudizio che accerta l'esistenza del contratto di locazione⁴⁹⁰ il pretore determina il canone dovuto, 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”.

È opportuno tenere ben distinte le due ipotesi di intervento giudiziale contemplate dalla norma: da un lato vi è la riconduzione della locazione a condizioni conformi a quanto previsto dall'art. 2, comma 1 o comma 3; dall'altro vi è la determinazione, previo accertamento dell'esistenza del contratto di locazione, del canone dovuto.

Diversi sono, anzitutto, i presupposti. La prima ipotesi concerne una nullità parziale, limitata ai soli patti contrari alla legge ed in specie, per quanto riguarda i contratti agevolati, alla clausola che determina il canone di locazione in una misura superiore a quella massima consentita⁴⁹¹. La seconda, invece, attiene ad una nullità totale del contratto, che peraltro non

⁴⁹⁰ Non è chiaro se la pronuncia del giudice che “*accerta l'esistenza del contratto*” e “*determina il canone dovuto*” abbia carattere dichiarativo o costitutivo. Nonostante il tenore letterale della disposizione, sembra doversi propendere per la seconda soluzione. L'accertamento ha infatti riguardo all'esistenza di un contratto invalido, in relazione al quale non è dovuto alcun canone di locazione. Dunque, più che mantenere in vita o sanare il contratto di locazione nullo, pare che il giudice ne costituisca uno nuovo, “*ricalcato*” su quello invalido ma caratterizzato da una nuova determinazione del canone dovuto. Di un “*recupero del contratto nullo ... che consente il mantenimento degli effetti impegnativi del contratto anche per il futuro*” discorre POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 240, nota 461. Secondo Trib. Verona, 21 giugno 2000, in *Rass. loc.*, 2000, 429, “*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*”. Di sicuro la regola appare del tutto singolare nell'ambito dei principi sulle nullità negoziali: STELLA RICHTER, *Nullità del contratto per difetto di forma e locazione di fatto degli immobili ad uso abitativo*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 383 ss.; ROBIGLIO, *La legge di riforma nelle locazioni abitative e i “patti contrari”*, in *Arch. loc. e cond.*, 1998, 813 ss..

⁴⁹¹ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 239: la regola si iscrive nella tendenza a disciplinare i rapporti caratterizzati dalla debolezza di una delle parti attraverso la tecnica dell'inderogabilità *in pejus*. Le clausole contenute negli accordi definiti in sede locale fra le organizzazioni di categoria rappresentano una tutela minima per il conduttore, dalla quale non è consentito discostarsi se non per pattuire condizioni contrattuali a lui più favorevoli.

ha causa nell'iniquità della pattuizione ma nel difetto della forma prescritta *ad substantiam*⁴⁹².

Differenti sono, poi, gli spazi all'interno dei quali il giudice può muoversi nell'effettuare la propria determinazione. La riconduzione del contratto a condizioni conformi alla legge implica una riformulazione meccanica del precetto negoziale, mediante contenuti dettati in modo preciso dal legislatore. Viceversa, nella determinazione del canone dovuto per l'accertata esistenza di una "locazione di fatto" il giudice dispone di una maggiore libertà: pur senza svolgere una funzione propriamente creativa⁴⁹³, egli è chiamato a ridefinire l'entità del canone adattando al singolo contratto un valore, il canone definito negli accordi locali tra le associazioni esponenziali, che la legge detta unicamente come limite massimo e non come parametro vincolante⁴⁹⁴.

È in quest'ultima parte, allora, che l'art. 13, comma 5, della l. 431/98 si caratterizza per l'attribuzione al giudice del potere (*rectius*: del compito) di intervenire sul contratto nullo mediante una valutazione che, essendo svincolata da rigidi parametri legislativi, non può che svolgersi secondo equità⁴⁹⁵.

Si discute, peraltro, sulla perdurante vigenza della norma dopo l'entrata in vigore dell'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,

⁴⁹² La *ratio* della norma è anzitutto quella di proteggere l'interesse della parte debole a proseguire il rapporto anche quando la nullità inficia un elemento essenziale del contratto: GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., 1347. La sanzione della nullità del contratto, disposta dal comma 4 dell'art. 1, non sarebbe stata di per sé sufficiente a garantire un'adeguata protezione al conduttore, ponendolo anzi nella condizione di non agire in giudizio per l'accertamento di una declaratoria di invalidità che gli avrebbe imposto di liberare immediatamente l'immobile: POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 241. Invero, la logica sottesa alla scelta del legislatore sembra andare oltre la mera protezione del conduttore, sconfinando nella sanzione a carico del locatore: a fronte di un'asimmetria concretatasi nell'imposizione (non già di un certo canone, ma) di una certa forma si prevede la rideterminazione del canone, laddove per proteggere il conduttore sarebbe stato sufficiente demandare al giudice l'accertamento del canone effettivamente versato e la sua "trasposizione" nel contratto costituito mediante la sentenza, così tutelando il conduttore da eventuali recessi *ad nutum* da parte del locatore.

⁴⁹³ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 126 ss.

⁴⁹⁴ GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., 412

⁴⁹⁵ La riconduzione ad equità del canone locatizio prescinde del tutto dalla ricostruzione dell'intento ipotetico delle parti: CUFFARO, *Patti contrari alla legge*, in *Riv. Dir. civ.*, 1999, 494.

comma 346, l. 311/04⁴⁹⁶) 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 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*"⁴⁹⁷: 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. 431/98⁴⁹⁸.

Nell'alveo dell'equità cogente può inquadrarsi anche la disposizione dell'art. 8 d.lgs. 170/04 in materia di contratti di garanzia finanziaria⁴⁹⁹, secondo cui "*le condizioni di realizzo delle attività finanziarie ... devono essere ragionevoli sotto il profilo commerciale*" (comma 1)⁵⁰⁰, e la

⁴⁹⁶ 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 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, 8, si tratta di un'ipotesi di nullità estranea alla tradizione giuridica italiana, in quanto derivante dall'omissione di un adempimento tributario indipendente rispetto alla formazione del negozio. Una parte della giurisprudenza di merito sostiene che, ad onta del dato letterale, la registrazione non costituirebbe un presupposto per la validità del contratto ma una mera *condicio iuris* sospensiva, per cui il contratto sarebbe inefficace fino al momento della registrazione che, anche se tardiva, avrebbe effetto *ex tunc*: Trib. Modena, 12 giugno 2006, in *Giust. civ.*, 2007, I, 482 ss.; Trib. Reggio Emilia, 5 marzo 2009, in *Arch. loc. cond.*, 2009, 374.

⁴⁹⁷ Salvo che il contratto preveda un canone inferiore, nel qual caso "*si applica comunque il canone stabilito dalle parti*".

⁴⁹⁸ Una diversa interpretazione è data da Trib. Rimini, ord. 16 maggio 2012, secondo cui la disciplina del d.lgs. 23/2011 presuppone "*che vi sia un contratto di locazione valido ... ai fini civilistici*". Di certo l'art. 13, comma 5, l. 431/98 continua ad applicarsi ai contratti di locazione conclusi prima del 1 gennaio 2005, anche quando i relativi rapporti siano proseguiti oltre tale data.

⁴⁹⁹ Il decreto è stato emanato in attuazione della direttiva 2002/47/CE.

⁵⁰⁰ La *ratio* della norma è quella di evitare che attraverso il contratto di garanzia finanziaria si realizzi un ingiustificato arricchimento del creditore garantito: GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, 2008, 158 ss.

violazione di tale ragionevolezza “può essere fatta valere in giudizio ... ai fini della rideterminazione di quanto dovuto (comma 2)”⁵⁰¹. Se è vero, infatti, che non sembra qui venire in rilievo una nullità (in tal senso depone, tra l’altro, l’esistenza di un termine entro il quale l’azione può essere proposta, che è di tre mesi dalla comunicazione di cui all’art. 4, comma 2)⁵⁰², la norma attribuisce senz’altro al giudice un potere di riequilibrio delle condizioni contrattuali che si basa sull’apprezzamento tecnicamente discrezionale delle circostanze concrete e che può quindi definirsi *lato sensu* equitativo, sia pure in relazione allo specifico parametro della ragionevolezza commerciale⁵⁰³.

Nella legislazione speciale, comunque, la previsione più lineare ed esplicita di nullità parziale per iniquità con riconduzione ad equità della clausola invalida si rinveniva, prima dell’entrata in vigore del d.lgs. 192/2012, nell’art. 7 del d.lgs. 231/02 in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, il quale stabiliva che “l’accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento⁵⁰⁴, è nullo se ... risulti gravemente iniquo in danno del creditore” (comma 1)⁵⁰⁵, e che “il giudice, anche d’ufficio, dichiara la nullità dell’accordo e, avuto riguardo

⁵⁰¹ GABRIELLI, voce *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Dig. disc. priv.*, agg. III, I, 2007, 306 ss.; VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, 2009, 611, nota 54; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, 2008, 164.

⁵⁰² È contrario avviso GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, cit., 178, secondo cui le determinazioni relative ai criteri di valutazione che contrastino con la ragionevolezza commerciale sono nulle ex art. 1418 c.c..

⁵⁰³ BARALDI, *Warrants e patto d’opzione*, 2012, 144.

⁵⁰⁴ Nonostante l’uso della disgiuntiva, pare evidente che la valutazione debba riguardare sia l’accordo sulla data del pagamento sia quello sulle conseguenze del ritardato pagamento, nel caso in cui le parti abbiano regolato entrambi i profili.

⁵⁰⁵ Il comma 2 aggiungeva che “si considera, in particolare, 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”. Si tratta di fattispecie esemplificative di accordi gravemente iniqui che, anche in mancanza di un’espressa previsione, sarebbero state comunque riconducibili nell’ambito applicativo del primo comma. Un pagamento dilazionato al solo scopo di procurarsi liquidità a spese del creditore, ad esempio, è certamente contrario alla corretta prassi commerciale. Analogamente, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale nonché ai rapporti commerciali tra le parti, non si dovrebbe dubitare circa la grave iniquità di un accordo col quale il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto a quelli ad esso concessi. Si veda tuttavia VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 72, nota 64, che esprime perplessità circa il carattere meramente specificativo dei rapporti tra il primo e il secondo comma della disposizione.

all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo" (comma 3).

La disposizione costituiva attuazione dell'art. 3, § 3, della direttiva 2000/35/CE⁵⁰⁶, inserendosi in un intervento legislativo di carattere settoriale volto a regolare uno specifico fenomeno (il ritardo nei pagamenti) in una determinata tipologia (la transazione commerciale) di rapporto tra imprese o tra imprese e Pubbliche amministrazioni⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Il cui testo recita: "Gli Stati membri dispongono che un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento che non sia conforme alle disposizioni di cui ai paragrafi 1, lettere da b) a d), e 2 non possa essere fatto valere e non dia diritto a un risarcimento del danno, se, considerate tutte le circostanze del caso, ivi compresa la corretta prassi commerciale e la natura del prodotto, risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore. Per determinare se un accordo è gravemente iniquo per il creditore, si terrà conto inter alia se il debitore ha qualche motivo oggettivo per ignorare le disposizioni dei paragrafi 1, lettere da b) a d), e 2. 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". La disposizione è sostanzialmente riproposta dall'art. 7 della nuova direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (che ha abrogato e sostituito la direttiva 2000/35/CE), in base al quale "Gli Stati membri dispongono che una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell'interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore. Per determinare se una clausola contrattuale o una prassi sia gravemente iniqua per il creditore, ai sensi del primo comma, si tiene conto di tutte le circostanze del caso, tra cui: qualsiasi grave scostamento dalla corretta prassi commerciale, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza; la natura del prodotto o del servizio; se il debitore abbia qualche motivo oggettivo per derogare al tasso d'interesse di mora legale, al periodo di pagamento di cui all'articolo 3, paragrafo 5, all'articolo 4, paragrafo 3, lettera a), all'articolo 4, paragrafo 4, e all'articolo 4, paragrafo 6, o all'importo forfettario di cui all'articolo 6, paragrafo 1 ... Gli Stati membri assicurano che, nell'interesse dei creditori e dei concorrenti, esistano mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a clausole contrattuali e prassi gravemente inique ai sensi del paragrafo 1". Nella direttiva comunitaria, dunque, la grave iniquità della clausola è espressamente collegata al requisito della sua difformità dalla previsione legale dispositiva. Tale difformità, costituendo l'elemento in presenza del quale deve attivarsi l'indagine sull'iniquità della clausola, opera come criterio di selezione delle regole convenzionali da sottoporre a scrutinio, di modo che è precluso al giudice considerare iniqui gli accordi che ricalcano la disciplina dispositiva di legge: CONTI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardati pagamenti e la legge comunitaria 2001 di delega al Governo per la sua attuazione*, in *Corr. Giur.*, 6/2002, 811. Il riferimento espresso alla difformità dell'accordo dalla previsione legale è stato introdotto nell'art. 7 d.lgs. 231/02 dal d.lgs. 192/2012, ma già in precedenza la gran parte della dottrina lo riteneva implicitamente effettuato: DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *I Contratti*, 12/2002, 1162; VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, 58 ss.

⁵⁰⁷ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 50: il legislatore non interviene a disciplinare in via generale il fenomeno della transazione commerciale, né intende disporre una compiuta regolamentazione delle varie tipologie contrattuali in esso suscettibili; la sua attenzione è rivolta esclusivamente ai profili della determinazione del termine di pagamento e delle conseguenze del ritardato pagamento (cui oggi si affianca, per effetto della direttiva 2011/7/UE e del d.lgs. 192/2012, quello del risarcimento dei costi di recupero).

Si è correttamente sottolineato che tale rapporto, sul piano economico oltre che giuridico, non appare *a priori* squilibrato in ragione della qualità delle parti⁵⁰⁸. Esso si presta, piuttosto, ad essere “piegato” a vantaggio di uno dei contraenti, l’acquirente di beni o servizi, mediante un accordo iniquo sul termine di pagamento e sulle conseguenze del ritardato pagamento⁵⁰⁹. Ciò non toglie che la *ratio* della norma possa ugualmente collocarsi nell’ambito delle finalità di protezione del contraente debole e di regolazione del mercato⁵¹⁰, attesa la sua finalità di contrastare l’abusivo autofinanziamento del debitore a scapito del creditore.

La strategia di controllo adottata dal d.lgs. 231/02, anche in seguito alle modifiche apportate dal d.lgs. 192/2012, prevede il mantenimento in capo ai privati di ampi spazi di autodeterminazione in ordine alla fissazione del termine di pagamento (art. 4) e alla determinazione degli interessi moratori (art. 5): il legislatore si limita ad indicare un modello ottimale di regolazione⁵¹¹, consentendo alle parti di derogarvi. A fronte però di una grave iniquità del patto in pregiudizio del creditore, da valutarsi in base ad ogni concreta circostanza⁵¹², viene disposta la nullità dell’accordo.

⁵⁰⁸ SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 92: “Le parti contrattuali hanno il medesimo status, e la debolezza di una nei confronti dell’altra non deriva da una diversa funzione che il singolo ha nei confronti del mercato, quanto piuttosto dalla specifica contrattazione posta in essere. Mentre nei contratti del consumatore l’asimmetria è intrinseca alla posizione rivestita, e quindi esiste prima della formazione del contratto ed è poi proiettata al suo interno, qui ciò non accade”. Rispetto all’art. 1384 c.c., che pure regola una pattuizione scevra da intrinseche asimmetrie di potere negoziale tra le parti, l’orizzonte funzionale è esattamente rovesciato, mirandosi alla tutela del creditore.

⁵⁰⁹ In particolare, mediante la previsione di termini eccessivamente lunghi per il pagamento del corrispettivo dei beni o servizi ovvero di interessi moratori troppo esigui per l’evenienza del ritardato pagamento.

⁵¹⁰ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 71.

⁵¹¹ SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 93: “Il legislatore ... non intende limitare o comprimere le scelte dei privati, né imporre coattivamente tempi di pagamento nei rapporti commerciali, ma vuole reprimere gli abusi”.

⁵¹² La nuova formulazione dell’art. 7 prevede che “il giudice dichiara ... la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l’esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all’importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero”. Rispetto alla versione previgente è venuto meno il riferimento alla condizione dei contraenti e ai rapporti commerciali tra i medesimi, mentre è stato introdotto l’esplicito richiamo al principio di buona fede e correttezza nonché alla difformità della pattuizione rispetto alla disciplina dispositiva di legge. Secondo SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 89, l’iniquità dell’accordo può essere valutata anche mediante il raffronto con le condizioni usualmente praticate da altri imprenditori nelle medesime transazioni commerciali, oltre che nei contratti pregressi tra le stesse parti.

A questa nullità da squilibrio⁵¹³, valutata alla luce della complessiva operazione negoziale⁵¹⁴, l'ordinamento rispondeva alternativamente con l'applicazione dei termini legali o con la riconduzione giudiziale ad equità da parte dell'accordo⁵¹⁵. In particolare, il giudice poteva fissare un termine di pagamento diverso da quello di trenta giorni (previsto dall'art. 4) o un tasso di interesse moratorio diverso da quello legale (cui rinviava l'art. 5), qualora lo ritenesse più equo nel quadro della specifica operazione negoziale⁵¹⁶.

Il d.lgs. 192/2012 ha modificato la disposizione, eliminando il riferimento alla riconduzione ad equità del contratto e stabilendo che, in caso di nullità della clausola, “*si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile*”⁵¹⁷.

L'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice, prima della novella legislativa, aveva spinto numerosi autori a ravvisare nell'art. 7 d.lgs. 231/02 una norma eccezionale, foriera di un'inedita o quantomeno inconsueta attribuzione al magistrato del compito di riequilibrare il contenuto del rapporto negoziale⁵¹⁸.

⁵¹³ L'espressione è di VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 153.

⁵¹⁴ Alla stessa stregua dell'eccessività manifesta della clausola penale, la grave iniquità del patto in danno del creditore va valutata alla luce dell'intero scambio apprezzato dal punto di vista economico, poiché le modalità temporali di adempimento della prestazione pecuniaria e la misura degli interessi moratori assumono una valenza differente in relazione a quelle che sono le altre condizioni pattuite, e in particolare al prezzo convenuto: VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 159.

⁵¹⁵ La norma veniva interpretata nel senso che l'intervento giudiziale dovesse comunque essere circoscritto alla singola e specifica clausola. Si riteneva, cioè, che il giudice potesse riequilibrare solo il termine di pagamento del prezzo, il tasso dell'interesse moratorio o l'ammontare della pena contrattuale e non invece gli altri elementi dello scambio, primo fra tutti il prezzo.

⁵¹⁶ Resta da chiarire se il giudice potrà imporre alle parti solo tassi d'interesse inferiori e termini di pagamento superiori a quelli legali, dunque più favorevoli al debitore, oppure anche tassi superiori e termini inferiori (quindi, più favorevoli al creditore) di quelli previsti dalla disciplina dispositiva. Sul punto, v. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, cit., 631; e DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di “lotta” contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Stud. iur.*, 2003, 13.

⁵¹⁷ Dal punto di vista sistematico, il riferimento agli artt. 1339 e 1419 c.c. non appare del tutto coerente: ad essere inserite nel contratto, in sostituzione del patto gravemente iniquo, non sono clausole imposte dalla legge ma regole dispositive che sono state derogate dalle parti oltre i limiti consentiti.

⁵¹⁸ SANNA, *L'attuazione della dir. 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: introduzione al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, in *Resp. civ. prev.*, 1/2003, 247, vedeva nella norma l'espressione di una “*rivoluzione copernicana avviata dal legislatore comunitario nel diritto dei contratti*”, tale da mettere in

Più che di un'eccezione, tuttavia, si trattava di un significativo punto di emersione della progressiva tendenza ad attribuire all'equità, e dunque alla discrezionalità del giudice, un'importante funzione determinativa nella disciplina dell'invalidità.

Tale tendenza trova le sue ragioni nella necessità di rendere sempre più flessibile il rimedio della nullità contrattuale, al fine di rispondere sul piano giuridico ad esigenze diffuse nel contesto economico internazionale.

In questo senso sono emblematiche le indicazioni ricavabili dalla c.d. *soft law*, ossia da quell'insieme di regole che, in via informale e senza alcuna efficacia diretta⁵¹⁹, vengono periodicamente formulate per iniziativa di

discussione l'intangibilità dell'autonomia negoziale. Anche BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 747, aveva definito "quasi sconosciuti ed eccezionali" i poteri assegnati dalla norma al giudice. Non dissimile era il punto di vista di SCOTTI, *Aspetti di diritto sostanziale del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Giur. mer.*, 2003, 622.

⁵¹⁹ 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: MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 524 – 525. La *soft law*, dunque, opera in concorso e non in conflitto con le fonti legali: LUZZATTO, *I Principi Unidroit e l'arbitrato commerciale internazionale*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, a cura di Bonell e Bonelli, 1997, 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. 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". Quanto all'efficacia dell'arbitrato internazionale nell'ordinamento italiano, va precisato che ad onta della recente abrogazione dell'art. 834 c.c. resta vigente la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 (resa esecutiva in Italia con legge 62/68), la quale prevede all'art. V, co. 2 il riconoscimento delle decisioni arbitrali anche in mancanza del rinvio ad un preciso ordinamento statale, escludendo qualsiasi controllo in ordine alle norme applicate dagli arbitri al merito della controversia salvo il limite dell'ordine pubblico. Per l'utilizzabilità delle norme di *soft law* nell'arbitrato interno si veda l'art. 822 c.p.c., a norma del quale "gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità".

operatori economici del commercio internazionale (*lex mercatoria*)⁵²⁰ e talora anche di commissioni ed organismi appositamente istituiti⁵²¹, con lo scopo di “affiancare” 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 anzitutto all’art. 3.2.7 dei Principi Unidroit⁵²², nel quale si disciplina la situazione contrattuale di “*gross disparity*” (“eccessivo

⁵²⁰ La *lex mercatoria*, nata in epoca antichissima, ha conosciuto una vera e propria rifioritura con l’avvento della società post – industriale: FRANZESE, *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, cit., 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: GALGANO, *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, in *Sociologia del diritto*, cit., 158; BONELL, voce *Lex mercatoria*, in *Dig. disc. priv.*, IX, 11 ss.; 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: 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.

⁵²¹ 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 (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.

⁵²² I Principi Unidroit, a dispetto del nome, contengono un insieme di regole piuttosto dettagliate e non costituiscono uno strumento di unificazione del diritto, bensì un tentativo di cristallizzare ed enunciare in forma chiara i principi di base comuni alla gran parte delle legislazioni nazionali nella materia dei contratti commerciali. In questo senso, e limitatamente alla materia dei contratti tra imprenditori, essi vengono definiti come un “*modello uniforme*” finalizzato al “*reciproco riconoscimento dei diritti nazionali*”: FERRARI BRAVO, *Presentazione del convegno*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, cit., 4. Vi è anche chi li descrive come un mezzo non legislativo di uniformazione del diritto privato: ADDIS, *Note introduttive ai principi UNIDROIT*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, 927. Il successo dei Principi, in sé privi di forza vincolante, si affida alla capacità persuasiva che dovrebbe esercitare la qualità del prodotto, tale da indurre gli operatori giuridici a farlo proprio per libera scelta: DI MAJO, *I “Principles” dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 612. Il proposito dei redattori è quello di rendere meno incerto il diritto dei

squilibrio”, nella versione italiana) stabilendo che “una parte può annullare⁵²³ 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 che “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”⁵²⁴.

La disposizione, il cui ambito di applicazione intende includere la totalità e generalità dei contratti commerciali internazionali, detta alcuni criteri in base ai quali un determinato vantaggio può considerarsi eccessivo, precisando che “si devono considerare, tra gli altri fattori, il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte,

contratti commerciali internazionali, afflitto da complessità normative e lentezze processuali alimentate dal carattere frammentario e settoriale delle convenzioni di diritto internazionale privato materiale, nonché di offrire una valida alternativa alle parti dei contratti transnazionali, ciascuna delle quali difficilmente accetta di sottoporsi ad un diritto del quale ha scarsa conoscenza o che comunque non reputa per sé vantaggioso: BONELLI, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, cit., 9 ss.. Gli obiettivi, del resto, sono chiaramente enunciati dagli stessi autori nel Preambolo: rendere più definito l'eventuale rinvio alla *lex mercatoria*, come legge regolatrice del contratto, ad opera delle parti (v. il lodo della Corte Arbitrale della Camera di Commercio Internazionale reso nel caso n. 10422 del 2001, in *Dir. comm. int.*, 2004, 2, 483 ss, con commento di PELEGGI); fornire soluzioni a questioni non risolvibili sulla base del diritto applicabile (si vedano due sentenze della Corte Arbitrale Internazionale della Camera Federale di Commercio di Vienna, che hanno attinto ai Principi per integrare una lacuna nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili: Sch 4318 e 4366 del 15 giugno 1994, in *Dir. comm. int.*, 1995, 590 ss. con nota di MARI, e in *Riv. arb.*, 1995, 537 con nota di VENEZIANO); essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme (sul rapporto biunivoco tra i Principi e il diritto internazionale materiale uniforme, v. CARBONE, *Principi dei contratti internazionali*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, cit., 28 ss.); servire come modello per i legislatori nazionali e internazionali (è quanto accaduto per il nuovo codice civile in Olanda e nel Québec, ma anche per le riforme del codice civile nella Federazione russa e del diritto delle obbligazioni in Estonia).

⁵²³ 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: ALPA, *La protezione della parte debole di origine internazionale*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, cit., 236.

⁵²⁴ Tra i numerosi commenti all'articolo si vedano VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 40 ss., e TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei principi UNIDROIT*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1997, 141 ss..

*oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e la natura e lo scopo del contratto*⁵²⁵. La fattispecie, dunque, consta di un elemento comportamentale (lo sfruttamento da parte di un contraente della condizione di minorità dell'altra)⁵²⁶ e di un fattore obiettivo inerente alla regola contrattuale che ne è scaturita (l'eccessivo squilibrio), strettamente collegati tra loro⁵²⁷, la cui sussistenza fa sorgere in capo al soggetto svantaggiato il diritto a chiedere l'annullamento del contratto e il riequilibrio del regolamento negoziale⁵²⁸.

Nella *soft law* è dato rinvenire anche l'art. 4:109 dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti⁵²⁹ in cui, nel regolare la situazione di “*excessive*

⁵²⁵ Dallo stesso tenore letterale emerge che si tratta di un'elencazione non tassativa, potendo il giudice considerare nella valutazione di eccessività del vantaggio qualsiasi elemento che faccia apparire non giustificato l'assetto squilibrato del regolamento contrattuale o di determinate clausole. I criteri enunciati, insomma, costituiscono una sorta di guida indicativa e non esaustiva per il giudice o arbitro che si trovi a dover applicare la disposizione: ALPA, *La protezione della parte debole di origine internazionale*, cit., 237. Ad ogni modo, come precisato nel commento ufficiale ai Principi, “*anche una considerevole disparità tra il valore ed il prezzo, o qualche altro elemento, che turbi l'equilibrio tra prestazione e controprestazione, non è sufficiente a permettere l'annullamento o l'adattamento del contratto in base al presente articolo. Quel che si richiede è che lo squilibrio, nelle singole circostanze, sia così grande da colpire la coscienza di una persona ragionevole*”.

⁵²⁶ Come si evince dal commento ufficiale all'art. 3.2.7., non è sufficiente ad integrare la condizione di minorità la mera inferiorità di potere contrattuale derivante da condizioni contingenti del mercato di riferimento. Vi è chi sottolinea che i Principi non fanno mai uso dell'espressione “*contraente debole*”, eppure accolgono implicitamente la corrispondente nozione in parecchie disposizioni, tra le quali vi è appunto l'art. 3.2.7.: ALPA, *La protezione della parte debole di origine internazionale*, cit., 227.

⁵²⁷ BONELL, *Un “Codice” Internazionale del diritto dei Contratti*, 1995, 126, ritiene che in certi casi lo squilibrio possa considerarsi eccessivo anche in assenza di un abuso di potere contrattuale. D'altra parte i redattori dell'articolo, nell'enunciare i criteri in base ai quali va valutata l'eccessività dello squilibrio, hanno tenuto distinto dall'elencazione delle varie tipologie di disparità contrattuale (stato di dipendenza, difficoltà economiche, necessità immediata, imperizia, ignoranza, inesperienza, mancanza di abilità a trattare) il fattore della natura o scopo del contratto. Lo stesso commento ufficiale afferma che “*vi sono situazioni in cui un eccessivo vantaggio è ingiustificabile anche se la parte che da esso trarrà beneficio non abbia abusato della posizione di debolezza nelle contrattazioni dell'altra parte*”. È di contrario avviso SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 264, il quale evidenzia come l'art. 3.2.7. richiami la nozione di *unfair* propria dei sistemi di *common law*, utilizzata proprio per indicare un comportamento scorretto. Anche secondo ALPA, *La protezione della parte debole di origine internazionale*, cit., 238, l'approffittamento (o almeno la conoscenza) dello stato in cui versa la controparte deve necessariamente sussistere, nonostante non sia esplicitato come presupposto, attesa la necessità di un'interpretazione restrittiva della disposizione.

⁵²⁸ Il giudice, peraltro, “*può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento*” (art. 3.2.7., par. 3).

⁵²⁹ 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

benefit or unfair advantage” (“ingiusto profitto o vantaggio iniquo”, nella traduzione italiana), si statuisce che “una parte può annullare⁵³⁰ 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”, e 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”.

Similmente a quanto accade nell’art. 3.2.7 dei Principi Unidroit, l’iniquità del vantaggio deriva dalla sussistenza in capo a una delle parti, nel momento genetico del contratto, di una condizione propria (bisogno economico, necessità urgenti, prodigalità, ignoranza, scarsa esperienza o accortezza nel contrattare) o relazionale (dipendenza o fiducia nei confronti dell’altro contraente) di debolezza dalla quale l’altra parte abbia tratto un ingiusto profitto. Anche in questa fattispecie si innesta, accanto al dato oggettivo dello squilibrio, l’elemento soggettivo e comportamentale del contraente che approfitta in mala fede delle difficoltà della controparte o ne ignora colposamente l’esistenza⁵³¹: è la combinazione dei due fattori che fa sorgere

negli anni successivi da una commissione di studiosi presieduta da Ole Lando, possono mutarsi le considerazioni svolte in nota 522 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.

⁵³⁰ Si veda *supra*, nota 523.

⁵³¹ Lo stato di ignoranza rispetto all’altrui debolezza, della quale il contraente forte “avrebbe dovuto essere a conoscenza”, sembrerebbe *prima facie* integrare più una condizione psichica che un fattore comportamentale. In realtà ciò che rileva per la norma non è l’ignoranza in sé ma la condotta negligente della parte che, non curandosi di constatare una situazione di asimmetria negoziale facilmente rilevabile, conclude il contratto sinallagmaticamente squilibrato.

in capo alla parte danneggiata⁵³² il diritto di chiedere l'annullamento oppure, in alternativa⁵³³, il riequilibrio giudiziale del contratto.

Ciò che accomuna le due disposizioni da ultimo analizzate è la finalità di reagire ad uno squilibrio eccessivo abusivamente conseguito dal contraente forte, predisponendo in alternativa all'invalidità il rimedio della riconduzione ad equità del contratto da parte del giudice. Si tratta delle stesse finalità e dello stesso rimedio nei quali, sia pure con fisionomie parzialmente diverse, ci si è imbattuti analizzando la legislazione codicistica e speciale del diritto privato italiano.

In definitiva, il meccanismo giudiziale di controllo e riequilibrio del contratto iniquo può dirsi ormai noto e circolante nel diritto positivo nazionale e comunitario, oltre che nelle codificazioni di *soft law* e nel pensiero di un'ampia dottrina non solo italiana⁵³⁴, al punto da non poter più essere considerato come un fenomeno episodico ed eccezionale⁵³⁵. Si riscontra, in particolare, il progressivo radicamento in capo al giudice del potere di riequilibrare il contratto quando esso sia in parte invalido, o comunque, disapprovato e inefficace, in ragione di un'iniquità non consentita.

In questo contesto l'intervento equitativo del giudice finisce per assumere una nuova dimensione, ponendosi, accanto alla buona fede, come strumento per il "governo giudiziale della discrezionalità contrattuale"⁵³⁶ e come

⁵³² Un eguale diritto spetta alla parte alla quale è stata inviata la comunicazione di annullamento: "il giudice può parimenti modificare il contratto su domanda della parte alla quale è stata inviata la comunicazione di annullamento per ingiusto profitto o vantaggio iniquo, purchè la parte che ha inviato la comunicazione ne sia informata prontamente da quella che l'ha ricevuta e prima che abbia potuto agire sulla fede nella comunicazione" (art. 4:109, par. 3).

⁵³³ La lettera della disposizione subordina l'alternativa del riequilibrio giudiziale ad una valutazione di adeguatezza del rimedio ("ove il rimedio sia adeguato") della quale, invero, non è agevole definire i parametri.

⁵³⁴ Il riferimento è ai numerosi autori tedeschi, francesi ed inglesi che si sono sforzati di trovare nei rispettivi ordinamenti, in presenza di determinate condizioni, il fondamento di una riconduzione ad equità del contratto parzialmente nullo. Sul punto, v. *infra*, nota 632.

⁵³⁵ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 89. Si veda anche D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 283: "Sempre più di frequente l'intervento giudiziale trova spazio per correggere un regolamento il cui equilibrio è ritenuto dall'ordinamento meritevole di disapprovazione".

⁵³⁶ La felice espressione è utilizzata da GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 176.

“criterio volto all’eliminazione dello squilibrio, attraverso un migliore contemperamento delle reciproche posizioni delle parti”⁵³⁷.

Le norme che prevedono implicitamente o esplicitamente la riconduzione ad equità del contratto parzialmente nullo attribuiscono all’equità un ruolo più penetrante di quello, tradizionalmente riconosciute, di completare la volontà delle parti⁵³⁸. Il giudice, in questi casi, non interviene a fronte di una volontà lacunosa dei contraenti nella costruzione del regolamento negoziale, bensì in una situazione nella quale le parti hanno compiutamente esercitato il proprio potere di autonomia ponendo in essere un contratto su cui si appunta la valutazione negativa dell’ordinamento. Lo scopo della determinazione giudiziale non è quello di completare il negozio per renderlo idoneo al dispiegamento dei propri effetti, ma di rimediare ad un’iniquità⁵³⁹. Se dunque, in via generale, rimane valido l’assunto secondo cui l’equità non costituisce di per sé (e nel significato di cui all’art. 1374 c.c.) fonte di integrazione cogente del contratto, e resta quindi da escludersi che il giudice possa intervenire secondo equità in via sostitutiva per il solo fatto che il regolamento stabilito dai contraenti gli appare iniquo, la prospettiva muta quando specifiche norme ricollegano espressamente all’iniquità del contratto o di alcune sue clausole una qualificazione negativa: in tal caso viene riconosciuto all’equità, sia pure in una rinnovata accezione, un ruolo essenziale nella comminazione dell’invalidità e, specularmente, nel suo trattamento giuridico.

⁵³⁷ Sono le parole di VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 142.

⁵³⁸ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 238,

⁵³⁹ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 176; nonché, con specifico riguardo all’art. 7 d.lgs. 231/02, VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 118 ss.

3. Nullità parziale e riequilibrio giudiziale del contratto: equivoci e distinzioni funzionali

Le interazioni tra nullità parziale del contratto e poteri sostitutivi del giudice non si esauriscono nelle fattispecie elencate e analizzate nelle pagine che precedono. Esiste, infatti, una rilevante casistica giurisprudenziale che racconta di ulteriori interventi giudiziali volti a “riempire” il contratto parzialmente nullo, pur in assenza di previsioni normative che li contemplino espressamente.

Tali interventi, tuttavia, fondano le proprie basi su presupposti differenti da quelli sinora esaminati e si collocano in una prospettiva funzionale radicalmente diversa.

Il riferimento è, in primo luogo, alla sorte riservata al contratto di vendita di immobili qualora esso non preveda il contestuale trasferimento della proprietà o almeno del diritto reale d’uso sulla relativa area di parcheggio.

In questa ipotesi, secondo un consolidato orientamento della Cassazione, viene in rilievo l’art. 41-*sexies* l. 1150/42 (“legge urbanistica”), come novellato dall’art. 18 l. 765/67 (c.d. “legge ponte”), secondo cui “*nelle nuove costruzioni ed anche nelle aree di pertinenza delle costruzioni stesse debbono essere riservati appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore ad un metro quadrato per ogni dieci⁵⁴⁰ metri cubi di costruzione*”.

⁵⁴⁰ Prima della modifica di cui all’art. 2 della l. 122/89 (c.d. “legge Tognoli”), la disposizione prevedeva la più ridotta proporzione di “*un metro quadrato ogni venti metri cubi di costruzione*”. La stessa l. 122/89 ha introdotto con l’art. 9 due particolari tipi di parcheggio, rispettivamente realizzabili “*nel sottosuolo degli immobili ovvero in locali siti al pian terreno dei fabbricati ... anche in deroga agli strumenti urbanistici e ai regolamenti edilizi vigenti*” (comma 1) e “*su aree comunali o nel sottosuolo delle stesse ... su richiesta dei privati interessati o di imprese di costruzione o di società anche cooperative*” ove previsto dal Comune nel proprio programma urbano dei parcheggi (comma 4). Per entrambi si disponeva la soggezione – anziché a concessione edilizia – ad una mera autorizzazione gratuita, 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). Tale disciplina è recentemente mutata per effetto dell’art. 10 d.l. 5/2012: è ora previsto che, ferme la disciplina dell’art. 41-*sexies* l. 1150/42 e l’immodificabilità dell’esclusiva destinazione a parcheggio, “*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*

Alla norma, ad onta del suo tenore strettamente letterale, che indurrebbe ad assegnarle un rilievo esclusivamente pubblicistico consistente nel fissare uno standard urbanistico, viene attribuita un'efficacia imperativa anche nei rapporti tra privati. Si ritiene, cioè, che essa dia origine ad un inscindibile legame di tipo soggettivo tra il godimento dell'immobile e l'utilizzazione *erga omnes* del corrispondente spazio per il parcheggio⁵⁴¹, ferma la possibilità di alienare la proprietà di tale spazio separatamente da quella dell'unità immobiliare.

L'orientamento è stato ribadito anche dopo che nell'art. 41-*sexies* l. 1150/42 è stato aggiunto, ad opera dell'art. 12, comma 9, l. 246/05, un secondo comma per il quale “*gli spazi per parcheggi realizzati in forza del primo comma non sono gravati da vincoli pertinenziali di sorta né da diritti d'uso a favore dei proprietari di altre unità immobiliari e sono trasferibili*

convenzione stipulata con il comune, ovvero quando quest'ultimo abbia autorizzato l'atto di cessione”.

⁵⁴¹ Cass., SS. UU., 17 dicembre 1984, n. 6600, in *Foro it.*, 1985, I, 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, 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, 729, e Cass. 21 luglio 2007, n. 16172, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 7 ss.. Essendo la *ratio* della norma quella di evitare la congestione delle strade derivante dal parcheggio degli autoveicoli, 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. La posizione della giurisprudenza sul punto è fortemente criticata in dottrina. Si obietta, al riguardo, l'inefficacia nei confronti dei terzi di norme (quelle urbanistiche ed edilizie) il cui destinatario unico è il costruttore degli edifici, atteso che esse mirano esclusivamente ad assicurare un rapporto di proporzionalità tra la superficie da destinare a parcheggio e il volume delle unità abitative. Si osserva poi come lo scopo della norma, che è quello di evitare l'eccessiva concentrazione di autoveicoli parcheggiati nelle strade, deve ritenersi comunque raggiunto con la realizzazione degli spazi per il parcheggio nelle aree di proprietà privata, a prescindere da chi utilizzi tale spazio. Si ritiene perciò che la norma, pur rivestendo carattere imperativo, non incida direttamente nei rapporti tra privati e non intenda disciplinare vicende di carattere negoziale: RESCIGNO, *La rilevanza privatistica della disciplina degli spazi a parcheggio*, in *La disciplina degli spazi per parcheggio* a cura di Ieva, 1992, 3 ss.; IRTI, *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..

*autonomamente da esse*⁵⁴². Stante la sua natura non interpretativa, che la rende priva di efficacia retroattiva, la norma si applica soltanto alle costruzioni non ancora realizzate o per le quali non siano iniziate le vendite delle singole unità immobiliari al 16 dicembre 2005, che è appunto la data di entrata in vigore della nuova legge⁵⁴³. Per tutte le altre costruzioni resta fermo l'assunto secondo cui il legislatore ha inteso creare un vincolo necessario tra l'utilizzazione dell'immobile e la titolarità quantomeno di un diritto d'uso sullo spazio per il parcheggio.

Da questo vincolo deriva, nell'impostazione giurisprudenziale, la nullità per contrarietà a norma imperativa del contratto di vendita dell'immobile, nella parte in cui non fa sorgere in capo all'acquirente un diritto reale che lo legittimi alla fruizione dell'area di parcheggio⁵⁴⁴; una nullità parziale alla quale conseguono il trasferimento *ex lege* del diritto d'uso sullo spazio

⁵⁴² Il carattere pertinenziale del vincolo che lega l'unità immobiliare all'area di parcheggio era stato invece espressamente affermato dall'art. 26 l. 47/85 secondo cui "gli spazi di cui all'art. 18 della legge 6 agosto 1967, n. 765 costituiscono pertinenze delle costruzioni, ai sensi e per gli effetti degli artt. 817, 818, 819 del Codice Civile".

⁵⁴³ Cass. 24 febbraio 2006, n. 4264, in *Riv. giur. edil.*, 2007, I, 92.

⁵⁴⁴ 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'affermazione, che era già stata avanzata da Cass. 25 gennaio 1982, n. 483, in *Foro it.*, 1982, I, 1409, è stata poi ribadita da moltissime pronunce: Cass., SS. UU., 18 luglio 1989, n. 3363, in *Foro it.*, 1989, I, 2729; Cass. 1 giugno 1993, n. 6104, in *Riv. giur. edil.*, 1994, I, 2739; Cass. 4 febbraio 1999, n. 973, in *Notariato*, 1999, 519; Cass. 3 ottobre 2005, n. 19308, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 10. Invero una nullità parziale sembra prospettabile soltanto qualora le parti escludano espressamente il trasferimento di un diritto reale sugli spazi di parcheggio. In tal senso è da condividere l'assunto di Cass., SS. UU., 18 luglio 1989, n. 3363, cit., secondo cui i contratti di autonoma disposizione di detti spazi di parcheggio, pur ammissibili, non possono intaccare il diritto reale d'uso a favore del titolare dell'unità abitativa, per cui è nulla e va sostituita *ope legis* la clausola contrattuale con cui il venditore dell'immobile abbia riservato a sé la piena proprietà dell'area di parcheggio. Laddove, invece, i contraenti non prendano in considerazione la sorte delle aree di parcheggio, parrebbe esservi un'inserzione automatica di clausola ex art. 1339 c.c., che per operare non abbisogna di alcuna nullità. La Cassazione non opera questa distinzione, ravvisando in entrambe le ipotesi una nullità parziale: v. Cass. 20 ottobre 1997, n. 10248, in *Giur. it.*, 1998, 1812, per cui "il contratto con il quale vengano alienati degli immobili ... senza le prescritte aree di parcheggio è, infatti, in quanto contrario a norme imperative, soggetto alla sanzione civilistica della nullità, ma limitatamente alla parte di esso concernente l'omissione o l'espressa esclusione della disposizione dell'area in favore dell'acquirente, con la conseguenziale inserzione o sostituzione del precetto normativo in luogo della clausola omessa od illegittima"; e, similmente, Cass. 30 ottobre 2007, n. 22889, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 10.

adibito al parcheggio e, correlativamente, l'integrazione giudiziale del prezzo in favore del venditore⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ 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”. La stima per l'integrazione del prezzo deve avere come criterio il valore di mercato: Cass. 10 marzo 2006, n. 5160, in *Giur. it.*, 2007, 852 ss.; Cass. 6 settembre 2007, n. 18691, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 400, con nota di MARTINI. La posizione della Cassazione è severamente censurata da D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 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 MARICONDA, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: la pretesa nullità relativa ai parcheggi*, in *Corr. giur.*, 1987, 858 ss; e ALBANESE, *Violazioni di norme imperative e nullità del contratto*, 2003, 100 ss.. In realtà, una volta riconosciuta all'art. 41-sexies l. 1150/42 (come novellato dall'art. 18 l. 765/67) un'efficacia “orizzontale”, la nullità della parte contrattuale con esso contrastante e la conseguente inserzione automatica di clausola avvengono sulla base del meccanismo di cui agli artt. 1419, co. 2 e 1339 c.c. e, dunque, non sembrano esserci fondate ragioni per interrogarsi circa l'estensione o meno della nullità all'intero contratto. Più legittime appaiono le perplessità sull'adeguamento giudiziale del prezzo convenuto per l'acquisto dell'immobile. A questo riguardo, la Suprema Corte sottolinea la necessità di evitare la realizzazione di un indebito arricchimento dell'acquirente: v. Cass. 16 aprile 1996, n. 3580, in *Foro it.*, 1996, I, 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 alcune pronunce viene addirittura richiamato il principio di equità: v. Cass. 20 ottobre 1997, n. 10248, in *Foro it.*, 1998, I, 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”). 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., ed anzi è proprio il versamento di un ulteriore corrispettivo a non trovare giustificazione causale. Sono condivisibili, sul punto, le osservazioni critiche di VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 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 SCODITTI, *Vendita di appartamento, area di parcheggio e problema del prezzo*, nota a Cass. 25 febbraio 1991, n.

Questa rideterminazione del prezzo pattuito per la compravendita immobiliare, in conseguenza dell'imposizione legale del diritto d'uso sull'area destinata al parcheggio, costituisce un'operazione di riequilibrio che ha ad oggetto un contratto parzialmente nullo. L'intervento del giudice, tuttavia, si innesta su un'integrazione legale⁵⁴⁶, ed è lo squilibrio derivante da tale integrazione che esso mira a neutralizzare. L'intromissione giudiziale non mira a sanzionare uno squilibrio originario disapprovato, ed anzi intende ripristinare pienamente l'equilibrio sinallagmatico validamente fissato dalle parti⁵⁴⁷. Si è in presenza, quindi, di uno squilibrio contrattuale che non è causa bensì conseguenza di una nullità parziale, la quale ha prodotto un'alterazione del sinallagma cui il giudice è chiamato a rimediare. Il meccanismo nel suo insieme realizza l'aggiunta di un nuovo scambio, avente ad oggetto il trasferimento del diritto reale d'uso sull'area di parcheggio verso il corrispettivo di un'ulteriore somma di denaro, integrativa rispetto al prezzo originariamente pattuito⁵⁴⁸.

2004, in *Quadrimestre*, 1992, 509 ss.: "Il trasferimento per legge dell'area asservita a parcheggio si rivela ... tecnicamente indifferente rispetto al problema del prezzo".

⁵⁴⁶ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 127: "Lo strumentario consiste dunque in una integrazione giudiziale dell'integrazione legislativa, secondo una sequenza che in reazione alla norma imperativa violata vede in primo luogo l'inserzione automatica di questa nel contratto con cui le parti hanno convenuto il trasferimento (soltanto) della proprietà sull'abitazione, realizzando il trasferimento ope legis del diritto reale d'uso sull'area destinata a parcheggio; in secondo luogo, il riconoscimento ope iudicis del diritto al corrispettivo a fronte dell'ulteriore scambio non previsto dai contraenti". Si veda anche SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 173: "Il giudice interviene riformulando il contratto e attribuendo al venditore il relativo compenso comprendente anche la stima dell'area di parcheggio, trasferita per legge insieme all'immobile". Il riferimento ad un riequilibrio ope iudicis che segue ad un'attribuzione ope legis è rinvenibile anche in Cass. 18 aprile 2000, n. 4977, in *Riv. not.*, 2000, 1173, con nota di CASU.

⁵⁴⁷ Cass. 9 settembre 2003, n. 13143, cit., il riequilibrio è necessario in quanto teso a "ripristinare l'equilibrio del sinallagma funzionale del contratto che, diversamente, ne rimarrebbe inficiato". L'intervento del giudice, dunque, mira a mantenere integro l'equilibrato contemperamento degli interessi predisposto con l'atto di autonomia e venuto meno per effetto 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 SCODITTI. È lucida l'analisi di D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 108: "Un tale riequilibrio non mette in discussione equilibri voluti dalle parti, ma al contrario mira a conservarli nonostante l'intervenuta caducazione parziale ... l'intervento del giudice non altera lo schema contrattuale, ma lo adatta perché le circostanze dello scambio sono state modificate dalla legge".

⁵⁴⁸ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 127: "Non si tratta di una correzione dello scambio convenuto, il quale non subisce alterazioni rispetto a quanto concordato dalle parti, ma dell'aggiunta di un nuovo scambio".

Nella medesima ottica possono essere inquadrati i pronunciamenti della Cassazione sulla clausola *part – time* non stipulata per iscritto nel contratto di lavoro subordinato.

L'art. 5, comma 2, d.l. 726/84 stabiliva che il contratto di lavoro a tempo parziale dovesse essere concluso in forma scritta, senza precisare se la forma fosse richiesta a pena di nullità o *ad probationem*⁵⁴⁹. Nel primo senso si era schierata la giurisprudenza di legittimità⁵⁵⁰, che dalla mancanza di forma scritta faceva discendere la nullità della clausola *part – time* per contrarietà a norma imperativa⁵⁵¹.

In linea di principio, secondo l'art. 1419, comma 1, c.c., il giudizio sull'essenzialità della clausola nella singola vicenda negoziale avrebbe dovuto decidere, caso per caso, dell'estensione del vizio all'intero contratto. Tuttavia, l'indirizzo prevalente reputava che la nullità parziale in questione, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, non dovesse mai “travolgere” il contratto di lavoro nella sua interezza⁵⁵².

⁵⁴⁹ 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*”.

⁵⁵⁰ Cass. 11 luglio 1989, n. 3266, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, 192; Cass. 4 marzo 1991, n. 2231, in *Giur. it.*, 1993, 694, con nota di FREDIANI; Cass. 14 febbraio 1996, n. 1121, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 357, con nota di MORGERA; Cass. 28 maggio 2003, n. 8492, in *Not. giur. lav.*, 2003, 718; Cass. 28 agosto 2004, n. 17271, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 384, con nota di CARO. L'opzione era condivisa dalla gran parte della dottrina: AMATO, *La disciplina legale del lavoro a tempo parziale: l'art. 5 della legge 19.12.1984 n. 863*, in *Lav. 80*, 1985, 719; FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, 572 ss.. *Contra* ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, V, 1, 1984, 341.

⁵⁵¹ Cass. 3 maggio 1991, n. 4811, in *Dir. prat. lav.*, 1991, 1694; Cass. 14 giugno 1995, n. 6713, in *Giust. civ.*, 1996, 803. Per la nullità del contratto nella sua interezza, ex artt. 1325 e 1418 c.c., si erano invero schierate alcune pronunce: Cass. 10 giugno 1993, n. 6487, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 475; Cass. 30 maggio 1994, n. 5265, in *Giur. it.*, 1995, 1728, con nota di CIRIELLI; Cass. 29 dicembre 1999, n. 14692, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 255, con nota di TATARELLI. In presenza di una nullità totale, il lavoratore che in precedenza avesse dato esecuzione al contratto avrebbe avuto diritto soltanto alle retribuzioni per le prestazioni effettivamente eseguite, in applicazione dell'art. 2126 c.c.: M. C. CATAUDELLA, *Contratti di lavoro e nullità parziale*, cit., 48, nota 25.

⁵⁵² L'assunto è stato più volte ribadito anche in tempi recenti, con riferimento 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, 697; Cass. 10 marzo 2006, n. 5330, in *Guida lav.*, 2006, 22, 31. Si veda, da ultimo, Cass. 21 novembre 2011, n. 24476, in *Guida lav.*, 2011, 23, 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, 3232; Corte Cost. 15 luglio 2005, n. 283, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2600, con nota di ALESSI. Sulla necessità di interpretare l'art. 1419 c.c.

Si riteneva in particolare che la nullità, limitandosi a colpire la clausola *part – time*, determinasse la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno, con il conseguente diritto del lavoratore ad un'integrazione retributiva corrispondente alla maggiorazione dell'orario di lavoro.

Si trattava, anche in questo caso, di un riequilibrio volto a rimediare al mutamento del contenuto di una delle prestazioni corrispettive verificatosi per effetto di una nullità parziale. Anche qui si mirava al ripristino dell'equilibrio sinallagmatico soggettivo, nel quadro di un meccanismo più ampio teso a realizzare l'aggiunta di uno scambio ulteriore tra le parti: la prestazione lavorativa per un certo numero di ore settimanali, in aggiunta a quelle previste nell'originaria pattuizione, verso una determinata maggiorazione della retribuzione.

L'approdo giurisprudenziale sopra illustrato concerne ormai esclusivamente i contratti di lavoro stipulati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 61/2000, il cui art. 8, comma 1, ha innovato la normativa in materia prevedendo che “*nel contratto di lavoro a tempo parziale la forma scritta è richiesta a 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*”⁵⁵³.

Ad ogni modo, oltre alla modifica legislativa che ne erode progressivamente gli spazi di rilevanza fino alla prossima estinzione, l'orientamento pretorio che prima della riforma si è sviluppato sulla clausola *part – time* non stipulata per iscritto ha in comune con la vicenda delle aree destinate a parcheggio almeno due aspetti.

Si tratta, in primo luogo, di discipline delineate per questioni di settore, insuscettibili di essere estese a tutte le ipotesi in cui la nullità colpisca una parte del contratto che individui *pro quota* la prestazione a carico di uno dei

valorizzando il *favor laboratoris* sotteso alla complessiva disciplina del contratto a tempo parziale, v. BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, 1991, 142.

⁵⁵³ La mancanza della forma scritta, non determinando la nullità della clausola, non pone più alcun problema in relazione all'applicazione dell'art. 1419 c.c.: in assenza della prova sull'esistenza della clausola *part – time* deve dichiararsi l'esistenza di un contratto di lavoro a tempo pieno. Il legislatore, in considerazione dell'eventuale interesse del lavoratore a mantenere un rapporto a tempo parziale, ha preferito condizionare la qualificazione del contratto come *full – time* ad una pronuncia di tipo costitutivo, priva di efficacia retroattiva e possibile esclusivamente se vi è l'iniziativa del lavoratore interessato.

contraenti⁵⁵⁴. Non sembra cioè enucleabile, per i contratti in generale, una regola per cui all'invalidità di una clausola che contribuisce a determinare la prestazione di una parte debba seguire, in caso di sopravvivenza del contratto, il riequilibrio giudiziale del corrispettivo⁵⁵⁵.

Non può ignorarsi, a questo riguardo, che all'enunciazione di una siffatta regola una certa dottrina ha cercato di pervenire. Si è affermata, segnatamente, l'applicabilità in via analogica alla nullità parziale di quelle norme del codice civile che prevedono, su iniziativa della parte svantaggiata (art. 1464 c.c.)⁵⁵⁶ o di quella avvantaggiata (artt. 1432, 1450 e 1467, co. 3, c.c.)⁵⁵⁷, la possibilità di salvare il contratto rimediando allo squilibrio prodotto dalle sopravvenienze.

⁵⁵⁴ Con specifico riguardo alla giurisprudenza sulle aree di parcheggio, v. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. 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".

⁵⁵⁵ Soltanto un'isolata pronuncia di merito ha applicato questa regola. Si tratta di App. Milano, 5 giugno 1998, in *Giur. dir. ind.*, 1999, 470, che ha fatto salvo un contratto di cessione d'azienda facendo seguire alla nullità della clausola di trasferimento del marchio aziendale la riduzione giudiziale del corrispettivo complessivamente stabilito (per la cessione dell'azienda e del marchio). La decisione è fortemente criticata da D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. 112, il quale ritiene che la Corte di merito nel caso di specie abbia stravolto il senso del contratto contravvenendo all'art. 1419, co. 1, c.c..

⁵⁵⁶ BIANCA, *Diritto Civile*, 3, cit., 640, secondo cui "quando la nullità parziale colpisce parte di una delle prestazioni, nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, la controparte ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione a suo carico. Trova applicazione al riguardo un principio generale, espressamente richiamato in tema di impossibilità sopravvenuta". Anche altri autori ritengono applicabile alla nullità parziale la regola di cui all'art. 1464 c.c.: SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, 1961, 102 ss.; CARRESI, *Il contenuto del contratto*, cit., 413; GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 163 ss.. Stando a questa prospettiva, il giudizio di nullità parziale si articolerebbe in due fasi: una prima, disciplinata dall'art. 1419, comma 1, c.c., sarebbe rivolta a verificare la conservazione della funzionalità del contratto per entrambe le parti; una seconda, altrove regolata, sarebbe invece tesa ad accertare se le parti avrebbero (sì) concluso il contratto anche senza la parte colpita dalla nullità (ma) a condizioni diverse, soprattutto nel caso in cui il negozio conservi la propria funzionalità a discapito dell'originario equilibrio dei reciproci sacrifici. Nella seconda fase del giudizio sarebbero analogicamente applicabili tutte quelle norme che si preoccupano del venir meno, nei contratti a prestazioni corrispettive, dell'equilibrio originariamente impresso dalle parti al negozio (*in primis* l'art. 1464 c.c. che, per l'ipotesi dell'impossibilità parziale di una prestazione, prevede la riduzione della controprestazione dovuta dal contraente che subisce l'impossibilità dell'adempimento).

⁵⁵⁷ ROPPO, *Il contratto*, cit., 868, il quale ha apertamente ipotizzato l'applicabilità alla nullità parziale dell'offerta di equa riduzione, espressamente contemplata dalla disciplina sulla rescissione (art. 1450 c.c.) e sulla risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467, co. 3, c.c.). Secondo l'A. il soggetto avvantaggiato dal nuovo equilibrio potrebbe evitare la nullità totale offrendo una riduzione del proprio diritto di credito, consentendo così alla controparte di riguadagnare quell'assetto di interessi per cui si era inizialmente vincolata. Non è detto, tuttavia, che una modificazione quantitativa della controprestazione sia idonea

Tuttavia questa tesi, pur mossa dal nobile scopo di preservare congiuntamente il contratto parzialmente nullo e il suo equilibrio originario, non appare condivisibile: da un lato, la lettera dell'art. 1419 c.c. costituisce un ostacolo insormontabile alla prospettazione in via generale di soluzioni "terze" rispetto alla rigida alternativa tra conservazione della porzione residua ed estensione della nullità all'intero contratto; dall'altro, le disposizioni di cui si asserisce l'applicabilità analogica disciplinano fenomeni (l'impossibilità sopravvenuta, l'annullabilità o rescindibilità del contratto, la rescindibilità per eccessiva onerosità) molto diversi dalla nullità parziale, presupponendo evenienze che attengono al comportamento precontrattuale⁵⁵⁸ (artt. 1432 e 1450 c.c.) o comunque alla sfera giuridica (artt. 1464 e 1467, co. 3, c.c.) di una delle parti⁵⁵⁹.

In secondo luogo, sia l'integrazione del prezzo di compravendita conseguente al trasferimento *ex lege* del diritto reale d'uso sull'area di parcheggio, sia la rideterminazione della retribuzione spettante al lavoratore in virtù dell'inoperatività della clausola *part – time* non hanno nulla a che vedere con il riequilibrio giudiziale talora contemplato, con riferimento a contratti parzialmente nulli per iniquità, dalla recente legislazione speciale illustrata nel paragrafo precedente.

Se nelle due ipotesi da ultimo esaminate si mira alla ricomposizione dell'equilibrio originariamente voluto dalle parti, nelle nullità di protezione innanzi analizzate un tale esito non avrebbe senso, atteso che la ragione

a salvare la logica originaria sottesa al contratto parzialmente nullo. Sono condivisibili, a questo riguardo, le considerazioni di D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 103 – 104: "Se viene concluso un contratto di locazione di un appartamento solo per via della contestuale stipula di un patto di opzione per l'acquisto dell'immobile, la nullità di quest'ultimo può compromettere ogni interesse alla conduzione dell'appartamento a prescindere da una anche consistente riduzione del canone dovuto ... il nuovo equilibrio può certo modellarsi secondo le proporzioni originarie, ma può non attingere la sostanza dell'affare ... la scelta del legislatore, per il caso di nullità di una parte del contratto, di limitarsi a prospettare l'alternativa tra caducazione del tutto o salvezza del resto non sembra allora casuale".

⁵⁵⁸ L'espressione è utilizzata in senso lato, intendendosi con essa richiamare, tra l'altro, anche la riconoscibilità dell'errore di controparte o la conoscenza del suo stato di pericolo.

⁵⁵⁹ Ad essere viziato, cioè, è il presupposto della teoria, il quale risiede nell'assimilazione della nullità parziale ad una qualsiasi sopravvenienza squilibrante (e addirittura ai fenomeni, evidentemente differenti, dell'annullabilità e della rescindibilità del contratto). Con particolare riferimento all'art. 1464 c.c., v. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 99 ss.: "L'art. 1464 c.c. non sembra neutro quanto alla causa del perturbamento. L'attribuzione al creditore compromesso dall'impossibilità di un potere unilaterale di modificazione del contratto a proprio vantaggio sembra spiegarsi proprio come reazione all'inesecuzione parziale, per quanto giustificata, del debitore".

dell'invalidità risiede proprio nella proporzione tra le prestazioni stabilite dai contraenti. Certo, anche la *reductio ad aequitatem* della clausola nulla per iniquità, se (impropriamente) considerata isolatamente, va nella direzione di un riavvicinamento alle proporzioni originariamente volute dalle parti. Tuttavia tale riavvicinamento non può tradursi in una piena riproposizione dell'equilibrio sinallagmatico fissato dai contraenti, perché in tal modo si ripristinerebbe quella stessa situazione che è stata disapprovata mediante la comminazione della nullità.

4. Perché il giudice? Il ruolo delle clausole generali e dei concetti elastici nella disciplina della nullità parziale.

Detto del crescente legame tra nullità parziale e poteri sostitutivi del giudice, inquadrata la natura giuridica di tali poteri e sgombrato il campo da possibili confusioni con ipotesi di riequilibrio differenti sotto il profilo funzionale, resta da chiedersi perché in determinati casi e non in altri viene riservato al giudice un ruolo tanto cruciale nel trattamento del contratto parzialmente nullo.

Si è evidenziato, in precedenza, che la necessità di discipline derogatorie dell'art. 1419 c.c. risiede anche e soprattutto nelle caratteristiche strutturali che, insieme alla particolare *ratio*, accomunano molte tra le nullità parziali di più recente emersione. Si è altresì sottolineato che, nei casi in cui la nullità attiene a profili di carattere quantitativo, la c.d. "parziarietà necessaria per mera sottrazione" si rivela inadeguata⁵⁶⁰. È necessaria, tuttavia, un'ulteriore riflessione volta a porre in luce quali siano gli elementi, comuni alle fattispecie sinora menzionate, in presenza dei quali il legislatore, a fronte di una nullità per iniquità o squilibrio, opta per l'intervento del giudice in luogo di una diretta sostituzione legale.

Giova anzitutto ribadire, a questo riguardo, che le nullità in questione sono poste a presidio della libera formazione sul piano sostanziale della volontà dei contraenti e in specie del contraente debole, nel quadro di una finalità ultima che consiste nella salvaguardia della concorrenza all'interno del mercato. L'ordinamento non interviene in maniera cogente sull'autonomia privata, stante lo scopo di consentire un pieno e "sano" dispiegamento della stessa; di qui la mancata predisposizione legislativa di contenuti negoziali inderogabili, atti ad essere eventualmente utilizzati in sostituzione di quelli disapprovati⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Sul punto v. *supra*, cap. I, par. 6.

⁵⁶¹ Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.: "*Vi sono casi in cui la correzione della volontà delle parti avviene automaticamente, per effetto di una disposizione di legge che ne limita l'autonomia e che sostituisce alla volontà delle parti quella della legge (in tali casi l'accordo delle parti, che non rispecchia il contenuto tipico previsto dalla legge, ... viene modificato mediante la sostituzione della parte non conforme); ve ne sono altri, in cui una inserzione automatica della disciplina legislativa, in sostituzione di quella pattizia, non è possibile perché non può essere determinata in anticipo la prestazione dovuta da una*

Ciò non preclude, in astratto, la possibilità di prevedere una disciplina legale di natura dispositiva, stabilendone il subentro alla regola convenzionale ogni qual volta si accerti la nullità di quest'ultima. Si tratta, anzi, di una soluzione diffusamente contemplata non soltanto nel diverso ambito delle c.d. "nullità di trasparenza" (v. ad es. l'art. 117, co. 6 e 7, d.lgs. 385/93), ma anche in relazione a nullità per iniquità che hanno causa nel superamento di una soglia quantitativa o temporale (v. l'art. 1815, comma 2, c.c., nel testo previgente alla riforma del 1996; e lo stesso art. 7 del d.lgs. 231/02, come novellato dal d.lgs. 192/2012, secondo cui "*si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile*"⁵⁶²).

Il fatto è che le nullità per iniquità non sono tutte uguali.

delle parti, che quindi non può essere automaticamente inserita nel contratto". In realtà, più che non potere, sempre più spesso il legislatore non vuole determinare in anticipo il contenuto del contratto in via imperativa. Si veda SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 74 ss.: "*In base alle regole del mercato comune, il legislatore nazionale non può applicare calmieri o prezzi politici, così per assicurare una maggiore concorrenza tra gli operatori economici non può intervenire direttamente, ma deve perseguire tale obiettivo limitandosi a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo del mercato, favorendo la competizione tra le imprese*". Per questo si assiste ad un massiccio affievolimento della legislazione cogente con riferimento ai contenuti contrattuali, rispetto ai quali il legislatore nazionale non interviene più con vincoli e controlli invasivi perché sarebbero in contrasto con la politica comunitaria e con il modello del libero mercato europeo, nel quale la limitazione delle scelte dei privati è strettamente legata alla necessità di reprimere gli abusi della libertà contrattuale. Di qui il sempre più frequente ricorso a discipline derogabili, sia pure entro certi limiti: la libera contrattazione, fondata sul principio di eguaglianza sostanziale tra i soggetti del rapporto, viene salvaguardata dall'ordinamento fintanto che non venga introdotta una posizione di supremazia, ossia uno snaturamento in cui si manifesti l'ingiustificata prevalenza dell'interesse della parte più forte. Con specifico riguardo alla normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, v. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 49 ss. e 71 ss.: "*L'approccio del d.lgs. 231/02 si discosta dalla sequenza regola imperativa/violazione/invalidità generalmente prescelta per perseguire interessi generali, in cui i singoli non possono discostarsi dalle previsioni imperative pena la nullità dell'atto o della singola clausola ... Il d.lgs. 231/02 ammette un potere dispositivo ... graduato, basato su una disponibilità limitata ex post dalla grave iniquità in danno del creditore. Non si predeterminano limiti all'autonomia privata e/o parametri legali deputati ex ante alla verifica di conformità del contenuto alla clausola generale ... Manca dunque una regolamentazione puntuale con i caratteri dell'inderogabilità*". L'A. sottolinea come la stessa Raccomandazione 95/198/CE, nel precedere il varo della direttiva 2000/35/CE, invitasse espressamente ad astenersi dal "*rimettere in causa la libertà contrattuale in materia di determinazione dei termini di pagamento*" (Considerando n. 8) e ad incidere sull' "*abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*" (Considerando n. 19) più che sul regolamento negoziale in quanto tale.

⁵⁶² VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 70: "*Un tratto peculiare della disciplina del d.lgs. 231/02 è l'innovativo combinarsi di norme dispositive e intervento dell'ordinamento sulle scelte pattizie*". Il legislatore, pur lasciando ampio spazio all'autonomia contrattuale, fissa un modello ottimale con riferimento ai termini di adempimento e agli interessi di mora; modello che si riserva di "riutilizzare" nel caso in cui le parti pattuiscono accordi gravemente iniqui.

Talora, infatti, la norma fissa in via predeterminata un limite preciso oltre il quale un certo contenuto negoziale viene disapprovato e qualificato come nullo: è il caso, ad esempio, degli interessi usurari, la cui misura viene dettagliatamente stabilita dall'art. 2, comma 4, della l. 109/96⁵⁶³; o del patto di non concorrenza tra imprenditore e prestatore di lavoro, la cui validità è riconosciuta nel limite dei tre anni – cinque, se si tratta di dirigenti – dall'art. 2125 c.c.. In queste ipotesi, in cui l'iniquità è data puramente e semplicemente dal superamento di un certo limite massimo o minimo nel riempimento di una clausola, ed eventualmente dalla qualità dei contraenti, il giudice non deve far altro che prendere atto di tale superamento e, se del caso, delle suddette qualità. Il rimedio di una sostituzione con valori prestabiliti da norme dispositive può allora rivelarsi coerente, oltre che efficace.

Più spesso, però, la tecnica di disapprovazione opera non già per il tramite di un'analitica definizione dei contenuti riprovati, bensì mediante clausole generali, come l'iniquità, lo squilibrio, o la ragionevolezza, che spetta al giudice "calare" nel caso concreto⁵⁶⁴.

Ciò accade per una serie di complessi e concorrenti motivi⁵⁶⁵.

Bisogna anzitutto considerare, su un piano puramente tecnico, che l'utilizzo di clausole generali e di concetti elastici costituisce un fondamentale strumento per il legislatore comunitario in un'ottica tesa a favorire un'armonizzazione "morbida" dei diritti nazionali⁵⁶⁶, lasciando sufficienti

⁵⁶³ Sia pure *per relationem* ad un valore trimestralmente rilevato dal Ministro dell'Economia (secondo i criteri dettati dal comma 2 del medesimo articolo), aumentato della metà.

⁵⁶⁴ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 283. Va sottolineato che, rispetto alla normativa del codice civile, il ricorso alle clausole generali e ai concetti elastici è notevolmente aumentato con la legislazione speciale di derivazione comunitaria. Tuttavia, come si è accennato nei paragrafi precedenti, non mancano nella normativa interna "tradizionale" e finanche nella Costituzione rimandi a clausole generali o a concetti elastici per la valida determinazione di contenuti contrattuali: si pensi alla retribuzione del lavoratore che, in base all'art. 36 Cost., deve essere "*proporzionata ... e in ogni caso sufficiente ...*".

⁵⁶⁵ Non è sufficiente, ed è anzi fuorviante, discorrere al riguardo di una "*crisi del potere legislativo*" o di una "*delegittimazione della funzione legislativa*", che avrebbe permesso al giudice di "*elevarsi a paladino della congruità dei rapporti di scambio*": in questi termini SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 43 ss., il quale tuttavia non sembra cogliere che l'utilizzo di clausole generali, sia per la comminazione dell'invalidità che per la "ricostruzione" del regolamento contrattuale, non toglie affatto il carattere legislativo della fonte che di volta in volta le prevede e disciplina.

⁵⁶⁶ SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 4.

marginari per un'attuazione mirata della normativa sovranazionale da parte di ciascuno Stato membro all'interno del proprio ordinamento.

Le ragioni prevalenti, tuttavia, attengono ad un ordine sostanziale e funzionale.

In primo luogo, non tutti gli abusi dell'autonomia contrattuale sono suscettibili di tipizzazione. Il legislatore non intende contrastare lo squilibrio contrattuale in sé, ma le sproporzioni derivanti dall'approfittamento da parte di uno dei contraenti della propria condizione di supremazia.

L'impiego di clausole generali, in tal senso, ha la funzione di colmare le inevitabili lacune delle previsioni normative puntuali rispetto a tutti i possibili abusi che una parte può perpetrare in danno dell'altra, nella varietà e molteplicità delle situazioni che si presentano nella vita economica e sociale.

Spesso, poi, l'iniquità o squilibrio che dà luogo alla nullità va riferita non già alla clausola isolatamente considerata bensì ad essa riguardata nel quadro della complessiva e concreta operazione economica⁵⁶⁷, eventualmente intesa anche come collegamento di più contratti⁵⁶⁸: si pensi alle clausole dei contratti tra professionista e consumatore, la cui vessatorietà e conseguente nullità è valutata “*tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende*” (art. 34, comma 1, d.lgs. 206/05); o all'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento nelle transazioni commerciali, la cui

⁵⁶⁷ Questo aspetto vale anche per il giudizio sulla manifesta eccessività della clausola penale, incentrato su una valutazione che attiene specificamente all'interesse del creditore e che è quindi necessariamente successiva alla stipulazione del singolo e concreto contratto. Sul punto, v. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 145: “*L'indagine sull'art. 1384 c.c. evidenzia un approccio che sollecita attenzione alla specificità dell'operazione economica e delle condizioni delle parti ed elasticità nella valutazione*”. In tal senso, la disciplina della clausola penale rientra nell'ambito di quei casi in cui, secondo la menzionata Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., “*non può essere determinata in anticipo la prestazione dovuta da una delle parti*”, e per questo il limite all'autonomia negoziale è “*non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità*”. V. *supra*, 146 ss.

⁵⁶⁸ Il sindacato del giudice ha ad oggetto l'intero assetto negoziale. L'apprezzamento non è limitato alla clausola in sé considerata, ma è rivolto a verificare la congruità di essa rispetto all'interesse oggettivo del creditore all'adempimento delle prestazioni contrattualmente pattuite anche in eventuali contratti collegati.

iniquità, va stabilita “avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero” (art. 7, comma 1, d.lgs. 231/02, come novellato dal d.lgs. 192/2012)⁵⁶⁹.

Inoltre, dal punto di vista funzionale, spesso la disapprovazione intende investire il risultato perseguito dalle parti mediante il patto piuttosto che, in sé, la modalità in cui i privati atteggiavano il proprio regolamento di interessi: si pensi ancora una volta all'art. 7 d.lgs. 231/02, in cui l'iniquità è data dal risultato di autofinanziamento indiretto che il debitore consegue in danno del creditore⁵⁷⁰; o all'art. 33 d.lgs. 206/05, che definisce vessatorie quelle

⁵⁶⁹ Con riguardo alla formulazione previgente v. CONTI, *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1, 99 ss.: “Gli elementi indicati nel primo comma dell'art. 7 d.lgs. 231/02 valgono a mettere in luce la specificità dei rapporti commerciali intercorsi fra creditore e debitore, la cui rilevanza può consentire, nel caso concreto, di escludere una grave iniquità ipotizzabile prima facie”. D'altronde il riferimento ad “ogni altra circostanza” (ed oggi “a tutte le circostanze del caso”) consente al giudice una valutazione ad ampio raggio, che si spinge oltre il singolo segmento regolamentare riguardando l'intero scambio sotto il profilo della congruità e ragionevolezza: PERRONE, *L'accordo “gravemente iniquo” nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 64 ss.. La scelta del legislatore risponde alla consapevolezza che l'equità del termine di pagamento o del patto sulle conseguenze del ritardato pagamento, nell'ambito di una transazione commerciale, deve necessariamente ricavarsi in relazione allo specifico rapporto esistente e, in particolare, alle circostanze soggettive e oggettive dell'intera relazione economica tra le parti. Singolare l'opinione di GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 793 – 794, secondo cui di iniquità in senso proprio potrebbe parlarsi solo in questi casi, in cui la valutazione attiene a come il regolamento contrattuale nel suo complesso opera in concreto; diversamente, secondo l'A., la violazione di regole predeterminate e astratte condurrebbe al diverso fenomeno dell'illiceità, atteso che l'iniquità “opera non a priori ... ma a posteriori, solo quando il giudice ... ravvisasse in concreto un grave squilibrio regolamentare a danno della parte. Dunque mentre l'illiceità consegue a violazioni di regole predeterminate ed opera in astratto, l'iniquità dipende da come il regolamento contrattuale, di per sé lecito, è costruito, ed opera quindi in concreto” (l'utilizzo di questa “tecnica sanzionatoria individualizzante” sarebbe appunto ravvisabile nel codice del consumo, in cui alla valutazione di nullità si procede “caso per caso, avuto riguardo all'interesse, oggettivamente considerato, del consumatore”, oltre che nella disciplina del d.lgs. 231/02).

⁵⁷⁰ In questo senso deponavano, prima dell'avvento del d.lgs. 192/2012, le ipotesi elencate dal comma 2 dell'art. 7, che recitava: “Si considera, in particolare, 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”. Tali ipotesi erano infatti accomunate dalla volontà del debitore di realizzare surrettiziamente un finanziamento indiretto in danno della

clausole che “*determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*” e stabilisce una presunzione relativa di vessatorietà quando la clausola abbia “*per oggetto o per effetto*” una delle situazioni elencate nel secondo comma. Si discorre, a tal proposito, di “nullità per l’effetto”⁵⁷¹, comminate all’esito di un controllo *a posteriori* di tipo finalistico le cui risultanze sono legate alle conseguenze che l’accordo determina sui diritti e gli obblighi dei contraenti.

In questi casi l’iniquità del patto non si ricava semplicemente dal suo contenuto, unitamente alla sussistenza di determinati presupposti, ma anche e soprattutto dall’effetto che viene a determinarsi sul rapporto economico complessivo tra le parti. Ciò vale anche quando la legge detta una regolamentazione dispositiva del segmento contrattuale, poiché quest’ultima funge unicamente da “modello”: la divergenza delle clausole convenzionali dal modello non determina *ex se* una valutazione di iniquità, dovendosi in ciascun caso saggiare l’intensità, le modalità e la ragionevolezza di tale divergenza⁵⁷².

controparte, mediante una divaricazione temporale tra l’adempimento della prestazione del creditore (di dare, consegnare o *facere*) e l’adempimento della controprestazione del debitore (di pagamento del corrispettivo), ovvero con l’imposizione da parte del fornitore al subfornitore di termini ingiustificatamente più lunghi rispetto a quelli a lui concessi: v. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 80. Stante il carattere meramente esemplificativo dell’elencazione, il suo venir meno per effetto della riforma non muta la dimensione funzionale della nullità: la grave iniquità continua a risiedere nell’effetto di autofinanziamento che il debitore consegue in pregiudizio del creditore.

⁵⁷¹ Possono richiamarsi, come esempi: l’art. 2698 c.c., che stabilisce la nullità dei patti relativi all’onere della prova quando abbiano “*per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l’esercizio del diritto*”; l’art. 2965 che, in materia di decadenza, sancisce la nullità del patto con cui si stabiliscono termini “*che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l’esercizio del diritto*”. Nella legislazione speciale viene in rilievo l’art. 2, comma 2, l. 287/90, che dispone la nullità delle intese tra imprese “*che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*”.

⁵⁷² Ancora con riferimento all’art. 7 d.lgs. 231/02, v. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 57 ss. e 154: “*La valutazione prende le mosse dal modo in cui in concreto le parti hanno configurato l’assetto dei reciproci diritti e obblighi ... per poi metterlo a confronto con il modello astratto di bilanciamento prefigurato dal legislatore. Essa non conduce necessariamente alla nullità per grave iniquità della clausola, ben potendo configurarsi un esito diverso ove emergano fondate ragioni oggettive per una deroga alle previsioni di legge*”. L’A. aggiunge che, in concreto, “*la fissazione di un termine decisamente più lungo di quello previsto in via dispositiva dal legislatore può non risultare gravemente iniqua laddove trovi un adeguato correttivo, ad esempio, in vantaggiose condizioni di bonifico a favore del creditore. Allo stesso modo il saggio degli interessi moratori determinato in misura molto ridotta rispetto a quella legale può risultare non irragionevole (e dunque non attivare la sanzione della nullità) a fronte di clausole che addossino all’altro contraente eventuali rischi di cambio. Per converso una clausola che*

Di qui la necessità di assegnare al giudice il delicato compito di constatare l'iniquità della clausola nel caso concreto⁵⁷³, all'esito di un'attività interpretativa volta a mettere in luce tutte le specificità della singola relazione contrattuale e ad individuare, sulla base di un puntuale rapporto di causalità, le conseguenze che la clausola stessa produce nel rapporto tra le parti.

Le particolari connotazioni che l'iniquità assume nelle ipotesi evidenziate, oltre a condizionare le modalità del suo accertamento, si ripercuotono anche sul rimedio all'uopo predisposto dall'ordinamento, rivelandosi tutt'altro che neutre rispetto alla scelta dello strumento idoneo a realizzare la finalità di riconduzione ad equità della clausola disapprovata⁵⁷⁴.

Le difficoltà di tipizzazione della clausola equa, l'eventualità di dover considerare anche gli elementi comportamentali, l'esigenza di inquadrare il singolo contenuto negoziale nel contesto del complessivo rapporto giuridico ed economico tra le parti, la necessità di valutare l'effetto che la clausola produce sull'equilibrato temperamento degli interessi dei contraenti: sono queste le ragioni che spingono il legislatore ad affidare al giudice la "riscrittura" della clausola iniqua (*rectius*: l'individuazione quantitativa della sua iniquità), non solo quando manchi del tutto una disciplina dispositiva, ma anche quando questa si appalesi inadeguata ad assicurare l'equità della pattuizione nel caso concreto.

In altri termini, è ben possibile e anche logicamente accettabile che il patto iniquo sia sostituito da una disciplina dispositiva qualora questa esista e

non si discosti in maniera sensibile dai termini legali e non appaia dunque prima facie iniqua potrebbe trovarsi inserita nel contesto di uno scambio fortemente squilibrato sotto altri profili e in particolare sotto quello economico". Un approccio simile caratterizza la direttiva 93/13/CE in materia di clausole abusive nei contratti tra professionista e consumatore, il cui art. 3, § 3 (secondo uno schema ripreso dal legislatore interno, nell'art. 33, comma 2, d.lgs. 206/05) rinvia ad un allegato che elenca determinate clausole, stavolta assunte a modello negativo: viene stabilito, infatti, che la corrispondenza della pattuizione a tali clausole determini una (mera) presunzione relativa di vessatorietà, suscettibile di essere vinta dalla complessiva valutazione del singolo e concreto negozio.

⁵⁷³ Sempre sull'art. 7 d.lgs. 231/02, v. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 92 ss.: "Solo il giudice può constatare che non vi siano giustificate ragioni oggettive per derogare al modello preconfezionato della legge di fissazione dei termini di pagamento".

⁵⁷⁴ Vi è, in questo senso, una continuità di approccio nell'individuazione dell'iniquità e nella messa a punto del rimedio, il quale non può prescindere dai criteri orientati nella prima fase dell'indagine sulla clausola: i parametri adottati per ravvisare l'iniquità dell'accordo non possono divenire irrilevanti nella riconduzione ad equità della clausola nulla.

possa ritenersi equa a prescindere dalle specifiche connotazioni del singolo patto. Viceversa, nel caso in cui la regola dispositiva di legge si riveli inadatta a fungere da disciplina equa del caso concreto, secondo i parametri di volta in volta dettati dal legislatore (si pensi ai criteri che l'art. 7, comma 3, d.lgs. 231/02 dettava prima della sua recente riforma⁵⁷⁵; agli indici "ragionevolezza commerciale" di cui all'art. 8 d.lgs. 170/04; o ancora ai "fattori" di cui all'art. 3.2.7 dei Principi Unidroit, riguardati *a contrario*), si schiudono le porte all'intervento giudiziale anche nella fase rimediabile⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 101: "Considerati l'interesse del creditore, la corretta prassi commerciale e le altre circostanze indicate nel comma 1 dell'art. 7, si opterà per una delle due alternative previste e cioè l'applicazione dei termini legali ovvero la riconduzione ad equità dell'accordo. Il giudice dovrà valutare se nella situazione concreta sia adeguato agli obiettivi perseguiti riformulare la clausola ovvero applicare le previsioni legali di natura dispositiva".

⁵⁷⁶ In questo senso va letta la scelta del legislatore di eliminare dall'art. 7 d.lgs. 231/02, con la riforma di cui al d.lgs. 192/2012, il rimedio della riconduzione ad equità della clausola nulla ad opera del giudice. A guidare il legislatore della riforma, evidentemente, è stata l'idea secondo cui la disciplina dispositiva di legge sui termini di pagamento, sul tasso degli interessi moratori e sul risarcimento dei costi di recupero è idonea in ogni caso a fungere da regola equa nel caso concreto, a prescindere dalle particolarità della singola operazione negoziale. Una conferma di ciò può ravvisarsi nel fatto che, a differenza del testo previgente, la nuova formulazione della disposizione (in specie, al comma 2) lascia chiaramente intendere che non può mai considerarsi gravemente iniqua la clausola convenzionale che riproduca fedelmente i termini e i valori stabiliti dalla legge.

CAPITOLO III

LA RICONDUZIONE AD EQUITÀ DEL CONTRATTO PARZIALMENTE NULLO: CONTENUTI E AMBITI APPLICATIVI

Sommario: 1. La riconduzione ad equità. Pluralità di significati e rischi di arbitrarietà. – 2. Il riequilibrio del contratto (parzialmente nullo perché) iniquo: quali spazi per un'applicazione analogica?

1. La riconduzione ad equità. Pluralità di significati e rischi di arbitrarietà.

Un aspetto fortemente controverso è quello inerente ai contenuti e limiti che devono caratterizzare l'intervento sostitutivo (*rectius*: riequilibratore) del giudice sul contratto parzialmente nullo, nelle ipotesi in cui tale intervento è contemplato. Vi è, infatti, la preoccupazione diffusa che il potere giudiziale in questione possa assumere una connotazione di arbitrarietà.

La diffidenza della dottrina verso i poteri equitativi del giudice⁵⁷⁷ ha accompagnato sin dalla sua nascita la disposizione dell'art. 1384 c.c., nella

⁵⁷⁷ La rilevanza dell'equità nel diritto contrattuale, ad onta del tenore dell'art. 1374 c.c. e di tutte le altre disposizioni (come appunto l'art. 1384, ma anche gli artt. 1349, 1371, 1450, 1467, 1468, 1526, 1660, 1664, 1733, 1736, 1738, 1748, 1755, 2019, 2110, 2118) che espressamente la menzionano, è stata fortemente svalutata dalla cultura concettualista e positivista dominante nei primi vent'anni di vigenza del codice civile, che riteneva sconveniente e pericoloso il ricorso allo strumento equitativo. È emblematica, in tal senso, Cass. 2 aprile 1947, n. 503, in *Foro Pad.*, 1947, I, 281: "L'equità è, a norma dell'art. 1374, un elemento sussidiario, non tanto per l'interpretazione delle norme contrattuali, quanto per derivarne, oltre e in aggiunta alla volontà manifestata dalle parti, elementi apprezzabili al fine di determinare i limiti e il contenuto delle obbligazioni contratte". Per un'analogia impostazione nella dottrina tedesca degli anni '50, influenzata dalla rinnovata fioritura del giusnaturalismo in reazione al nefasto ruolo che le clausole generali avevano assunto in epoca nazista, e perciò caratterizzata da una forte repulsione verso tutti i fattori di potenziale incertezza per le relazioni giuridiche, v. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, 151 ss.. Il ruolo dell'equità (oltre che della buona fede) nella costruzione del regolamento contrattuale è stato valorizzato a partire dalla fine degli anni '60: si veda RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 189

parte in cui stabilisce che “*la penale può essere diminuita equamente dal giudice*”; e un analogo atteggiamento di timore, se non di aperta e dichiarata avversione, ha suscitato l’introduzione nell’ordinamento dell’art. 7 d.lgs. 231/02, con l’espresso richiamo alla riconduzione giudiziale ad equità del contratto parzialmente invalido.

Come si è già avuto modo di accennare anche con riferimento all’art. 13, comma 5, l. 431/98 e all’art. 8 d.lgs. 170/04, tutte le previsioni di nullità con riequilibrio giudiziale (ivi incluse quelle ricavate in via ermeneutica dalla giurisprudenza, come la rideterminazione della retribuzione spettante al lavoratore subordinato in caso di nullità per contrarietà all’art. 36 Cost.) postulano un insopprimibile margine di discrezionalità in capo al giudice⁵⁷⁸, chiamato a determinare la misura in cui una certa clausola è valida ed efficace tra le parti. Questa discrezionalità, ad avviso di molti, rischia di sfociare nell’arbitrio: stante l’ambiguità dei concetti di equità, equilibrio, ragionevolezza o proporzionalità, la volontà del giudice non potrebbe che trasformarsi in una vera e propria fonte del diritto⁵⁷⁹.

ss., il quale, nel sottolineare l’indispensabilità delle clausole generali al fine di “*rendere meno acuta la tensione tra norma giuridica e realtà regolata*”, individua la funzione primaria dell’equità proprio nell’adeguamento del diritto al mutare delle condizioni storiche. La diffidenza nei confronti dell’equità permane nelle idee di numerosi autori: v. ad es. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 166, secondo cui “*il concetto di equità, al pari delle nozioni di ragionevolezza e buona fede, presenta un notevole margine di ambiguità, a causa del suo collegamento con aspetti metagiuridici e della varietà di definizioni proposte in dottrina*”.

⁵⁷⁸ 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*”.

⁵⁷⁹ Sul giudice come fonte del diritto v. 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.

Il progressivo superamento del clima di sfavore attorno al ruolo delle clausole generali⁵⁸⁰ non ha del tutto estromesso dal pensiero dottrinale la tentazione del rifugio in una valutazione di eccezionalità dell'equità giudiziale, a ragione della sua indeterminatezza, in modo da salvaguardare un valore essenziale del sistema qual è la certezza del diritto e dei rapporti contrattuali⁵⁸¹.

La preoccupazione, pur legittima, pare invero eccessiva.

Da sempre il diritto privato si avvale di clausole generali e concetti elastici, senza con ciò conferire al giudice alcuna facoltà *stricto sensu* creativa, ossia costitutiva di norme⁵⁸².

CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 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 RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 208: “*Le indagini degli ultimi tempi hanno chiaramente messo in luce come i giudizi di valore siano ineliminabili dall'attività del giudice*”.

⁵⁸⁰ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ss.; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 21 ss.. Sebbene persista la convinzione che dall'uso delle clausole generali e dal ricorso a nozioni flessibili possano nascere ambiguità e interpretazioni non conformi, è ormai salda presso i civilisti di diverse estrazioni ideologiche la convinzione che il ruolo delle clausole generali debba costituire oggetto di un'attenta riflessione.

⁵⁸¹ Si veda l'ammonimento di SALV. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, 1970, 101, secondo cui l'equità reca con sé il pericolo di valutazioni arbitrarie che rischiano di “*minare la consistenza dell'intero sistema*”. In tempi recenti v. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 43 ss. e 171 ss., ad avviso del quale il rafforzamento dei poteri del giudice, realizzato attraverso il crescente ricorso alle clausole generali da parte del legislatore, dà luogo ad una situazione in cui “*l'apparato rimediabile viene affidato per intero al potere giudiziario*”, e il sistema “*marcia inspiegabilmente a passo di gambero, fino a riportarci al tempo dei pretori romani che potevano correggere la legge esistente ... un sistema, questo, che si è andato sovrapponendo al tradizionale principio di separazione dei poteri*”. È tuttavia desueto l'inquadramento dell'equità come ordine di valutazioni che si collocano al di fuori del diritto. Atteso che l'equità è spesso richiamata dalle norme giuridiche, e vista la posizione sistematica che ad essa viene riservata nell'ordinamento vigente, si è raggiunta la convinzione che le decisioni prese in via equitativa siano pur sempre assunte all'interno del quadro ordinamentale: v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 220, il quale afferma che “*l'equità costituisce un elemento interno del sistema*”; nonché GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 795, secondo cui “*l'equità di cui all'art. 1374 deve essere intesa non come richiamo di norme extragiuridiche su cui fondare un giudizio in qualche modo alternativo al giudizio di stretto diritto, ma come criterio che deve essere applicato nell'ambito di un giudizio di diritto, criterio di logica giuridica*”. Anche TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, 2005, 407, sottolinea che quando il giudice ricorre all'equità deve comunque fare riferimento a parametri esterni non soggettivi, come la coscienza sociale o i principi fondamentali dell'ordinamento. Si veda anche Corte Cost. 6 luglio 2006, n. 204: “*Il giudizio di equità non è e non può essere un giudizio extra-giuridico*”.

⁵⁸² L'idea del giudice che crea o contribuisce a creare la norma caratterizza da sempre il sistema di *common law*: si pensi al filone scientifico del realismo giuridico, secondo cui ogni decisione giudiziaria è costitutiva di norme e la giurisdizione è un procedimento

Certo le clausole generali, al contrario dei concetti impiegati da una legislazione analitica, comportano necessariamente per la loro applicazione un giudizio di valore, teso alla concretizzazione della regola. Tale giudizio, tuttavia, è espressione di una discrezionalità tecnica che è connaturale all'esercizio della funzione giurisdizionale⁵⁸³, a patto di muoversi all'interno di una zona formale di legittimità oltre la quale, appunto, la discrezionalità cede il passo all'arbitrio⁵⁸⁴.

L'uniforme applicazione delle clausole generali e dei concetti elastici, quantomeno sul piano della dimensione astratta, dovrebbe essere peraltro garantita dal sindacato della Cassazione, eventualmente interpellata ex art. 360 n. 3 c.p.c., nella sua funzione nomofilattica⁵⁸⁵.

creativo che tiene conto di svariati elementi, tra i quali la prassi dei tribunali e le motivazioni ricorrenti nella casistica precedente, ma anche i fattori economici e sociali prevalenti nel singolo momento storico. Da qualche tempo questa convinzione ha fatto breccia anche nella cultura di *civil law*, ormai aperta alla concezione di un diritto vivente inteso come l'insieme delle regole vigenti nella loro applicazione giurisprudenziale: SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 234, secondo cui l'utilizzo di espressioni quali "significativo squilibrio", "ragionevole preavviso" e "congruo termine" determina "il rafforzamento del carattere creativo dell'attività ermeneutica"; e TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, cit., 58, il quale, proprio con riguardo alle clausole generali nel diritto dei contratti, discorre di un "completamento della norma" da parte del giudice, ossia di un potere di "integrazione valutativa della norma" che va oltre la normale attività ermeneutica. Si veda anche Cass. 13 aprile 1999, n. 3645, in *Foro it.*, 1999, I, 3558: "Il giudizio di valore espresso dal giudice di merito, ai fini della qualificazione di un comportamento ai sensi di norme elastiche, presuppone da parte del giudice stesso un'attività di integrazione giuridica della norma".

⁵⁸³ È ormai superato l'assunto cardine del formalismo interpretativo, secondo cui qualsiasi questione giuridica presenta soltanto una soluzione legittima. Le norme vanno pur sempre interpretate, e l'operazione ermeneutica spesso include più soluzioni legittime. In questo caso la valutazione del giudice è necessariamente discrezionale, e tra le diverse opzioni legittime il giudice ha il potere – dovere di scegliere quella più opportuna. Gli spazi di discrezionalità attribuiti al giudice prescindono da un conferimento esplicito: se è vero che in alcuni casi il legislatore evoca *apertis verbis* l'autorità giudiziaria (si pensi alle più volte elencate disposizioni di cui agli artt. 1183, 1331, 1349, 1384, 1657, 1709, 1733, 1736, 1751bis, 1755, 2225, 2233, 2263 c.c.), esistono fonti dalle quali, pur in assenza di un richiamo espresso, stante l'utilizzo di espressioni polisensi (intenzionalmente adottate, in quanto adattabili a realtà incerte e mutevoli) è possibile evincere in modo chiaro un potere discrezionale del giudice. In questo senso BARAK, *La discrezionalità del giudice*, cit., che menziona come esempio i casi in cui il legislatore utilizza il criterio della ragionevolezza.

⁵⁸⁴ La distinzione tra esercizio discrezionale del potere e arbitrio è stata ben delineata in tempi risalenti da SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Scritti giuridici*, III, 1, 1932, 7. La discrezionalità giudiziale deve mantenersi entro i limiti del conferimento legislativo, superati i quali essa sconfinava nell'arbitrarietà: v. 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".

⁵⁸⁵ È ormai pacifico, in giurisprudenza, che le decisioni di merito applicative di clausole generali e norme elastiche possano essere sindacate dalla Corte di legittimità, all'uopo

Proprio l'equità, del resto, sia pure limitatamente allo specifico ambito del diritto contrattuale, ha ormai assunto stabilmente un significato ben determinato, dovendo intendersi come il giusto temperamento degli interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell'affare⁵⁸⁶.

Detto ciò con riferimento alle clausole generali nel loro utilizzo tradizionale, va aggiunto che 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 maggiore 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

investita con lo strumento del ricorso per “violazione o falsa applicazione di norme di diritto” (art. 360, n. 3, c.p.c.). 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”. Similmente 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 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”.

⁵⁸⁶ FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 328: “L'equità può intendersi come temperamento degli interessi con specifico riferimento alla natura del contratto”. Si veda anche BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 518: “L'equità, quale fonte di integrazione del contratto, esprime l'esigenza dell'equilibrio contrattuale, e cioè che i singoli interessi siano temperati in relazione all'economia dell'affare”. Si ritiene, dunque, che la nozione accolta dall'art. 1371 c.c., nell'ambito della disciplina che attiene all'interpretazione del contratto, sia estensibile a tutti i casi in cui l'equità viene richiamata dal legislatore come fonte di integrazione. Va precisato che questa nozione di equità non corrisponde a quella prevista dagli artt. 113, 114 e 822 c.p.c., in cui l'equità rappresenta, più che un criterio normativo, la via per il conferimento al giudice o all'arbitro del potere di risolvere la controversia considerando aspetti *stricto iure* ininfluenti: v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 246, che concepisce l'equità del codice di procedura civile come “ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti”. Anche secondo GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 175, “l'equità cui allude l'art. 1374 c.c. non è quella prevista dal codice di procedura civile: là si tratta di decidere la controversia sottoposta all'esame del giudice, anziché secondo diritto, secondo equità, ossia secondo una diversa regola dal giudice trovata nella coscienza sociale”. In questo senso, diversamente che all'equità richiamata dal codice civile, all'equità di cui agli artt. 113 e 114 c.p.c. non può attribuirsi un significato astratto e stabile, stante il carattere individualizzante del giudizio cui essa accede, in cui il caso singolo è deciso in base a una regola di esperienza che non è suscettibile di generalizzazione: SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, 1959, 447.

nel caso concreto: questi stessi parametri, infatti, riletta *a contrario*, finiscono col “guidare” l’operazione giudiziale di riequilibrio.

È emblematico, a tal proposito, il dibattito sull’equità.

La nozioni di equità accolte rispettivamente nell’art. 1384 c.c. e negli artt. 1450, 1467 e 1468 c.c.⁵⁸⁷ non collimano con quella evocata dall’art. 1374 c.c. (e dagli artt. 1183, 1331, 1349, 1657, 1709, 1733, 1736, 1751*bis*, 1755, 2225, 2233, 2263 c.c.). Più in generale, l’equità cui mira il riequilibrio giudiziale del contratto parzialmente nullo o inefficace non coincide con l’equità quale fonte di integrazione del contratto⁵⁸⁸.

Quando opera come criterio guida di un intervento diretto a rimediare ad un’iniquità originaria (artt. 1384 c.c. e 1450 c.c.⁵⁸⁹) o sopravvenuta (artt. 1467 e 1468 c.c.⁵⁹⁰), l’equità assume una dimensione relazionale e rimediabile⁵⁹¹, di modo che essa non può essere del tutto slegata dallo speculare concetto di iniquità in cui si radica la disapprovazione normativa del patto.

Ciò incide in maniera rilevante sulla determinatezza della nozione di equità: se infatti la nozione di contratto equo è in sé sfuggente e difficilmente riconoscibile⁵⁹², l’indicazione da parte del legislatore dei criteri per la rilevazione dell’iniquità attenua la discrezionalità del giudice non solo

⁵⁸⁷ Lo stesso è a dirsi per l’art. 7 d.lgs. 231/02, nella versione previgente alla riforma del 2012, Non si menziona, volutamente, l’art. 2, n. 2 lett. e) d.lgs. 206/05, che pure prevede espressamente l’equità tra i diritti fondamentali del consumatore: si tratta, infatti, di una disposizione priva di immediata portata precettiva.

⁵⁸⁸ Va considerata in disparte l’equità richiamata dagli artt. 1226 (“*Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa*”) e 2056 (“*Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso*”) del codice civile, che ha la funzione di consentire al giudice l’esercizio di un potere determinativo al di fuori di un contratto e nell’ambito di una pronuncia di condanna: SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 16.

⁵⁸⁹ La riconduzione ad equità come rimedio ad un’iniquità originaria era contemplata anche nell’art. 7 d.lgs. 231/02, prima della sua modifica ad opera del d.lgs. 192/2012. Sul punto, v. *supra*, 164 ss.

⁵⁹⁰ La nozione di equità ivi richiamata è certo peculiare e ulteriormente diversa da quella evocata nelle norme in cui il potere sostitutivo del giudice consegue ad uno squilibrio originario. Anche qui, però, il concetto implica una dimensione relazionale, presupponendo la sopravvenuta disapprovazione di un contratto a cagione di uno squilibrio determinatosi in un momento successivo alla stipulazione. Perciò l’equità cui mira l’offerta di modificazione, essendo speculare al presupposto di operatività dell’intervento giudiziale di risoluzione, non può che concretarsi nel ripristino dell’equilibrio sinallagmatico soggettivo originariamente fissato dai contraenti.

⁵⁹¹ LIPARI – RESCIGNO, *Diritto civile*, III, cit., 647: “*L’equità contrattuale tende ad assumere rilevanza in termini negativi, per garantire l’assenza di un significativo squilibrio tra le parti; si profila come uno strumento rimediabile*”.

⁵⁹² SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 171.

nel decidere del carattere iniquo del patto ma anche, correlativamente, nel procedere alla sua equa riformulazione⁵⁹³.

Queste considerazioni, svolte con specifico riferimento all'equità, possono essere estese a tutte le ipotesi in cui la rideterminazione giudiziale dei contenuti negoziali segue ad una disapprovazione (a mezzo di nullità, o altrimenti) del patto a cagione del suo squilibrio, della sua sproporzione o della sua irragionevolezza.

In ciascuno di questi casi è indispensabile un'operazione ermeneutica preliminare, per delineare i contorni del presupposto di squilibrio⁵⁹⁴, sproporzione o irragionevolezza⁵⁹⁵ che conduce alla riprovazione del patto, cui deve seguire una verifica volta a stabilire se il criterio che presiede all'intervento giudiziale sia o meno perfettamente speculare al presupposto dell'invalidità o inefficacia.

Per quanto attiene alla prima fase, ossia quella di definizione del presupposto dell'invalidità o inefficacia del patto, una difficoltà è data dal fatto che non sempre tale presupposto è suscettibile di predeterminazione in via astratta. Talora l'iniquità emerge solo *a posteriori*⁵⁹⁶, all'esito di un'analisi della singola e concreta pattuizione e degli effetti che essa produce in danno del contraente. Così è, tra l'altro, nell'art. 1384 c.c., in cui

⁵⁹³ AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto*, cit., 244. Si veda anche RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 225, il quale evidenzia la discontinuità tra l'opera di costruzione di una regola contrattuale in via equitativa e quella che si fonda sulla "traduzione" all'interno del contratto di una clausola generale (operazione, quest'ultima, maggiormente vincolante per l'interprete). Con specifico riferimento all'art. 7 d.lgs. 231/02, prima della riforma del 2012, v. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, 88 ss., il quale evidenzia che "in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali il legislatore, pur non stabilendo in maniera precisa quando possa parlarsi di clausole inique, fissa importanti parametri di giudizio", per cui "non vi è alcun esercizio arbitrario da parte del giudice".

⁵⁹⁴ Va anzitutto verificato se lo squilibrio concerne il profilo economico o a quello normativo: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 283; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., 413; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 223 ss.; SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 253. Lo stesso vale anche per l'iniquità: VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 73 ss..

⁵⁹⁵ Si tratta, peraltro, di presupposti tra loro molto diversi: GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 443, nota 41, secondo cui esistono profonde diversità tra i concetti di "equilibrio", "equivalenza" e "proporzione".

⁵⁹⁶ Tanto che ad essa, e al correlativo concetto di equità che presiede al riequilibrio giudiziale, si nega il carattere di clausola generale: v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 793, secondo cui "l'equità a posteriori, operando in concreto, non è clausola generale".

la manifesta eccessività della penale va valutata in considerazione del concreto interesse che il creditore, al momento della stipulazione, aveva all'adempimento della prestazione; nell'art. 7 d.lgs. 231/02, in cui la grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento è data dalle conseguenze pregiudizievoli che esso determina in danno del creditore; nell'art. 9 l. 192/98, in cui l'iniquità consiste nella "*imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie*"; nell'art. 8 d.lgs. 170/04, in cui solo *a posteriori* è possibile valutare la "*ragionevolezza sotto il profilo commerciale*" delle condizioni di realizzo delle attività finanziarie.

Non sempre, inoltre, i parametri mediante i quali l'interprete è chiamato a vagliare (sia pure eventualmente *a posteriori*) l'iniquità del patto, o il suo squilibrio, o la sua sproporzione o irragionevolezza, sono ben determinati. Difatti, mentre in alcuni casi si sono individuati criteri solidi e precisi, in altre ipotesi i contorni dei concetti utilizzati restano ben 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 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 patto⁵⁹⁷.

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

⁵⁹⁷ MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, 2010, 98 ss.. Sulla determinatezza del concetto non concordano 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 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 MARINO, *La disciplina delle garanzie finanziarie*, 2006, 210, la ragionevolezza commerciale deve essere collegata al principio di proporzionalità.

carattere “*proporzionato*” e “*sufficiente*” della retribuzione corrisposta al lavoratore⁵⁹⁸.

Meno univoco, invece, appare il criterio dettato dall’art. 1384 c.c. per il giudizio di manifesta eccessività della clausola penale. Non a caso, da sempre si discute 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 stipulazione⁵⁹⁹, 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.

Ancora più vaghi erano i criteri che il legislatore, nell’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 creditore⁶⁰⁰. A tal fine infatti, a norma 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*

⁵⁹⁸ V. *supra*, 157.

⁵⁹⁹ Così 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 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.

⁶⁰⁰ Un’ampia e approfondita analisi di questi criteri è effettuata da VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 71 ss..

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”, in cui 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.

Nell'art. 9 l. 192/98 ci si limita, addirittura, 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 squilibrio⁶⁰¹ di diritti e di obblighi ... tenendo 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'abuso⁶⁰², affermandosi che *“l'abuso può anche consistere ... nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie”⁶⁰³.*

⁶⁰¹ 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 LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, cit., 354 ss.; e CRESCI, *I contratti di subfornitura. Premessa*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, 1999, 725. Il riferimento alla buona fede non pare convincente: la buona fede funge da canone di valutazione dei comportamenti precontrattuali o esecutivi, nonché da fonte di integrazione del contratto (generando determinate regole di comportamento) e non già da parametro di valutazione delle regole contrattuali. La regola contrattuale, più che contraria a buona fede, può casomai essere incompatibile con la regola di buona fede che penetra nel regolamento negoziale. Peraltro, 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 POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 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.

⁶⁰² Secondo 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”*.

⁶⁰³ Non si prendono qui in considerazione il *“rifiuto di vendere o di comprare”* e la *“interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto”*, poiché si tratta di condotte che si collocano rispettivamente nella fase precontrattuale e in quella di scioglimento del vincolo negoziale, non attenendo dunque in alcun modo alla tematica della nullità parziale del contratto per iniquità.

Quanto poi alle disposizioni di *soft law*, analoghe incertezze destano gli elementi che l'art. 3.2.7 dei Principi Unidroit pone alla base della valutazione sull'ingiustificata attribuzione di un vantaggio eccessivo ad una delle parti (*“il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare”* e *“la natura e lo scopo del contratto”* sono solo *“tra gli altri fattori”* da considerare)⁶⁰⁴ e le condizioni che secondo l'art. 4:109 dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti rendono iniquo il vantaggio di un contraente (che una parte *“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”*; che l'altra parte *“era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò”*; e che il profitto possa considerarsi ingiusto *“date le circostanze e lo scopo del contratto”*)⁶⁰⁵.

È evidente, allora, che la discrezionalità del giudice si dispiega in maniera più o meno ampia a seconda del livello di dettaglio dei parametri cui il legislatore ancora il giudizio di invalidità o inefficacia⁶⁰⁶.

Un'ulteriore complicazione, nell'operazione ermeneutica volta a ricostruire i criteri che devono guidare l'intervento giudiziale di riequilibrio, è data dal fatto che non sempre tali criteri sono perfettamente speculari a quelli dettati per l'accertamento dell'iniquinà.

Un rapporto di specularità si riscontra ad esempio nell'art. 1384 c.c., in cui l'equa riduzione deve effettuarsi avendo riguardo all' *“interesse che il creditore aveva all'adempimento”*, dunque utilizzando lo stesso canone di cui ci si serve nella valutazione di manifesta eccessività.

⁶⁰⁴ Il commento ai Principi specifica che lo squilibrio è eccessivo quando è *“così grande da colpire la coscienza di una persona ragionevole”*.

⁶⁰⁵ Secondo SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 88, i criteri elencati dall'art. 3.2.7. dei Principi Unidroit e dall'art. 4:109 dei Principi di diritto europeo dei contratti sono comunque idonei a scongiurare un intervento arbitrario del giudice.

⁶⁰⁶ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 284

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 giudice⁶⁰⁷.

Lo stesso è a dirsi, ancora, dell'art. 8 d.lgs. 170/04, in cui alla “*violazione della ragionevolezza sotto il profilo commerciale delle condizioni di realizzo delle attività finanziarie*” segue una rideterminazione giudiziale tesa a rendere, appunto, ragionevoli sotto il profilo commerciale le clausole contrattuali concernenti le condizioni di realizzo.

Qualche dubbio destava la formulazione dell'art. 7, comma 3, d.lgs. 231/02, 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 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*”⁶⁰⁸.

Un analogo rapporto di specularità non può invece ravvisarsi nell'art. 13 l. 431/98, atteso che il presupposto della nullità ivi contemplata è dato dalla mancanza della forma scritta e non già dall'iniquità della clausola sul canone locatizio⁶⁰⁹.

Nemmeno l'art. 3.2.7 dei Principi Unidroit sembra far coincidere i criteri del riequilibrio con gli indici rivelatori della *gross disparity*: se l'eccessività

⁶⁰⁷ V. *supra*, 157.

⁶⁰⁸ È di contrario avviso VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 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 rimediabile*”. Anche secondo AMADIO, *Nullità anomala 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*”.

⁶⁰⁹ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 240, il quale fa notare come il potere del magistrato, volto a stabilire l'entità del corrispettivo dovuto per il godimento dell'immobile, non è vincolato ad alcun parametro se non ad un limite massimo (ossia il canone definito dalla medesima legge 431/98 ai sensi del comma 3 dell'articolo 2 ovvero, nel caso di conduttore che abiti stabilmente l'alloggio per i motivi ivi regolati, ai sensi dell'articolo 5, commi 2 e 3), attenendosi per il resto la valutazione al solo e generico criterio dell'equità.

dello squilibrio che determina l'annullabilità va valutata in ragione di elementi che riguardano il comportamento del contraente avvantaggiato e la condizione di minorità della parte debole, ovvero in relazione alla natura e allo scopo del contratto, l'intervento del giudice sul contratto avviene “*in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio*” (ciò vale anche per l'art. 4:109 dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti in cui, a fronte di analoghi presupposti, il giudice modifica il contratto “*in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza*”).

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.

I rischi di arbitrio devono essere comunque scongiurati mediante un'interpretazione giurisprudenziale uniforme dei suddetti parametri, anche per evitare che si verifichino discriminazioni nell'applicazione concreta della legge da parte dei diversi giudici. Sotto questo profilo è determinante l'attività nomofilattica della Corte di Cassazione, il cui compito è di conferire obiettività e prevedibilità ai criteri normativi, così garantendo quell'omogeneità di rimedi che l'Unione Europea impone affinché sia preservato l'essenziale valore della certezza nel mercato.

Non può pensarsi, invece, di rinvenire un canone unico ed universale in grado di orientare in modo preciso, se non addirittura meccanico, l'intervento del giudice in tutte le ipotesi in cui esso è contemplato.

Non sempre, ad esempio, il riequilibrio del contratto può farsi coincidere con la riconduzione delle prestazioni al prezzo o al valore di mercato⁶¹⁰.

⁶¹⁰ Il criterio è tradizionalmente utilizzato per l'equa modificazione del contratto rescindibile (art. 1450 c.c.): v. ALPA, *La protezione della parte debole di origine internazionale*, cit., 238, il quale si riferisce appunto ai “*valori di mercato*”; e BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 694, secondo cui tali valori devono identificarsi con i “*prezzi normalmente praticati per beni e servizi simili tenendo conto delle particolari condizioni del contratto*”. Anche secondo GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 550 ss., “*al giudice si domanda non se il prezzo sia equo, ma se esso diverga da quello di mercato*”, tanto che “*l'impiego del concetto di equità ... è qui da considerarsi improprio*”. In giurisprudenza, v. Cass. 22 novembre 1978, n. 5458, in *Foro it.*, 1979, I, 1206: “*La modificazione necessaria per ricondurre ad equità il contratto rescindibile per lesione deve*

Non solo non vi è traccia di indicazioni in tal senso da parte del legislatore, ma una tale identificazione, che pure sembra offrire all'interprete approdi rassicuranti, presenta in realtà notevoli inconvenienti nella fase applicativa: non tutte le prestazioni sono riconducibili a un prezzo certo di mercato⁶¹¹ e, d'altro canto, talora esistono tanti e vari mercati per lo stesso bene o servizio.

La finalità perseguita mediante il riequilibrio giudiziale del contratto, peraltro, non consiste mai nell'instaurazione di un'oggettiva congruità economica tra le prestazioni. Laddove la radice della nullità risiede nell'abuso dell'autonomia contrattuale, la riconduzione ad equità mira piuttosto a ricostruire una volontà ipotetica del caso concreto, riportando il contratto alle condizioni cui sarebbe stato stipulato in assenza di asimmetrie tra le parti. Non si vuole imporre un contratto giusto, ma rimediare alla puntuale situazione di *market failure*⁶¹².

essere tale da rendere il valore dell'una prestazione uguale a quello dell'altra con riferimento alla data della pronuncia del giudice". Molti gli autori che individuano il prezzo di mercato come parametro generale per la riconduzione ad equità delle clausole contrattuali nulle per iniquità: v. lo stesso GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., 176, secondo il quale "equità equivale a congruità economica ... alla stregua di criteri di mercato" proprio perché "l'equità correttiva opera in relazione ad una clausola iniqua, ossia incongrua alla stregua dei correnti criteri di mercato"; v. anche SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 167, il quale con specifico riferimento alla riconduzione giudiziale ad equità afferma che "il prezzo di un bene è equo quando rispecchia il valore a cui normalmente si fa riferimento secondo le regole della domanda, cioè secondo l'importo che abitualmente viene corrisposto per una simile prestazione". In giurisprudenza, ma con riferimento all'equa determinazione del terzo arbitratore, v. Cass. 30 giugno 2005, n. 13954, cit.: "Tale determinazione deve essere effettuata secondo un criterio di equità contrattuale, ispirato alla ricerca di un equilibrio economico, di un rapporto di corrispettività e proporzionalità mercantile ... e della perequazione degli interessi economici in gioco". Più cauto sul punto VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 161 ss., ad opinione del quale "il contemperamento dei contrapposti interessi che il giudice deve effettuare in conformità con gli standard di mercato di quella operazione e di quel rapporto – tipo non può prescindere dalla singolarità della fattispecie e dalle sue circostanze".

⁶¹¹ SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 167, aggiunge che "non esiste un valore obiettivo delle prestazioni, che sono sempre influenzate dalle scelte individuali dei contraenti". D'altronde è noto il c.d. "paradosso dello scambio", in forza del quale ognuna delle parti intanto si risolve a scambiare in quanto la prestazione corrispettiva rivesta per lei un valore non uguale ma superiore al valore del sacrificio che affronta, per cui ognuna delle parti guadagna dallo scambio ottenendo una cosa che, dal proprio punto di vista, vale di più di quanto valga ciò di cui si priva: LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, 274 ss..

⁶¹² Di segno contrario sembrano essere le considerazioni svolte con riferimento all'art. 7 d.lgs. 231/02 da VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 161 ss., secondo cui "il richiamo all'equità ... indica il fine, ossia il bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti", e "l'equità è espressione del giusto contemperamento tra gli interessi in gioco: il richiamo a tale principio segnala come la determinazione del

In questi casi, allora, più che il prezzo di mercato dovrebbe applicarsi il corrispettivo che le parti avrebbero pattuito, in quella singola e concreta situazione contrattuale, qualora si fossero trovate in una condizione di pienezza nell'esercizio sostanziale della propria autonomia negoziale⁶¹³. Un' Va in questa direzione il disposto dell'art. 4:109 dei PECL, ove si stabilisce “*che il contratto sia modificato in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza*”⁶¹⁴. Certo, stante l'impossibilità di ricostruire la volontà ipotetica dei contraenti, ci si deve comunque avvalere di indici concreti e obiettivi: ad esempio, quando la nullità investe un rapporto tra operatori del mercato si possono all'uopo utilizzare le condizioni normative ed economiche che quegli stessi soggetti sono soliti pattuire, in assenza di situazioni di asimmetria contrattuale⁶¹⁵, con gli altri attori del mercato di riferimento.

giudice debba rispondere al punto di equilibrio che l'ordinamento avrebbe assunto qualora avesse regolato la fattispecie come atteggiata nel caso concreto ... il criterio equitativo, lungi dal richiedere una determinazione che rispecchi la volizione dei contraenti, comporta la formulazione di una regola che tende a raggiungere lo stesso esito di bilanciamento che ci si attende dalla valutazione del legislatore”, fermo restando che “l'idea generale di giusto temperamento va concretizzata in relazione alle diverse situazioni – natura, oggetto, scopo, tipo di relazione – in cui è chiamata ad incidere”.

⁶¹³ Da condividersi è l'opinione di GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., 413 e spec. nota 135, secondo cui in questi casi l'assetto negoziale più equo è quello rispondente alla reale intenzione delle parti.

⁶¹⁴ In questo senso può interpretarsi anche il disposto dell'art. 3.2.7 dei Principi Unidroit, nella parte in cui stabilisce che “*il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio*”, laddove per clausola conforme a correttezza deve intendersi quella clausola che le parti avrebbero pattuito qualora si fossero comportati in modo conforme a buona fede. Analogamente vanno intesi i ragionamenti della giurisprudenza in materia di clausola penale, in cui viene spesso tracciata una corrispondenza tra riduzione della penale e ripristino dei valori di buona fede e correttezza: Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, cit.; Cass. 23 maggio 2003, n. 8188, cit.. Sulla buona fede come parametro di giudizio dei comportamenti (oltre che fonte di integrazione del contratto), e non già criterio di valutazione delle regole contrattuali, v. *supra*, nota 602.

⁶¹⁵ MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere: costruzione di un modello unitario di rimedio invali dativo o pluralità di modelli?*, cit., 255 ss.

2. Il riequilibrio del contratto (parzialmente nullo perché) iniquo: quali spazi per un'applicazione analogica?

L'illustrata tendenza ad ampliare i poteri sostitutivi del giudice sul contratto parzialmente nullo ha posto all'attenzione della dottrina una problematica dalle rilevanti ricadute applicative.

La questione concerne la possibilità di ammettere il riequilibrio giudiziale anche in ipotesi nelle quali esso non è espressamente contemplato. Una tematica, questa, fortemente controversa con specifico riguardo a quelle disposizioni in cui il legislatore, nel comminare testualmente o virtualmente la nullità parziale del contratto, omette di dettarne la disciplina.

Ad imporre un'approfondita riflessione sul punto è la circostanza che tali disposizioni riguardano fattispecie di nullità che mal si conciliano, sul piano strutturale oltre che in punto di *ratio*, con l'applicazione dell'art. 1419 c.c.. Si pensi all'art. 9 l. 192/98, che non esplicita le conseguenze dell'obliterazione del patto attraverso cui si realizza l'abuso di dipendenza economica⁶¹⁶, ma anche all'art. 6 della medesima l. 192/98, nonché, per certi versi, agli artt. 2 e 3 l. 287/90 e all'art. 34, comma 2, d.lgs. 206/05⁶¹⁷: da un lato, l'estensione della nullità all'intero contratto si porrebbe in aperto

⁶¹⁶ Va precisato che la nullità del patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica costituisce il rimedio attuabile esclusivamente per quell'abuso che consista nella "imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie", atteso che il "rifiuto di vendere o ... di comprare" e la "interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto" non si riverberano in un contratto, del quale possa sancirsi l'invalidità, e pertanto possono dar luogo esclusivamente al risarcimento del danno in favore del soggetto "abusato": POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 229.

⁶¹⁷ Non si approfondisce, poiché avulsa dal contesto analizzato in questa sede, il dibattito giurisprudenziale sulla nullità delle clausole che, prevedendo la capitalizzazione degli interessi nell'ambito di una convenzione non posteriore alla loro scadenza o in relazione ad interessi dovuti per meno di sei mesi, contrastino con la norma imperativa di cui all'art. 1283 c.c. sul divieto di anatocismo. Talune corti di merito hanno ipotizzato, anche in considerazione della mancanza di una specifica disposizione sugli effetti di questa nullità parziale, la sostituzione della clausola invalida (che, ad esempio, preveda una capitalizzazione trimestrale degli interessi) con una clausola di anatocismo a capitalizzazione annuale e al saggio legale sulla base dell'art. 1284 c.c.: Trib. Torre Annunziata, 25 aprile 2003, in *Giur. mer.*, 2003, I, 2426. Altri Tribunali hanno addirittura sostenuto il subentro di una clausola di capitalizzazione semestrale, sulla base di usi bancari: Trib. Monza, sez. Desio, 7 aprile 2003, in *Giur. mer.*, 2003, I, 2427. Per una recente presa di posizione della Cassazione, secondo cui la nullità della clausola anatocistica determina la mancanza di capitalizzazione di tutti gli interessi maturati, senza alcun subentro di clausole legali o di usi, v. Cass., SS. UU., 2 dicembre 2010, n. 24418. Sul punto, v. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 168 ss..

contrasto con le finalità di protezione della parte debole e/o di regolazione del mercato che ispirano le suddette previsioni di invalidità⁶¹⁸; dall'altro, quelle stesse previsioni spesso investono un elemento essenziale del negozio, precludendo in radice la soluzione meramente conservativa⁶¹⁹.

Si tratta, peraltro, di fattispecie che presentano notevoli tratti di similarità con quelle che contemplano *apertis verbis* la riconduzione ad equità del contratto da parte del giudice, condividendone i connotati principali: la funzione di protezione del contraente debole o di tutela della concorrenza; l'assenza di una precisa predeterminazione legislativa del limite all'autonomia delle parti, fissato invece per il tramite di una clausola generale; la potenziale inerenza dell'invalidità ad un elemento essenziale del contratto; l'identificazione (eccezion fatta per l'art. 34 comma 2 d.lgs. 206/05) della causa di nullità nell'iniquità dell'accordo.

Sulla scorta di queste considerazioni si è sostenuto, ad esempio, che la previsione di cui all'art. 9 della l. 192/98 (*"Disciplina della subfornitura*

⁶¹⁸ La rilevanza fondamentale delle regole sull'estensione della nullità per la realizzazione di una tutela efficace del contraente debole (*ordre public économique de protection*) o del mercato concorrenziale (*ordre public économique de direction*) è da sempre colta nella dottrina francese. Si vedano, tra gli altri: GHESTIN, *Traité de droit civil*, II, *Les obligations. Le contrat*, 1980, 748, per il quale "*le droit positif ... doit aussi prendre en consideration le but même de la nullité qui est d'assurer l'efficacité de la règle dont elle est la sanction ... l'étendue de la nullité peut être un facteur essentiel de l'efficacité des règles protectrices*"; SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, cit., 399 ss.; FARJAT, *L'ordre publique économique*, 1963, 10 ss.. Per un'eco recente nella letteratura italiana, al precipuo scopo di giustificare statuti della nullità parziale divergenti da quello "classico": FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di Di Marzio, 2004, 53 ss.; D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., 651. Anche VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 129, afferma che il problema delle nullità di protezione risiede "*nella necessità di limitare la nullità alle sole pattuizioni per cui è stata prevista*".

⁶¹⁹ Non vi è dubbio, ad esempio, che il "*patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica*" spesso investa la parte economica ed essenziale dell'accordo: D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 41-42 e soprattutto 233; MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 80; MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, cit., 145; VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., 14. Inerisce ad un elemento essenziale del contratto anche l'art. 34, comma 2, d.lgs. 206/05, nella misura in cui contempla la nullità della clausola con la quale si stabilisce il corrispettivo in modo non chiaro o incomprensibile: MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 565 ss.. Può segnalarsi poi la nullità (totale) di cui all'art. 1, comma 4, l. 431/98, rispetto alla quale l'art. 13, comma 5 della medesima legge, nel prevedere la rideterminazione del canone di locazione da parte del giudice, è emblematico della preoccupazione del legislatore di disciplinare in una certa maniera la nullità, al fine di evitare che il venir meno di elementi essenziali (o, come nel caso di specie, dell'intero contratto) lasci privo di tutela il soggetto debole: GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., 1346-1347.

nelle attività produttive”⁶²⁰), nel disporre la nullità del “patto attraverso il quale si realizzi l’abuso di dipendenza economica” senza nulla dire circa la sorte del contratto di cui eventualmente tale patto faccia parte, sia inconciliabile con il trattamento che l’art. 1419, comma 1, riserva in via generale alla nullità parziale: l’applicazione della norma codicistica, conducendo quasi sempre all’integrale invalidità del contratto⁶²¹, finirebbe col lasciare privo del contratto, e dunque di tutela, proprio quel soggetto debole (il subfornitore) che non ha alternative sul mercato⁶²². Per questa

⁶²⁰ Il cui art. 1 recita: “Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna ad effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all’impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell’ambito dell’attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente”. La subfornitura disciplinata dalla l. 192/98, dunque, a dispetto del dato letterale, non è un contratto bensì un rapporto che coinvolge due soggetti imprenditoriali (subfornitore e committente) in rapporto di dipendenza economica, e che può concretarsi indifferentemente in un contratto di vendita, di appalto o di somministrazione: GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., 1359-1360.

⁶²¹ L’esito della caducazione integrale del contratto sarebbe inevitabile quando il patto abusivo investe la parte economica, e in quanto tale ineliminabile, dell’accordo. Tale esito, però, potrebbe verificarsi anche nei casi in cui la nullità colpisce un elemento normativo del contratto (meccanicamente separabile dal restante regolamento negoziale), alla luce del giudizio di essenzialità imposto dal primo comma della norma codicistica.

⁶²² ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., 1194 ss.; CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 44. La rilevanza pratica del tema è potenzialmente ampliata dall’ambito applicativo che la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie assegnano alla fattispecie dell’abuso di dipendenza economica. Si ritiene, in particolare, che la norma di cui all’art. 9 l. 192/98, pur essendo inserita in una legge sulla subfornitura, sia in realtà applicabile a tutti i rapporti tra imprenditori nei quali si configura una situazione di dipendenza economica, finendo così con l’assumere la portata di principio generale in relazione ai contratti “b to b” con asimmetria di potere negoziale: POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 227 ss; BUONOCORE, *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, 2000, 60; PADOVINI, *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Stud. iur.*, 1999, 5; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 451; GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive*, in *Corr. giur.*, 1998, 887. *Contra*: RINALDI – TURITTO, *L’abuso di dipendenza economica*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, a cura di Sposato e Coccia, 1999, 124 ss.. A favore dell’interpretazione estensiva milita il dato letterale della disposizione, la quale non menziona il rapporti di subfornitura, riferendosi invece a “una o più imprese”, nonché alla “impresa cliente o fornitrice”: v. Cass., SS. UU., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Dir. e giust.*, 2011, 1, secondo cui “l’abuso di dipendenza economica di cui all’art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall’esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura ... considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della l. n. 192 del 1998”. D’altronde, in origine, la fattispecie sarebbe dovuta confluire nella l. 287/90, all’art. 3-bis, e la sua diversa collocazione nell’ambito delle norme civilistiche è dipesa dal parere dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ha ritenuto più adeguato il sindacato del giudice ordinario rispetto al proprio. Va detto, comunque, che la giurisprudenza ha fatto sinora

ragione, si dice, il contratto deve sempre e comunque rimanere in vita⁶²³ e, quando la nullità investe la parte essenziale dell'accordo, si rende inevitabile il riequilibrio giudiziale del patto abusivo⁶²⁴.

Aperture della dottrina ad un'azione riequilibratrice del giudice si registrano anche con riguardo all'art. 6, comma 3, della stessa l. 192/98, a norma del quale “è nullo il patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale”. Si è affermato infatti che la disposizione contemplerebbe, tra le righe, l'intervento del giudice per rideterminare il corrispettivo e

scarso uso della norma, ridimensionandone fortemente le asserite capacità di innovazione nel sistema. Un'ultima dimostrazione in tal senso perviene dalla recente sentenza della Cass. 8 settembre 2009, n. 20106, cit., la quale, pur essendosi occupata di una fattispecie di abuso di dipendenza economica, non reca nessun cenno alla legge sulla subfornitura.

⁶²³ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 45, nota 73; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 236; GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., 1345; LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, cit., 373; ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., 1193; PROSPERI, *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.

⁶²⁴ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 242; MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere: costruzione di un modello unitario di rimedio invalido o pluralità di modelli?*, cit., 255 ss.. Vi è chi, come VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 89-90, si limita ad evidenziare che la figura di nullità dell'art. 9 l. 192/98 si colloca nel medesimo contesto rimediabile dell'art. 7 d.lgs. 231/02, esprimendo la stessa esigenza di sanzionare il comportamento abusivo della parte che sfrutta l'altrui posizione di debolezza imponendo una clausola contrattuale del contenuto fortemente squilibrato a suo favore: non a caso, sottolinea l'A., la l. 192/98, pur non costituendo attuazione di una determinata direttiva comunitaria, trae ispirazione dalla Raccomandazione 95/198/CE della Commissione, riguardante proprio i termini di pagamento nelle transazioni commerciali. Secondo PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, 2002, 499 ss., sarebbe lo stesso art. 9 l. 192/98 a prevedere in via implicita il riequilibrio giudiziale del patto abusivo, per cui non sarebbe necessario ricercare altrove un fondamento normativo all'intervento del giudice; ma v., in senso contrario, CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, cit., 53. Altri autori sostengono invece che il riequilibrio del patto abusivo si fonderebbe sull'applicazione degli artt. 1339 e 1419 c.c., i quali opererebbero anche in mancanza di disposizioni di legge atte alla sostituzione quando la regola possa rinvenirsi nei valori del mercato: BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, 1998, 354. Tuttavia gli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. prendono in considerazione, rispettivamente, le clausole imposte “dalla legge” e il subentro di “norme imperative”, evocando una sostituzione legale che è fenomeno ben diverso dal riequilibrio giudiziale. I suddetti articoli, d'altronde, non possono essere invocati quando la norma imperativa, pur non contemplando una disciplina sostitutiva, suggerisca i criteri da cui l'interprete può ricavarla (come ritiene MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit. 197 ss., per il quale l'art. 9 l. 192/98 detterebbe in via implicita all'interprete i criteri della sostituzione, rinviando alle condizioni normalmente praticate nel mercato dell'impresa dominante): una tale prospettazione evocherebbe pur sempre una sostituzione giudiziale, sia pure “orientata” dal legislatore. A questo proposito, v. Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, cit., secondo cui la sostituzione ex art. 1419, comma 2, c.c. può operare solo in caso di rigida predeterminazione delle regole destinate a sostituirsi.

riportarlo a valori di congruità, in conformità con la *ratio* protettiva della norma.

Il problema è stato posto in termini analoghi per i contratti stipulati a valle di “*intese restrittive della libertà di concorrenza*” o mediante un “*abuso di posizione dominante*”⁶²⁵ (situazioni vietate, rispettivamente, dagli artt. 2 e 3 della l. 287/90⁶²⁶), da parte di chi ritiene che tali contratti siano affetti da nullità⁶²⁷.

Nel diverso ambito delle c.d. nullità di trasparenza, poi, si è sostenuto che nella situazione disciplinata dall’art. 34, comma 2, d.lgs. 206/05 (il quale, letto *a contrario* e in combinato disposto con l’art. 36, stabilisce che la clausola attinente alla “*determinazione dell’oggetto del contratto o all’adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi*” è vessatoria, dunque

⁶²⁵ Per contratti “a valle” si intendono quei patti stipulati approfittando delle condizioni favorevoli generate dall’intesa o della posizione dominante abusivamente acquisita.

⁶²⁶ Circa i rapporti tra l’abuso di posizione dominante e l’abuso di dipendenza economica va precisato che, sebbene il primo implichi spesso il secondo e viceversa, non vi è perfetta coincidenza tra le due situazioni: mentre la fattispecie dell’art. 3 l. 287/90 presuppone una dominanza sull’intero mercato, quella disciplinata dall’art. 9 l. 192/98 richiede esclusivamente una situazione di superiorità nel rapporto con un altro soggetto imprenditoriale (situazione in cui “*un’impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi*”: così il comma 1 della disposizione; per la corrispondente nozione nel diritto comunitario, v. l’art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea). La non sovrapposibilità tra le due situazioni è testimoniata, tra l’altro, dal comma 3-*bis* dell’art. 9 l. 192/98, a norma del quale “*ferma restando l’eventuale applicazione dell’articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell’attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell’istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall’articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell’impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso*”.

⁶²⁷ TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, 1996, 344 ss., per il quale alla nullità dei contratti a valle di un’intesa antitrust conseguirebbe, ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., un riequilibrio a vantaggio della parte svantaggiata con applicazione dei prezzi normalmente praticati al contraente finale in un mercato concorrenziale. Ma la tesi che sostiene la nullità di tali contratti è minoritaria. Per la nullità v. anche CASTRONOVO, *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 473, ad avviso del quale il prezzo stabilito nel contratto a valle di un’intesa anticoncorrenziale integrerebbe un’ipotesi di illiceità dell’oggetto del contratto; e, in giurisprudenza, Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, 1121. Per l’opinione opposta, secondo cui opererebbe esclusivamente il risarcimento del danno: LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 934 ss.; MAUGERI, *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un’impresa che partecipa ad un’intesa vietata*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 347 ss.; NERVI, *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 506 ss.; e, tra le pronunce della Suprema Corte: Cass., SS. UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014 ss., con nota di PALMIERI e PARDOLESI; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097 ss.; Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, in *Danno e resp.*, 2003, 11, 1067 ss.

nulla, quando tali elementi non “*siano individuati in modo chiaro e comprensibile*”⁶²⁸) il contratto rimarrebbe (sì) “*valido per il resto*” (ma) previa rideterminazione giudiziale della clausola. Si evidenzia, al riguardo, che la previsione secondo cui “*il contratto rimane valido per il resto*” non è ostativa, sul piano letterale, alla riconduzione ad equità della clausola che determina il corrispettivo. Si sottolinea altresì che opinando diversamente quella stessa previsione di salvezza del contratto residuo, pur essendo formalmente riferita agli artt. 33 e 34 nella loro interezza, non potrebbe applicarsi alla situazione in esame⁶²⁹.

Al di là di quest’ultima peculiare ipotesi, e in linea più generale, la riconduzione giudiziale ad equità parrebbe costituire il trattamento più appropriato ed efficace del contratto parzialmente nullo per abusiva iniquità⁶³⁰, soprattutto nell’ambito della contrattazione asimmetrica tra imprenditori. Si tratta, infatti, di un ambito nel quale i presupposti della nullità sono traslati dal piano del singolo negozio a quello, più ampio, dei complessivi rapporti economico – contrattuali tra le parti, rendendo inevitabile il ricorso a clausole generali per la limitazione dell’autonomia negoziale. Inoltre nel c.d. “terzo contratto” l’invalidità parziale, investendo non soltanto la parte normativa del regolamento pattizio ma anche la congruità economica dello scambio, in assenza di meccanismi di riequilibrio

⁶²⁸ Qui la nullità non è dovuta ad un’iniquità, bensì alla mancanza di chiarezza e comprensibilità del contenuto.

⁶²⁹ La regola dell’art. 36, comma 1, d.lgs. 206/05, per la quale “*il contratto rimane valido per il resto*”, impone ineluttabilmente la salvezza degli elementi essenziali del contratto. Va segnalato, sul punto, l’originale punto di vista di PROSPERI, *Subfornitura industriale, abusi di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., 647, secondo cui la *ratio* dell’art. 34, comma 2, d.lgs. 206/05 sarebbe proprio quella di escludere il caso dall’applicazione dell’art. 36, comma 1, stante l’inidoneità del meccanismo ivi previsto ad operare in relazione a clausole concernenti elementi essenziali del contratto, ma l’impossibilità di considerare vessatorie le clausole attinenti all’oggetto o al prezzo non precluderebbe “*il più generale controllo di validità di dette clausole sul piano dell’equilibrio dell’operazione economica*”.

⁶³⁰ D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 23: “*La riscrittura del regolamento potrebbe apparire la soluzione più appropriata in ogni caso in cui l’obliterazione della clausola invalidata possa compromettere la tenuta del contratto legittimando soluzioni non coerenti con il senso della previsione di invalidità*”; v. anche MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, V, 2, 2006, 747, secondo cui la politica della manutenzione del contratto nullo nelle sue porzioni inique non può prescindere dall’intervento del giudice. Sull’inadeguatezza del differente rimedio costituito dal risarcimento del danno v. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., 1205 ss., il quale sottolinea che a seguito della nullità da abuso il risarcimento non potrebbe comunque avere ad oggetto il danno da lesione dell’interesse positivo.

finirebbe col cagionare l'eliminazione di contratti la cui sopravvivenza è invece fondamentale allo scopo di tutela del mercato concorrenziale.

È per queste ragioni che l'interprete non può sfuggire al compito di verificare se in questi casi esistano spazi per ricavare, in via ermeneutica, il potere del giudice di riequilibrare il contratto, adattando così la disciplina della nullità parziale alle caratteristiche delle fattispecie in questione⁶³¹.

Si è già detto nelle pagine che precedono che la nullità, costituendo fattispecie e non già mancanza di fattispecie, è suscettibile di essere graduata nei suoi effetti. Si è altresì osservato che la questione dell'estensione o meno della nullità all'intero contratto è sempre risolta dal legislatore con criteri di valore, che vanno al di là della mera separabilità materiale delle clausole invalide. Bisogna ora stabilire se il trattamento giuridico della nullità parziale, in mancanza di un'espressa previsione sul punto, possa ricavarsi dalla *ratio* della norma⁶³²; e, più nel dettaglio, se sulla base della *ratio* che ispira la nullità parziale possa prospettarsi il riequilibrio giudiziale del contratto anche quando ciò non sia stato esplicitamente stabilito dal legislatore.

L'orientamento tradizionale tende a negare una tale possibilità, adducendo a sostegno di questa posizione molteplici ragioni.

⁶³¹ Spetta infatti all'interprete plasmare il più possibile le potenzialità funzionali delle vigenti norme in materia di nullità parziale, adeguandone gli effetti alla mutevole realtà socio – economica. Al riguardo, v. ALBANESE, *Violazioni di norme imperative e nullità del contratto*, 92: “Un'esigenza di coerenza interna al sistema impone di conformare, anche in via interpretativa, la disciplina della nullità ... alle finalità di tutela che essa persegue”.

⁶³² Che lo scopo della nullità parziale possa influire sulla relativa disciplina era già segnalato, sia pure con limitato riferimento al profilo della legittimazione assoluta o relativa, da PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, in *Diritto civile italiano*, 1936, II, 179. Oggi è soprattutto la dottrina d'oltralpe a sostenere l'adattabilità del trattamento dell'invalidità parziale agli scopi che il legislatore con essa persegue. La dottrina francese, in particolare, sostiene la possibilità di ricavare la disciplina della nullità parziale dal *but de la loi*: SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, cit., 433; GHESTIN, *Les obligations. Le contrat*, in *Traité de droit civile sous la direction de J. Ghestin*, cit., 748; TERRE – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit. 415. Persino nella letteratura inglese si rinvencono aperture rispetto all'opportunità di “calibrare” gli effetti della nullità parziale, in conformità con gli scopi che la singola previsione di nullità di prefigge: BEATSON, *Anson's law of contract*, 2002, 413. Possibilisti sul punto, invero, appaiono P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 278, nota 173, e GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., 405.

Si rimarca, anzitutto, il carattere generale della disciplina di cui all'art. 1419 c.c., che sarebbe derogabile solo in presenza di un'espressa previsione di legge in tal senso⁶³³.

Si sottolinea, poi, che il potere sostitutivo del giudice realizza una forte incisione dell'autonomia negoziale, dovendo in virtù di ciò reputarsi eccezionale e tassativo⁶³⁴ (anche in considerazione della riserva di legge di cui all'art. 41, comma 3, Cost., dal quale si evincerebbe che la libertà di contrattare delle parti può essere limitata soltanto nei casi normativamente previsti in modo espresso⁶³⁵).

Si ritiene, ancora, che la tipicità delle sentenze costitutive (art. 2908 c.c.) costituisca un ostacolo insormontabile all'ammissione della sostituzione giudiziale nei casi in cui essa non è espressamente prevista.

Si richiama, infine, il principio secondo cui "*ubi voluit, dixit*": in tal senso, il riequilibrio ad opera del giudice non sarebbe coerente con l'intenzione del legislatore laddove la norma si limita a porre un "divieto" e a sanzionarne il mancato rispetto con la nullità (c.d. imperatività negativa), senza dettare, anche eventualmente a mezzo dell'opera concretizzatrice del giudice, una disciplina sostitutiva del rapporto⁶³⁶.

Tali obiezioni non appaiono del tutto persuasive.

Non convince, anzitutto, l'assunto per cui in mancanza di deroghe espresse dovrebbe sempre e comunque applicarsi la regola generale di cui all'art. 1419 c.c.. Come si è accennato, l'art. 1419 c.c. non sembra includere nel proprio ambito applicativo il particolare fenomeno della nullità per iniquità

⁶³³ Anche con riguardo alle nullità parziali per iniquità dovrebbe applicarsi, in mancanza di deroghe, l'art. 1419 c.c.. In proposito, v. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 161: "*l'art. 1419 c.c., norma che regola gli effetti della nullità di una parte del contratto senza nulla dire quanto alle cause della nullità, dovrebbe decidere dell'estensione della nullità del patto*". Va registrata, sul punto, l'opposta opinione che per la corrispondente problematica è diffusa nella letteratura tedesca, in cui alcuni autori qualificano come "sussidiaria" la regola generale, superandola non solo di fronte a deroghe espresse ma anche in considerazione del *Sinn* della singola previsione di nullità: FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, cit., 576. Possibilista sul punto appare P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 278, nota 173.

⁶³⁴ BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 747, qualifica come "*quasi sconosciuti ed eccezionali*" i poteri di riequilibrio assegnati al giudice dall'art. 7 d.lgs. 231/02.

⁶³⁵ SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., 51.

⁶³⁶ Si veda, con specifico riguardo all'art. 9 l. 192/98, MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 83.

quando essa investe una parte di clausola⁶³⁷. Nel sistema, inoltre, è dato rinvenire fattispecie di nullità parziale nelle quali, pur non essendovi un'esplicita deroga all'art. 1419 c.c., è ritenuta pacifica la sua non applicazione: si pensi alle clausole della c.d. *black list* di cui all'art. 36 d.lgs. 206/05, peraltro investite interamente, e non soltanto *pro quota*, dalla nullità.

Quanto all'infondatezza dell'attribuzione di una connotazione di eccezionalità all'intervento riequilibratore del giudice, desunta dal solo fatto che esso realizzerebbe una forma di eterointegrazione del contratto, si è già ampiamente detto in precedenza⁶³⁸. Va aggiunto che appare improprio il richiamo alla riserva di legge di cui all'art. 41, comma 3, Cost.: il riequilibrio giudiziale del contratto nullo non può inquadrarsi tra “*i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”, costituendo piuttosto lo strumento per delimitare il riconoscimento degli atti negoziali nei limiti in cui essi siano il frutto del libero dispiegamento dell'autonomia sostanziale delle parti⁶³⁹.

Opinabile appare anche il richiamo alla tassatività delle sentenze costitutive (art. 2908 c.c.): si è visto infatti che la riconduzione ad equità del contratto parzialmente nullo, concretando una mera operazione di quantificazione dell'oggetto della nullità, pare svolgersi nell'ambito di una pronuncia di natura dichiarativa e determinativa.

Resta da spiegare, certo, la ragione per cui il legislatore in determinati casi (come quelli che stiamo analizzando: artt. 6 e 9 l. 192/98; art. 3 l. 287/90; art. 34, comma 2, d.lgs. 206/05) ha ritenuto di non doversi esprimere circa l'attuabilità di sostituzioni legali o giudiziali e, più in generale, sulla sorte del contratto parzialmente nullo.

⁶³⁷ È, questa, un'interpretazione certamente restrittiva dell'art. 1419 c.c.: il quale, postulando una rigida alternativa tra conservazione della porzione residua e caducazione dell'intero contratto, non intenderebbe regolare (proprio) quelle ipotesi nelle quali la nullità attinge *pro quota* elementi essenziali del contratto.

⁶³⁸ Sulla non eccezionalità delle tecniche che, in varia maniera (mediante sostituzione, riduzione, integrazione dispositiva o mera sottrazione della clausola), assicurano la conservazione del contratto a scopi di protezione, può rinviarsi alle considerazioni di PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 231-232.

⁶³⁹ Sul punto v. diffusamente *supra*, 83 ss.

Va detto, soprattutto, che il solo argomento teleologico non appare di per sé idoneo a legittimare il riequilibrio giudiziale del contratto parzialmente nullo, in difetto di un'espressa previsione. I numerosi sforzi profusi in tal senso dalla dottrina, in specie tedesca e francese, ma anche italiana, hanno rivelato l'insufficienza del solo argomento *ex ratione nullitatis* a fondare discipline alternative all'art. 1419 c.c.⁶⁴⁰.

Non è un caso che numerosi autori prospettino giustificazioni ulteriori per garantire alla nullità parziale, quando essa dipenda da iniquità derivante da abusi, un trattamento giuridico diverso: il riferimento è a chi invoca il peculiare inquadramento delle nullità in questione, le quali trarrebbero origine, invece che dalla violazione di norme imperative, dal contrasto col c.d. "ordine pubblico di protezione"⁶⁴¹; o a chi ipotizza che l'inciso finale dell'articolo 1418, comma 1, c.c. ("*salvo che la legge disponga diversamente*") consentirebbe di "modulare" la nullità nella maniera più adeguata al singolo caso⁶⁴².

Invero, una volta assunto che l'art. 1419 c.c. non si applichi ai casi in esame, appare ineludibile il ricorso allo strumento dell'analogia. Messa da parte la

⁶⁴⁰ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 8, nota 16: "Ci sembra sin d'ora sicuro che la constatazione del mero, empirico, bisogno di conservazione non sia argomento in sé sufficiente a togliere di mezzo l'art. 1419 c.c.". Anche la giurisprudenza è piuttosto restia ad utilizzare l'argomento *ex ratione nullitatis* per "costruire", di volta in volta, un autonomo statuto della nullità parziale. Non basta, al riguardo, richiamare il metodo ermeneutico della c.d. "analisi economica del diritto" (che pure ha influenzato alcune pronunce della Suprema Corte: v. Cass., SS. UU., 20 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769), limitandosi a constatare che una nullità parziale con riequilibrio giudiziale è più efficiente allo scopo di disincentivare abusi di autonomia negoziale da parte del contraente forte. Non è sufficiente, d'altronde, invocare l'argomento della "riduzione teleologica", caro alla dottrina tedesca sul § 138, Abs 2, BGB (su cui v. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, 1996, 92), che autorizzerebbe l'interprete a ricavare eccezioni alla regola generale quando l'applicazione di quest'ultima appare socialmente inaccettabile: MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., 177 ss.

⁶⁴¹ D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., 644 ss.; DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 685 ss.. Si è già detto che un tale inquadramento risulta scarsamente convincente: v. *supra*, 103-104. Va aggiunto che, comunque, l'art. 1419 c.c. non limita il proprio ambito di operatività alle nullità per violazione di norme imperative. Anche volendo aderire al suddetto inquadramento, quindi, nessun risultato se ne ricaverebbe quanto alla giustificazione di una disciplina della nullità parziale che esuli dalla norma codicistica.

⁶⁴² SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., 43; CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit., 185; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 451; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 43 ss. e 235 ss.. L'argomento è giustamente criticato da D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 153, nota 71, il quale rileva che "il criterio della salvezza di una diversa disposizione legale, anche se inteso in senso non restrittivo, si limita a decidere della nullità o meno del negozio, e non certo del regime della nullità".

norma codicistica, in assenza di una specifica previsione derogatrice, non potrebbe che constatarsi nei suddetti casi la presenza di una lacuna normativa e, dunque, la necessità di attuare il procedimento analogico al fine di rinvenire la disciplina applicabile⁶⁴³.

È a questo punto, nel momento in cui è chiamato a fondare il potere sostitutivo del giudice per il tramite dell'*analogia legis*, che l'interprete incontra alcuni ostacoli difficilmente superabili.

È vero, infatti, che non può invocarsi in senso preclusivo l'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, non essendo classificabili come eccezionali le norme che prevedono il riequilibrio giudiziale del contratto parzialmente nullo⁶⁴⁴.

Risulta problematica, tuttavia, l'individuazione della specifica disciplina analogicamente applicabile ad ogni singolo caso, visto che, come si è ampiamente evidenziato, l'intervento di riequilibrio da parte del giudice si presenta di volta in volta con sfumature differenti⁶⁴⁵.

Soprattutto, ancora più in radice, ciò che sembra mancare nei rapporti tra le fattispecie espressamente regolate (con la previsione di un riequilibrio giudiziale) e le ipotesi di pretesa lacuna normativa è la similarità dei casi, stante la singolarità della *ratio* di ciascuna delle norme che disciplinano i

⁶⁴³ In tema di nullità del patto che realizzi un abuso di dipendenza economica, v. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., 645. Numerosi, poi, sono gli autori che sostengono l'applicabilità analogica della regola – non più eccezionale – per la quale “*il contratto rimane valido per il resto*” (art. 34 d.l.gs. 206/05), regola che, essendo prevista per evitare che l'estensione della nullità all'intero contratto privi di sostanziale tutela il contraente debole, andrebbe utilizzata per analogia nei casi simili in cui, mancando una specifica disciplina sull'estensione della nullità, sussista la medesima esigenza: PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 21 ss., 173 ss., 232 ss.; BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit. 549; SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 815 ss.

⁶⁴⁴ Si rimanda sul punto alle riflessioni svolte nel cap. II, par. 1, all'esito delle quali si è chiarito che anche una considerazione dell'intervento del giudice alla stregua di un'integrazione cogente del contratto non ne implicherebbe l'eccezionalità.

⁶⁴⁵ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 167. Va sottolineato che l'eterogeneità qui invocata si riferisce alle ipotesi di riequilibrio del contratto originariamente iniquo. Non si prendono neppure in considerazione, invece, quelle disposizioni, come gli artt. 1464, 1467, 1660 e 1664 c.c., che prevedono la riconduzione ad equità del contratto in conseguenza di sopravvenienze, le quali, regolando un fenomeno notevolmente differente, non possono essere invocate ai fini del procedimento analogico: BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., 316 ss.; AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 264. Sulla diversità funzionale tra il riequilibrio giudiziale che scaturisce da alterazioni sopravvenute del sinallagma e la riconduzione ad equità del contratto originariamente iniquo, v. ampiamente nel cap. II, par. 3.

patti abusivi. Vi è, a questo riguardo, una significativa discrepanza tra le finalità che il legislatore persegue, rispettivamente, in presenza di un'asimmetria informativa e dinanzi a una disparità di potere economico⁶⁴⁶, nonché tra le norme poste esclusivamente a tutela del contraente debole (come l'art. 13, comma 5, l. 431/98) e quelle invece rivolte alla salvaguardia del meccanismo concorrenziale (come l'art. 7 d.lgs. 231/02; o l'art. 9 l. 192/98)⁶⁴⁷.

Per queste ragioni non sembra condivisibile la posizione di chi suggerisce, ad esempio, il riequilibrio giudiziale del patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica (art. 9 l. 192/98) mediante l'applicazione analogica dell'art. 13 l. 431/98⁶⁴⁸ o dell'art. 7 d.lgs. 231/02⁶⁴⁹.

La tentazione, allora, può essere quella di sostenere che il ricorso all'*analogia legis* non sia necessario, essendo adoperabile il differente strumento dell'*analogia iuris*. Si potrebbe affermare, cioè, che il potere di riequilibrio è implicitamente conferito al giudice da ogni disposizione che

⁶⁴⁶ PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, 2002, 467 ss.; NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, 2004, 82 ss.; CALVO, *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 899 ss.; PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, 2002, 361; CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico – ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 862; VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., 3 ss.; ALBANESE, *Violazioni di norme imperative e nullità del contratto*, 87 ss. Più in generale MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere: costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, cit., 252 ss., sottolinea come l'eterogeneità tra le diverse previsioni caratterizzate dalla finalità di protezione sia di ostacolo al "trasferimento" delle relative discipline.

⁶⁴⁷ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 234 e 285; MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere: costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, cit., 249 ss.

⁶⁴⁸ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 242, secondo cui l'art. 13, comma 5, l. 431/98, nel proteggere la parte più debole del rapporto consentendo la prosecuzione del rapporto mediante un riequilibrio giudiziale del contratto, "esprime un principio dell'ordinamento che non può non trovare applicazione in fattispecie nelle quali si profila la medesima esigenza: lo strumento analogico induce a prospettare l'estensione innanzitutto all'art. 9 l. 192/98". Non è chiaro, in verità, se l'A. intenda riferirsi ad un procedimento di *analogia legis* o di *analogia iuris*. Ad ogni modo, le situazioni disciplinate dall'art. 13 l. 431/98 e dall'art. 9 l. 192/98 sono notevolmente diverse, non soltanto sotto il profilo funzionale (la prima è una nullità di pura protezione, la seconda ha come scopo ultimo la tutela della concorrenza) ma anche sul piano strutturale (la prima disciplina le conseguenze di una nullità totale, la seconda commina una nullità parziale).

⁶⁴⁹ VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 148: "L'art. 7 d.lgs. 231/02 può candidarsi a rappresentare una base normativa di riferimento per le ipotesi in cui si rende necessario (od opportuno) colmare la lacuna determinata nel negozio a seguito della comminatoria di nullità e il ricorso alla sostituzione con le regole legali è impedito o dalla loro inesistenza o in quanto l'intervento sul contratto viene operato dal giudice nel silenzio di una disposizione che ne individui linee e criteri".

commini la nullità di una clausola per iniquità, poiché in questi casi, in base ad un principio generale, l'invalidità avrebbe sempre ad oggetto la sola parte di clausola che ne determina l'iniquità (o, se si preferisce, la clausola nella sola misura in cui è iniqua).

In questa direzione sembrano muovere i ragionamenti di chi ritiene che un patto disapprovato perché iniquo, logicamente, non possa che essere sostituito dal patto equo, ossia ricondotto ad equità⁶⁵⁰.

Una tale prospettazione, tuttavia, non convince.

È vero infatti che la nullità parziale, quando trova la sua causa nell'iniquità di una clausola, raramente colpisce quella clausola nella sua interezza, assumendo invece spesso una connotazione quantitativa delimitata in concreto proprio dall'intervento giudiziale di riequilibrio⁶⁵¹. Ciò non consente, però, di ricavarne un "*principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato*" suscettibile di essere analogicamente applicato.

Del resto, l'assunto per cui ogni qual volta la legge commina una nullità per iniquità vuole in realtà intendere che il patto (o la singola clausola) è nullo "nella misura in cui è iniquo", di modo che la riconduzione ad equità da parte del giudice può considerarsi pienamente rientrante nel disposto normativo, trova ampie smentite nelle pieghe del diritto positivo: vi sono norme, come l'art. 1815 c.c. e l'art. 33, comma 2, lett. f) d.lgs. 206/05, che dalla nullità per iniquità fanno discendere l'invalidazione dell'intera

⁶⁵⁰ MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 699, nota 105; e POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 239 ss., il quale propone un'applicazione sistematica degli artt. 3.2.7 Principi Unidroit e 13 l. 431/98, accomunati dal fatto di sfociare nel riequilibrio giudiziale del patto iniquo. Sul punto, v. anche D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 284. Nella letteratura straniera, si segnala il FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, cit., 577, che richiama a questo riguardo l'antico passo di Marciano (Marc., *inst.*, D. 22.1.29) secondo cui "*quod illicite adiectum est pro non adiecto haberi et licitas peti posse*".

⁶⁵¹ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 169: "*Tenuto conto che si norma l'intervento su un regolamento squilibrato passa per il suo riequilibrio, e non per la sua distruzione, razionalità di sistema imporrebbe di ritenere non eccezionali quelle previsioni di nullità protettiva che derogano alla disciplina comune della nullità garantendo un simile riequilibrio*". Possono richiamarsi, in tal senso, anche i casi in cui la nullità della clausola è determinata dal superamento del termine legale massimo di durata (artt. 1501, 1573.2125, 2596 c.c.), nei quali il rimedio è costituito dalla riduzione *ex lege* del termine e non già dalla sua eliminazione. Lo stesso è a dirsi per il patto di riscatto ad un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita, il quale è nullo "*per l'eccedenza*" e non già nella sua interezza (art. 1500 c.c.).

clausola⁶⁵², sia pure con salvezza del contratto per il resto; e lo stesso art. 7 d.lgs. 231/02, nel sancire la nullità dell'accordo gravemente iniquo in danno del creditore, prevedeva, a fianco e in alternativa alla riconduzione ad equità, l'applicazione della disciplina dispositiva di legge⁶⁵³.

Questi dati impediscono, a ben vedere, di affermare l'esistenza nel sistema di un principio generale per cui alle nullità da squilibrio debba sempre e comunque conseguire il riequilibrio giudiziale dei contenuti negoziali.

In conclusione, il vigente panorama normativo non sembra offrire gli spazi e i presupposti necessari per estendere, nel quadro dell'attuale disciplina sulla nullità parziale, l'ambito applicativo del rimedio della riconduzione ad equità del contratto da parte del giudice.

Certo, stante la dubbia consistenza degli ostacoli di ordine generale frapposti dalla dottrina tradizionale, non può escludersi in via assoluta e pregiudiziale l'applicabilità per analogia delle regole che prevedono il riequilibrio giudiziale delle clausole nulle, soprattutto con riguardo a quelle situazioni, come i contratti tra imprese in posizione asimmetrica, in cui la nullità per iniquità è rivolta simultaneamente alle finalità di tutela del contraente debole e di salvaguardia della concorrenza nel mercato.

L'eventualità di un'applicazione analogica, tuttavia, potrà divenire concretamente prospettabile soltanto nel caso in cui l'evoluzione legislativa dovesse dar luogo ad un quadro di maggiore uniformità.

⁶⁵² Reputa però eccezionali tali scelte POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 246 ss., laddove per i patti (nulli perché) iniqui sarebbero invece generalmente applicabili le soluzioni che contemplano il riequilibrio da parte del giudice.

⁶⁵³ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 290.

BIBLIOGRAFIA

- ABRIANI N., *Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994
- ADDUCCI E. – DI ZILLO A. – SANI A., *Patrimoni separati. Creditori da fatto illecito e tutela della stabilità della società costituente patrimoni destinati*, 2007
- ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 1179 e ss.
- ALBANESE A., *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008
- ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003
- ALESSI R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 961 ss.
- ALPA G., *Status e capacità giuridica*, in *Vita not.*, 1992, I, 433 ss.
- 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
- ALPA G., *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in *Lezioni di diritto privato*, a cura di Alpa e Capilli, 2007, 3 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., *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, II, 285 e ss.
- AMATO F., *La disciplina legale del lavoro a tempo parziale: l'art. 5 della legge 19.12.1984 n. 863*, in *Lav. 80*, 1985, 719 ss.
- ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996
- ARNAUDO L., *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 2, 377 ss..
- ASCARELLI T., *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 61 ss.
- ATIYAH P., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979
- AURICCHIO A., *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957
- BARAK A., *La discrezionalità del giudice*, trad. it. a cura di Mattei, Milano, 1995
- BARALDI M., *Warrants e patto d'opzione*, Padova, 2012

- 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, 455 ss.
- 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, 310 ss.
- BARCELLONA P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962
- BARCELLONA P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973
- BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969
- BARCELLONA P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962
- BARCELLONA P., *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Napoli, 1987
- BARCELLONA P., voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 487 ss.
- BEATSON J., *Anson's law of contract*, Oxford, 2002
- BELFIORE A., *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, Torino, 2003, 1 ss.
- BERNINI G., *L'arbitrato*, Bologna, 1993
- BERNINI G., *Acquisizione di società e determinazione del prezzo*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* diretto da Galgano, I, 1995, 243 ss.
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corr. 2 ed., Napoli, 1994
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 2 ed., Milano, 1971
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2 ed., Milano, 2000
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994
- BIGLIAZZI GERI L., *Sul significato del termine "clausola" in relazione al comma 2 dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 688 ss.

- BIGLIAZZI GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino, 1988, 154 ss.
- BISCONTINI G., *Conversione legale e rapporti usurari. A proposito di una recente giurisprudenza*, in *Rass. Dir. civ.*, 2000, 518 ss.
- BISCONTINI G., *Onerosità, corrispettività e qualificazione del contratto. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984
- BOBBIO N., voce *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1957
- BONELL M. J., voce *Lex mercatoria*, in *Dig. disc. priv.*, IX, Torino, 11 ss.
- BONELL M. J., *Verso un codice europeo dei contratti?*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 171 ss.
- BONELL M. J. – BONELLI F., *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997
- BONELL M. J., *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 935 ss.
- BONELL M. J., *Un "Codice" Internazionale del diritto dei Contratti*, Milano, 1995
- BONILINI G., *L'invalidità del contratto*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Bessone, 2001, 737 ss.
- BRANDOLINI E., *Il contratto di agenzia*, Torino, 2010
- BRECCIA U., *Causa*, in *Il contratto in generale*, tomo III, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, Torino, 1999, 3 ss.
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968
- BREGOLI A., *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 715 ss.
- BROLO M., *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Napoli, 1991
- BRUNS A., *Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status?*, in *Juristenzeitung*, 2007, 385 ss..
- BUCCI A. – MALPICA E. – REDIVO R., *Manuale delle locazioni*, Padova, 1989
- BÜLOW O., *Das Geständnissrecht. Ein Beitrag zur allgemainen Theorie der Rechtshandlungen*, Leipzig, 1899
- BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000

- BUSNELLI F. D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 537 ss.
- CALAIS AULOY J. – STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, Paris, 2006
- CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale, 2, Il diritto delle società*, 5 ed., Torino, 2002
- CARBONE V., *Interessi usurari dopo la l. 108/96*, in *Corr. giur.*, 1998, 438 ss.
- CARINGELLA F., *Studi di diritto civile, 3, Obbligazioni e responsabilità*, Milano, 2007
- CARINGELLA F. – MAZZAMUTO S. – MORBIDELLI G., *Manuale di diritto civile*, Roma, 2009
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948
- CARNELUTTI F., *Tentativo contrattuale*, in *Foro it.*, 1948, I, 240 ss.
- CARNEVALI U., *La donazione modale*, Milano, 1969
- CARRARO L., *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943
- CARRATO A. – SCARPA A., *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, 3 ed., Milano, 2010
- CARRESI F., voce *Rescissione*, *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 1 ss.
- CARRESI F., *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 365 ss.
- 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.
- CARRIERO G., *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XXXI, Torino, 2002, 80
- CARUSI F., voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 711
- CASELLA M., *Nullità parziale e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974
- CASSANO G., *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Padova, 2009
- CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 5 ss.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, 1165 ss.

- CASTRONOVO C., *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 4, 1037 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., *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 29 ss.
- CASTRONOVO C., *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss.
- CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2008
- CASUCCI F., *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001
- CATAUDELLA A., *I contratti, parte generale*, Torino, 1990
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966
- CATAUDELLA A., *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, 361 ss.
- CATAUDELLA M. C., *Contratti di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008
- CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 613 ss.;
- CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti di impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 849 ss.
- CICALA R., *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968
- CONTI R., *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1, 99 ss.
- CORSARO L., voce *Rescissione*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, Torino, 1993, 628 ss.
- COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, 422 ss..
- CRESCI G., *I contratti di subfornitura. Premessa*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 199, 725 ss.
- CRISCUOLI G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959
- CUFFARO V., *I contratti di utilizzazione dei beni*, Padova, 2008
- CUFFARO V., *Patti contrari alla legge*, in *Riv. Dir. civ.*, 1999, 465 ss.

- D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008
- D'AMICO G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 625 ss.
- D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996
- D'AMICO G., voce *Nullità non testuale*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, 798 ss.
- D'ANDREA S., *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006
- D'ANGELO A., *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, IV in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, Torino, 2004
- D'ANTONIO A., *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974
- DE CRISTOFARO G., *Note introduttive*, in *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 461 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Stud. iur.*, 2003, 13.
- DE GIOVANNI B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964
- DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993
- DE NOVA G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 485 ss.
- DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss.
- DE NOVA G., *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 449 ss.
- DELL'AQUILA E., *L'adeguatezza fra i vantaggi nei contratti onerosi*, in *Studi senesi*, 1979, 452 ss.
- DIENER M. C., *Il contratto in generale, Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, 1 ed., Milano, 2002
- DI MAJO A., *La nullità*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, tomo VII, Torino, 2002, p. 31 ss.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, 3 ed., Milano, 2004
- DI MAJO A., *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di Salvi, Milano, 1978, 89 ss.

- DI MAJO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967
- DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 1999
- DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, IV, p. 721 ss.
- DI MARZIO F., *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 479 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., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 681 ss.
- DIMUNDO A., *L'arbitraggio. La perizia contrattuale*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa, in *Giurisprudenza sistematica civile commentata*, I, Torino, 1999, 145 ss.
- ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983
- ESSER J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956
- FARJAT G., *L'ordre publique économique*, Paris, 1963
- 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.
- FERRARA F. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, 14 ed., Milano, 2009
- FERRARO G., *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, 572 ss.
- 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., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1992
- 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
- FILANTI G., voce *Nullità (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXI, 1 ss.

- FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983
- FINZI E., *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, 1920
- FLUME W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1975
- FRAGALI M., *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, 312 ss.
- FRANZESE L., *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, n. 5, 771 ss.
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, II, Artt. 1374 – 1381, in *Comm. Schlesinger*, 1999, 3 ss.
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, I, 83 ss.
- FUSARO A., *La nullità parziale*, in *Giur. sist. di Bigiavi, I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, III, Torino, 1991
- GABRIELLI E., *Il contenuto e l'oggetto*, in *I contratti in generale* a cura del medesimo, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, 1999, 635 ss.
- GABRIELLI E., voce *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Dig. disc. priv.*, agg. III, I, Torino, 2007, 306 ss.
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, 2 ed., Padova, 2010
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1999
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Milano, 2005
- GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja – Branca*, a cura del medesimo, art. 1372 – 1405, 1993, 4
- GALGANO F., *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, in *Sociologia del diritto*, 1990, 53 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
- GALGANO F., *Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 1993, 419 ss.
- GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, 417 ss.
- GALGANO F., *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. e Impr.*, 1991, 461 ss.
- GALLI R., *Appunti di diritto civile*, Padova, 2008

- GANDOLFI G., *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988, 336
- GANDOLFI G., *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1049 ss.
- GATTI S., *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 443 ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 12 ed., Napoli, 2006
- GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970
- GENTILE F., *Politicità e positività nell'ordinamento giuridico*, I, *L'opera del legislatore*, Padova, 1992
- 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., *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I contr.*, 1/2003, 200 ss.
- GENTILI A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1997, 424 ss.
- GENTILI A., *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982
- GENTILI A., *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990
- GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géometrie*, in *I contr.*, 2/2006, 159 ss.
- GENTILI A., *L'invalidità del contratto di locazione*, in *Le locazioni urbane. Vent'anni di disciplina speciale*, a cura di Cuffaro, 1999, 83 ss.
- GHESTIN J., *Traité de droit civil*, II, *Les obligations. Le contrat*, Paris, 1980
- GILMORE G., *The Death of Contract*, Columbus, 1974
- GIOIA G., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 3, 1332 ss.
- GIOIA G., *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 600 ss.
- GIOIA G., *Usura: il punto della situazione*, in *Corr. giur.*, 2001, 4, 43 ss.
- GIOIA G., *La subfornitura nelle attività produttive*, in *Corr. giur.*, 1998, 882 ss.
- GIORDANO A., *I contratti per adesione*, Milano, 1951

- GIORGIANNI M., *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1961, 391 ss.
- GIOVAGNOLI R. – FRATINI M., *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010
- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, Padova, 2008
- GITTI G., *Il contratto in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 697 ss.
- GOBBO F., *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001
- GORLA G., *La logica illogica del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 255 ss.
- GORLA G., *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 18 ss.
- GORLA G., *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, 108 ss.;
- GORLA G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, I, I lineamenti generali*, Milano, 1954, 240 ss.
- GRASSELLI G., *La locazione di immobili nel codice civile e nelle leggi speciali*, Padova, 1999
- GRASSETTI C., voce *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 172 ss.
- GRUNDMANN S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 257 ss.
- GUARINO A., *Diritto privato romano*, 11 ed., Napoli, 1997
- GUARRACINO F., *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1997, 609 ss.
- GUCCIONE A. V., *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano, 2008
- HOBBS T., *Leviathan*, trad. it. a cura di Santi, Milano, 2001
- ICHINO P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, V, 1, Milano, 1984
- INZITARI B., *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979
- IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 541 ss.
- IRTI N., *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973

- IRTI N., voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1963, 799 ss.
- IRTI N., voce *Rilevanza giuridica* in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1094 ss.
- IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, 347 ss..
- IRTI N., *Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato*, Milano, 1992
- IRTI N., *Introduzione allo studio del diritto privato*, 4 ed., Padova, 1990
- 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..
- JAPIOT R., *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Dijon, 1909
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di Treves, Einaudi, Torino, 1967
- LA SPINA A., *Destruzzurazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012
- LAMICELA M., *Lo ius superveniens e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*, Padova, 2003
- LANZILLO R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, 274 ss..
- LANZILLO R., *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978
- LAUDONIO A., *Le clausole di close-out netting nel d.lgs. 170/04*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 562 ss.
- LAZZARO F. – DI MARZIO M., *Le locazioni per uso abitativo*, Milano, 2007
- 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, 933 ss.
- LIPARI N. – RESCIGNO P., *Diritto civile*, III, Milano, 2009
- LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970
- LONGU T., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 345 ss.
- LUCARELLI F., *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Napoli, 1964
- LUMINOSO A., *La mediazione*, Milano, 2006
- MAFFEIS D., *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *I contr.*, 2003, 623 ss.

- MAFFEIS D., *Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, a cura di De Nova, Milano, 1998, 77 ss.
- MAFFEIS D., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007
- MAINE H., *Ancient law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London, 1912
- MANTOVANI M., *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, 68 ss.
- MARICONDA V., *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: la pretesa nullità relativa ai parcheggi*, in *Corr. giur.*, 1987, 858 ss.
- MARINO R., *La disciplina delle garanzie finanziarie*, Napoli, 2006
- MARRELLA F., “*La nuova lex mercatoria*”, del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da Galgano, XXX
- MASI A., voce *Nullità (storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, 859 ss.
- MAUGERI M. R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003
- 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
- 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.
- 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.
- MENGONI L., *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.
- MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.
- MENGONI L., *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 80

- MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005
- MESSINEO F., voce *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, II, 1960, Milano, 469 ss.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, 1968, I
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1950
- MINERVINI G., voce *Commissione*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1967, 637 ss.
- MIRABELLI G., *La rescissione del contratto*, 2 ed., Napoli, 1962
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario Utet*, Torino, 1980, 48 ss.
- MONTICELLI S., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995
- MONTICELLI S., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 2, 174 ss.
- MONTICELLI S., *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 565 ss..
- MURINO F., *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2010
- NANNA M. C., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010
- NATOLI R., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974
- NAVARRETTA E., *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007
- NERVI A., *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 495 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.
- NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975
- OPPO G., *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943
- OPPO G., *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2006, I, 43 ss.

- PADOVINI F., *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Stud. iur.*, 1999, 1 ss.
- PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002, 455 ss.
- PAGLIUSO F., *Disciplina dell'usura e rescissione del contratto*, Catanzaro, 2003
- PANZA G., *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973
- PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995
- PATTI G. – PATTI S., *Inserzione automatica di clausole*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1993, 253 ss.
- PATTI S., voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 1 ss.
- PERFETTI U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005
- PERFETTI U., *La mediazione. Profili sistematici ed applicativi*, Milano, 1996
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss.
- PERLINGIERI P., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto, Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo – comunitario delle fonti*, Napoli, 2006
- PERONE G., voce *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 34 ss.
- PERRONE A., *L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, 64 ss.
- PERSIANI M., *Diritto sindacale*, Padova, 2005
- POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001
- PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abusi di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buonafede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 658 ss.
- PUCCINI L., *Studi sulla di nullità relativa*, Milano, 1967
- PUGLIATTI S., *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 234 ss.
- PUGLIATTI S., *La simulazione dei negozi unilaterali*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, 539 ss.
- PUGLIATTI S., *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951

- PUGLIATTI S., *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, 189 ss.
- QUADRI R., *Nullità e tutela del “contraente debole”*, in *Contr. e impr.*, 2001, 1143 ss.
- RABITTI M., *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000
- RAISER L., *Il compito del diritto privato*, a cura di Mazzoni, Milano, 1990
- RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 205 ss.
- 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.
- RESCIGNO P., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 ss.
- RINALDI R. – TURITTO F., *L'abuso di dipendenza economica*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, a cura di Sposato e Coccia, Torino, 1999, 121 ss.
- RIVA SANSEVERINO L., sub art. 2099, in *Disciplina delle attività professionali. Dell'impresa in generale, Commentario Scialoja-Branca*, 6 ed., 290
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ss.
- ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008
- ROMANO SALV., *Autonomia privata*, Milano, 1957
- ROMANO SALV., *Contributo esegetico allo studio della simulazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, I, 15 ss.
- ROMANO SALV., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961
- ROMANO SALV., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, Napoli, 1970
- ROMANO SANTI, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1917
- ROPPO V., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 686 ss.
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002

- ROTONDI M., *L'abuso del diritto. Aemulatio*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 104 ss.
- RUSSO D., *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001
- RUSSO D., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 585 ss.
- SACCO R., voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 294 ss.
- SACCO R., voce *Autonomia nel diritto privato* in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 517 ss.
- SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, 1975
- SALANITRO U., *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9 ed., Napoli, 1966
- 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
- SATTA S., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959
- SCADUTO G., *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 231 ss.
- SCADUTO G., *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, XI, 1923, 55 ss.
- SCALISI V., voce *Inefficacia (dir. priv.)* in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1978, 324 ss.
- SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, n. 3/2001, 489 ss.
- SCALISI V., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011
- SCHLESINGER P., *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, 725 ss.
- SCIALOJA A., *Nullità e inefficacia*, in *Saggi di vario diritto*, Roma, 1927
- SCIALOJA A., *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Scritti giuridici*, III, 1, Roma, 1932
- SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992

- 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., *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist. 2 ed., Napoli, 2008
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, 1972
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, 1970
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Inefficacia*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 1 e ss..
- SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza Costituzionale*, 1978, Milano, 15 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 nullità partielle des actes juridiques*, Paris, 1969
- 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
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, 2 ed., Padova, 1961
- TABET A., voce *Locazione in generale*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1982, 1009
- TAMPONI M., *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 105 ss.
- TERRE F. – SIMLER P. – LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 10 ed., 2009
- 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.
- TOMMASINI R., voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1978, 575 ss.
- TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 19 ed., Milano, 2009
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, 15 ed., Padova, 2001
- TRABUCCHI A., *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in *Il Contratto, silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, 1 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., *Codice delle locazioni*, Milano, 2010
- TRIMARCHI P., *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temì*, 1955
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, 18 ed., Milano, 2009
- TRIMARCHI V. M., voce *Clausola penale*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1964, 353
- TROIANO S., *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005
- TUCCI G., *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. e impr.*, 1998, 469 ss.
- VALLE L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004
- VARRONE C., *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972
- VASETTI M., voce *Arbitraggio*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1968, 823 ss.
- VASSALLI F., *Sommario delle lezioni sulla teoria dei negozi giuridici*, Roma, 1934
- VENOSTA F., *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004
- VENUTI M. C., *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993
- VILLA G., *Le invalidità tra modello tradizionale e nuove discipline*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema* (a cura di Macario e Milletti), Milano, 2006, 413 ss.

- VILLA G., *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, 3 ss.
- VISINTINI G., *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009
- VOLPE F., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 40 ss.
- VON ESCHE P., *Teilnichtige Rechtsgeschäfte, Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 Bgb*, Köln, 1968
- WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di Fadda e Bensa, I, Torino, 1926
- ZICCARDI F., *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 1969, 108 ss.
- ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991

GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia dell'UE

Corte di Giustizia UE, sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/08

Corte Costituzionale

Corte Cost. 15 giugno 1956, n. 6
Corte Cost. 23 aprile 1965, n. 30
Corte Cost. 21 marzo 1969, n. 37
Corte Cost. 15 maggio 1990, n. 241
Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210
Corte Cost., ord. 21 luglio 1992, n. 338
Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268
Corte Cost. 26 giugno 1996, n. 236
Corte Cost. 19 giugno 1998, n. 227
Corte Cost. 10 maggio 1999, n. 154
Corte Cost. 29 ottobre 1999, n. 406
Corte Cost. 17 marzo 2000, n. 70
Corte Cost. 11 ottobre 2000, n. 416
Corte Cost. 31 ottobre 2000, n. 450
Corte Cost. 18 dicembre 2003, n. 14/2004
Corte Cost. 13 luglio 2004, n. 272
Corte Cost. 23 giugno 2005, n. 264
Corte Cost. 15 luglio 2005, n. 283
Corte Cost. 6 luglio 2006, n. 204
Corte Cost., ord. 5 dicembre 2007, n. 420
Corte Cost., ord. 24 gennaio 2011, n. 31
Corte Cost. 7 febbraio 2011, n. 40.

Corte di Cassazione

Cass. 4 agosto 1941, n. 2736
Cass. 22 febbraio 1947, n. 256
Cass. 2 aprile 1947, n. 503
Cass. 21 febbraio 1951, n. 46
Cass., SS. UU., 16 ottobre 1958, n. 3294
Cass. 4 febbraio 1960, n. 163
Cass. 25 marzo 1960, n. 636
Cass. 20 luglio 1960, n. 2021
Cass. 12 ottobre 1960, n. 2666
Cass. 15 novembre 1960, n. 3040
Cass., SS. UU., 18 luglio 1961, n. 1745
Cass. 10 marzo 1962, n. 484
Cass. 8 agosto 1962, n. 2465
Cass. 16 febbraio 1963, n. 357
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. 2 aprile 1966, n. 852
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. 17 febbraio 1969, n. 550
Cass. 24 maggio 1969, n. 1843
Cass. 25 agosto 1969, n. 3024
Cass. 13 dicembre 1969, n. 3965
Cass. 15 settembre 1970, n. 1461
Cass. 8 ottobre 1970, n. 1884
Cass. 4 marzo 1972, n. 629
Cass. 24 marzo 1972, n. 923
Cass. 10 aprile 1973, n. 1016
Cass. 11 febbraio 1974, n. 400
Cass. 14 febbraio 1974, n. 420
Cass. 10 gennaio 1975, n. 91
Cass. 20 gennaio 1975, n. 234
Cass. 16 maggio 1975, n. 1924
Cass. 27 ottobre 1975, n. 3581
Cass. 27 novembre 1975, n. 3974
Cass. 17 dicembre 1976, n. 4664
Cass. 3 ottobre 1977, n. 4206
Cass. 3 ottobre 1977, n. 4228
Cass., SS. UU., 5 dicembre 1977, n. 5261
Cass. 6 febbraio 1978, n. 555
Cass. 22 novembre 1978, n. 5458
Cass. 25 giugno 1979, n. 3551
Cass. 20 settembre 1979, n. 4824
Cass. 10 dicembre 1979, n. 6415
Cass. 8 gennaio 1980, n. 123
Cass. 9 febbraio 1980, n. 899
Cass. 10 marzo 1980, n. 1592
Cass. 17 aprile 1980, n. 2546
Cass. 24 aprile 1980, n. 2749
Cass. 26 maggio 1980, n. 3443
Cass. 5 luglio 1980, n. 4301
Cass. 4 settembre 1980, n. 5100
Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610
Cass. 11 giugno 1981, n. 3783
Cass. 25 giugno 1981, n. 4146
Cass. 1 luglio 1981, n. 4265
Cass. 14 ottobre 1981, n. 5943
Cass. 25 gennaio 1982, n. 483
Cass., SS.UU., 11 febbraio 1982, n. 835
Cass. 26 gennaio 1982, n. 519
Cass. 30 gennaio 1982, n. 590
Cass. 8 febbraio 1982, n. 722
Cass. 19 aprile 1982, n. 2411
Cass. 28 ottobre 1982, n. 5467
Cass. 4 dicembre 1982, n. 6643
Cass. 15 dicembre 1982, n. 6917

Cass. 14 marzo 1983, n. 1884
Cass. 14 giugno 1983, n. 4069
Cass. 1 dicembre 1984, n. 6281
Cass., SS. UU., 17 dicembre 1984, n. 6600
Cass., SS. UU., 17 febbraio 1984, n. 6602
Cass. 21 gennaio 1985, n. 224
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. 9 aprile 1987, n. 3480
Cass. 30 maggio 1987, n. 4822
Cass. 26 giugno 1987, n. 5675
Cass. 29 agosto 1987, n. 7131
Cass. 18 gennaio 1988, n. 321
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. 5 aprile 1990, n. 2835
Cass. 5 agosto 1989, n. 3600
Cass. 9 giugno 1990, n. 5625
Cass. 25 febbraio 1991, n. 2004
Cass. 4 marzo 1991, n. 2231
Cass. 9 marzo 1991, n. 2503
Cass. 3 maggio 1991, n. 4811
Cass. 11 giugno 1991, n. 6616
Cass. 14 giugno 1991, n. 6741
Cass. 1 febbraio 1992, n. 1074
Cass. 25 febbraio 1992, n. 2337
Cass. 6 aprile 1992, n. 4200
Cass. 2 giugno 1992, n. 6716
Cass., SS. UU., 7 gennaio 1993, n. 65
Cass. 1 giugno 1993, n. 6104
Cass. 10 giugno 1993, n. 6487
Cass. 3 dicembre 1993, n. 12013
Cass. 3 febbraio 1994, n. 1091
Cass. 20 aprile 1994, n. 3775
Cass. 7 maggio 1994, n. 4465
Cass. 30 maggio 1994, n. 5265
Cass. 17 giugno 1994, n. 5862
Cass. 24 settembre 1994, n. 7859
Cass. 29 ottobre 1994, n. 7322
Cass. 21 dicembre 1994, n. 11032
Cass. 3 febbraio 1995, n. 1306
Cass. 1 marzo 1995, n. 2340
Cass. 25 marzo 1995, n. 3549
Cass. 10 aprile 1995, n. 4126
Cass. 29 maggio 1995, n. 6036
Cass. 14 giugno 1995, n. 6713
Cass. 28 giugno 1995, n. 7266
Cass. 14 febbraio 1996, n. 1121

Cass. 27 marzo 1996, n. 2749
Cass. 29 marzo 1996, n. 2909
Cass. 16 aprile 1996, n. 3580
Cass. 10 luglio 1996, n. 6298
Cass. 9 agosto 1996, n. 7383
Cass., SS. UU., 5 novembre 1996, n. 9631
Cass. 15 gennaio 1997, n. 341
Cass. 15 gennaio 1997, n. 373
Cass. 21 maggio 1997, n. 4538
Cass. 22 maggio 1997, n. 4598
Cass. 19 luglio 1997, n. 6647
Cass. 23 luglio 1997, n. 6900
Cass. 21 agosto 1997, n. 7822
Cass. 20 ottobre 1997, n. 10248
Cass. 25 marzo 1998, n. 3155
Cass. 3 aprile 1998, n. 3422
Cass. 11 agosto 1998, n. 7871
Cass. 21 ottobre 1998, n. 10439
Cass. 6 novembre 1998, n. 11204
Cass. 18 gennaio 1999, n. 434
Cass. 4 febbraio 1999, n. 973
Cass. 27 marzo 1999, n. 2941
Cass. 13 aprile 1999, n. 3645
Cass. 20 aprile 1999, n. 3902
Cass. 24 settembre 1999, n. 10511
Cass. 5 novembre 1999, n. 12310
Cass. 19 novembre 1999, n. 12879
Cass. 29 dicembre 1999, n. 14692
Cass. 18 aprile 2000, n. 4977
Cass. 28 giugno 2000, n. 8794
Cass. 5 luglio 2000, n. 8970
Cass. 14 luglio 2000, n. 9321
Cass. 27 ottobre 2000, n. 14172
Cass. 14 novembre 2000, n. 14731
Cass. 6 dicembre 2000, n. 15505
Cass. 7 marzo 2001, n. 3272
Cass. 6 aprile 2001, n. 5114
Cass. 6 aprile 2001, n. 5158
Cass. 8 maggio 2001, n. 6380
Cass. 21 maggio 2001, n. 6927
Cass. 27 settembre 2001, n. 12093
Cass. 28 gennaio 2002, n. 982
Cass. 26 marzo 2002, n. 4283
Cass. 19 aprile 2002, n. 5691
Cass. 23 maggio 2002, n. 7528
Cass. 13 giugno 2002, n. 8470
Cass. 14 giugno 2002, n. 8577
Cass. 17 giugno 2002, n. 8967
Cass. 24 giugno 2002, n. 9161
Cass. 26 giugno 2002, n. 9295
Cass. 5 luglio 2002, n. 9759
Cass. 19 luglio 2002, n. 10536

Cass. 16 ottobre 2002, n. 14726
Cass. 23 ottobre 2002, n. 14934
Cass. 5 novembre 2002, n. 15497
Cass. 22 novembre 2002, n. 16492
Cass. 13 gennaio 2003, n. 309
Cass. 4 marzo 2003, n. 3185
Cass. 4 aprile 2003, n. 5324
Cass. 5 maggio 2003, n. 6756
Cass. 23 maggio 2003, n. 8188
Cass. 28 maggio 2003, n. 8492
Cass. 30 maggio 2003, n. 8813
Cass. 11 giugno 2003, n. 9384
Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427
Cass. 11 marzo 2004, n. 5026
Cass. 13 aprile 2004, n. 7012
Cass. 1 luglio 2004, n. 12105
Cass. 30 luglio 2004, n. 14605
Cass. 17 agosto 2004, n. 16037
Cass. 28 agosto 2004, n. 17271
Cass. 18 ottobre 2004, n. 20399
Cass. 23 dicembre 2004, n. 23965
Cass. 30 dicembre 2004, n. 24183
Cass., SS. UU., 4 febbraio 2005, n. 2207
Cass. 4 marzo 2005, n. 4779
Cass. 20 maggio 2005, n. 10690
Cass. 30 giugno 2005, n. 13954
Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128
Cass., SS. UU., 19 settembre 2005, n. 18450
Cass. 28 settembre 2005, n. 18947
Cass. 29 settembre 2005, n. 19024
Cass. 3 ottobre 2005, n. 19308
Cass. 8 novembre 2005, n. 21647
Cass. 11 gennaio 2006, n. 264
Cass. 24 febbraio 2006, n. 4264
Cass. 10 marzo 2006, n. 5160
Cass. 10 marzo 2006, n. 5330
Cass. 17 marzo 2006, n. 5997
Cass. 12 aprile 2006, n. 8619
Cass. 8 maggio 2006, n. 10490
Cass. 12 maggio 2006, n. 11004
Cass. 28 settembre 2006, n. 21066
Cass. 13 novembre 2006, n. 24166
Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183
Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305
Cass. 9 febbraio 2007, n. 2878
Cass., ord. 16 febbraio 2007, n. 3863
Cass. 7 marzo 2007, n. 5273
Cass. 16 maggio 2007, n. 11258
Cass. 21 maggio 2007, n. 11673
Cass. 13 luglio 2007, n. 15669
Cass. 21 luglio 2007, n. 16172
Cass. 6 settembre 2007, n. 18691

Cass. 30 ottobre 2007, n. 22889
Cass., SS. UU., 15 novembre 2007, n. 23726
Cass. 28 novembre 2007, n. 24733
Cass., SS. UU., 18 dicembre 2007, n. 26617
Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, n. 26724
Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, n. 26725
Cass. 7 febbraio 2008, n. 2860
Cass. pen., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654
Cass. 28 marzo 2008, n. 8071
Cass. 28 marzo 2008, n. 8092
Cass. pen. 23 aprile 2008, n. 27412
Cass. 11 giugno 2008, n. 15476
Cass. 6 luglio 2008, n. 21250
Cass. 10 dicembre 2008, n. 29029
Cass. 5 marzo 2009, n. 5348
Cass. 4 maggio 2009, n. 10182
Cass. 4 giugno 2009, n. 12888
Cass. 18 settembre 2009, n. 20106
Cass. 30 settembre 2009, n. 20993
Cass. 27 novembre 2009, n. 25047
Cass., ord. 20 marzo 2010, n. 6802
Cass. 10 giugno 2010, n. 13987
Cass., SS. UU., 2 dicembre 2010, n. 24418
Cass. 25 marzo 2011, n. 7004
Cass. 31 marzo 2011, n. 7468
Cass. 21 novembre 2011, n. 24476
Cass., SS. UU., ord. 25 novembre 2011, n. 24906
Cass. 11 gennaio 2012, n. 153
Cass. 12 gennaio 2012, n. 236
Cass. 11 luglio 2012, n. 11749
Cass. 20 dicembre 2012, n. 23621

Corti di merito

Pret. Sal., 23 febbraio 1993
Trib. Torino, 17 marzo 1995
App. Milano, 5 giugno 1998
Trib. Verona, 21 giugno 2000
Trib. Isernia, 19 novembre 2002
Trib. Monza, sez. Desio, 7 aprile 2003
Trib. Torre Annunziata,, 25 aprile 2003
Trib. Modena, 12 giugno 2006
Trib. Monza, 13 marzo 2008
App. Brescia, 25 ottobre 2008
Trib. Reggio Emilia, 5 marzo 2009
App. Roma, 1 aprile 2010
Trib. Rimini, ord. 16 maggio 2012