

*A Cecilia e Matilde  
e alla promessa, che ogni bambino porta in sé,  
di un mondo migliore*



*« Les mondes qui se sont levés dans l'héroïsme  
se couchent dans la fatigue,  
pour que viennent à leur tour des héroïsmes nouveaux  
et des souffrances nouvelles,  
qui feront lever d'autres mondes »*

(JACQUES MARITAIN, *Humanisme intégral*, Paris, 1936, 310)



## INDICE SOMMARIO

### CAPITOLO PRIMO

#### L'ORDINE DEL MERCATO TRA FORMA GIURIDICA E MATERIA ECONOMICA

|  |    |
|--|----|
| 1. Il contratto nella regolazione del mercato e della concorrenza . . . . .  | 1  |
| 2. Le modalità dell'intervento pubblico sull'autonomia privata: i divieti di<br>abuso e l'integrazione del regolamento negoziale mediante il ricorso al<br>diritto dispositivo . . . . . | 7  |
| 3. Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori e il sindacato del<br>giudice sul corretto esercizio della libertà contrattuale. . . . .   | 15 |
| 4. Funzione e limiti del mercato nella lotta all'usura . . . . .   | 25 |
| 5. La disciplina eteronoma del contratto di lavoro come (parziale) sottrazione<br>del rapporto alla logica dello scambio . . . . .   | 34 |
| 6. La struttura del mercato tra regole legali e scelte dei contraenti . . . . .  | 40 |
| 7. Il diritto dei contratti nell'economia globalizzata. Clausole generali e ruolo<br>del giudice. . . . .  | 50 |

### CAPITOLO SECONDO

#### UGUAGLIANZA FORMALE E SOSTANZIALE TRA I CONTRAENTI NEL CONTROLLO DELL'AUTONOMIA PRIVATA

|  |    |
|--|----|
| 1. Utilità sociale e valori della persona: la legittimità costituzionale dei limiti<br>legali dell'autonomia contrattuale. . . . . | 57 |
| 2. Disparità tra contraenti e invalidità del contratto. . . . .  | 63 |
| 3. Le nullità speciali di protezione e il superamento dell'uguaglianza formale<br>tra le parti dello scambio . . . . .             | 74 |
| 4. L'indisponibilità degli interessi privati come strumento di tutela del « con-<br>traente debole ». . . . .                      | 82 |
| 5. Le norme imperative tra conservazione del mercato e garanzia dei diritti<br>della persona . . . . .                             | 87 |
| 6. La nullità parziale e la correzione dell'accordo iniquo. . . . .  | 96 |

## CAPITOLO TERZO

IL RIEQUILIBRIO DEL REGOLAMENTO D'INTERESSI  
TRA EFFICIENZA E GIUSTIZIA DEL CONTRATTO

|  |     |
|--|-----|
| 1. L'intervento pubblico nei rapporti privati: dall'efficiente allocazione all'equa ripartizione delle risorse . . . . .   | 109 |
| 2. L'abuso di dipendenza economica: le finalità e l'ambito di applicazione del divieto a confronto con la disciplina delle clausole vessatorie. . . . .  | 114 |
| 3. Il controllo del giudice nella contrattazione tra imprese: le ragioni dell'economia e le scelte del diritto . . . . .   | 121 |
| 4. L'iniziativa economica privata e le garanzie contro le disparità di potere contrattuale e le alterazioni della concorrenza . . . . .  | 124 |
| 5. Il riequilibrio negoziale in conformità con la <i>ratio</i> di protezione della norma violata . . . . .   | 132 |
| 6. La tutela del consumatore come obiettivo autonomo rispetto al funzionamento efficiente del mercato. I limiti dell'approccio economico al diritto delle obbligazioni. . . . .  | 134 |
| 7. Le finalità del diritto antitrust: dal benessere collettivo dei consumatori alla libertà « nel » mercato . . . . .  | 143 |
| 8. Interesse protetto e interpretazione « razionale » della norma. La dipendenza economica del creditore come presupposto implicito per l'applicazione della disciplina contro i ritardi nei pagamenti . . . . .   | 147 |
| 9. La riduzione della penale manifestamente eccessiva: bilanciamento di interessi contrapposti e tutela del debitore rispetto al comportamento scorretto del creditore. Inammissibilità di un intervento <i>ex officio</i> da parte del giudice. . . . . | 156 |
| 10. Meritevolezza degli interessi privati e limiti dell'esercizio dell'autonomia contrattuale in un mercato di liberi scambi. Disponibilità <i>ex post</i> della tutela legale e riequilibrio del rapporto su istanza della parte interessata .          | 163 |
| 11. Correzione giudiziale e nullità parziale dell'assetto negoziale: due diverse tecniche a confronto . . . . .  | 168 |
| 12. Inderogabilità e indisponibilità <i>ex ante</i> della disciplina prevista dall'art. 1384 c.c . . . . .   | 177 |

## CAPITOLO QUARTO

INVALIDITÀ E RESPONSABILITÀ  
NELLA DISCIPLINA DEL MERCATO  
E DELLA CONCORRENZA

|  |     |
|--|-----|
| 1. Buona fede e correttezza nella formazione ed esecuzione del contratto tra criteri di valutazione del comportamento e limiti del valido esercizio dell'autonomia privata . . . . . | 179 |
| 2. La rilevanza invalidante del comportamento scorretto nelle ipotesi legislativamente previste di abuso di potere contrattuale. . . . .   | 187 |
| 3. La violazione degli obblighi legali d'informazione da parte degli intermediari e i rimedi esperibili dagli investitori . . . . .  | 194 |

|   |     |
|---|-----|
| 4. Il « contratto » contrario a norme imperative e le modalità di corretta formazione dell'accordo . . . . .  | 198 |
| 5. Invalidità e responsabilità nel diritto generale dei contratti e nella disciplina « speciale » del mercato finanziario . . . . .   | 204 |
| 6. Mancata informazione e irregolare formazione del consenso: presupposti e limiti all'annullamento del contratto d'investimento . . . . .  | 211 |
| 7. Il conflitto d'interessi come « <i>mala gestio</i> » dell'intermediario e il ripristino della situazione patrimoniale <i>inter partes</i> . . . . .                                    | 218 |
| 8. La violazione degli obblighi dell'intermediario tra responsabilità precontrattuale e difetto funzionale del sinallagma: risoluzione del contratto e risarcimento del danno. . . . .    | 230 |
| 9. La tipicità dell'illecito civile e il difetto dell'ingiustizia nel danno conseguente alle intese anticoncorrenziali . . . . .  | 236 |
| 10. Violazione della disciplina antitrust e impossibilità di ricostruire gli interessi protetti come situazioni giuridiche facenti capo ai singoli soggetti pregiudicati . . . . .        | 242 |
| 11. Tutela della concorrenza e inammissibilità del ricorso alla teoria della violazione della norma di protezione. . . . .  | 248 |
| 12. Il diritto dei consumatori alla correttezza, trasparenza ed equità degli scambi e la responsabilità contrattuale delle imprese aderenti al cartello .                                 | 256 |
| 13. La nullità del contratto « a valle » come rimedio civilistico alle pratiche antimonopolistiche . . . . .  | 258 |
| 14. Il ripristino dell'equilibrio concorrenziale nei rapporti tra contraenti attraverso la parziale eliminazione degli effetti contrattuali e il risarcimento del danno residuo . . . . . | 266 |
| <i>Indice degli autori</i> . . . . .  | 271 |





CAPITOLO PRIMO  
L'ORDINE DEL MERCATO  
TRA FORMA GIURIDICA E MATERIA ECONOMICA

SOMMARIO: 1. Il contratto nella regolazione del mercato e della concorrenza. — 2. Le modalità dell'intervento pubblico sull'autonomia privata: i divieti di abuso e l'integrazione del regolamento negoziale mediante il ricorso al diritto dispositivo. — 3. Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori e il sindacato del giudice sul corretto esercizio della libertà contrattuale. — 4. Funzione e limiti del mercato nella lotta all'usura. — 5. La disciplina eteronoma del contratto di lavoro come (parziale) sottrazione del rapporto alla logica dello scambio. — 6. La struttura del mercato tra regole legali e scelte dei contraenti. — 7. Il diritto dei contratti nell'economia globalizzata. Clausole generali e ruolo del giudice.

1. *Il contratto nella regolazione del mercato e della concorrenza.*

Il passaggio dal sistema di economia mista, originariamente delineato dall'art. 41 cost., a quello di libero mercato, conseguente all'adesione dell'Italia prima alla Ce e poi all'Ue, ha interessato anche la disciplina civilistica dei conflitti che sorgono tra privati in occasione degli scambi ovvero in seguito alla lesione degli interessi economici sottesi alla norme che regolano lo svolgimento dell'iniziativa economica privata nella sua generalità ovvero in alcune sue specifiche manifestazioni (1). L'instaurarsi di una nuova costituzione economica non può, infatti, non interessare anche le regole del diritto privato, che concorrono in modo essenziale a determinare l'ordine e la struttura del mercato, innanzitutto individuando attraverso criteri di appartenenza gli interessi meritevoli di tutela, che possono formare oggetto di disposizione da parte del soggetto, che ne è titolare e che ne può reclamare la tutela anche risarcitoria, in secondo luogo stabilendo i presupposti e i requisiti necessari per attribuire valore vincolante —

---

(1) Si pensi ad esempio alla disciplina di derivazione comunitaria dei mercati regolamentati relativi a strumenti finanziari.

ossia « forza di legge » — agli scambi che nel loro insieme costituiscono il mercato (2).

In questo senso, l'introduzione di norme antimonopolistiche, dirette a garantire il funzionamento dei meccanismi concorrenziali, impone di ridefinire alcune categorie proprie del diritto civile (3).

Così anzitutto la disciplina prevista dalla l. n. 287/90, specificamente volta a impedire fenomeni distorsivi del mercato, quali gli abusi di posizione dominante e le intese restrittive della concorrenza, sollecita un nuovo modo di intendere l'autonomia contrattuale, che in tale contesto viene in considerazione non soltanto come presupposto per realizzare un sistema di liberi scambi attraverso accordi ai quali l'ordinamento attribuisce effetti giuridici vincolanti, ma altresì come espressione di un'effettiva libertà di scelta tra diverse alternative, che soltanto un mercato concorrenziale può adeguatamente garantire.

L'adozione della legislazione antitrust comporta per altro verso la consapevolezza che l'esercizio dell'autonomia privata non sempre si traduce in un regime di concorrenza perfetta, ma talvolta diviene lo strumento per sue possibili limitazioni, che restringono — di fatto — la libertà di scelta di altri soggetti, imprenditori e consumatori, che si rivolgono al mercato per soddisfare i propri bisogni (4).

In tal senso è particolarmente significativo il divieto di intese che abbiano l'effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza. Ciò perché in tale ipotesi la tutela dell'effettiva libertà contrattuale nel mercato si realizza in modo apparentemente paradossale attraverso il divieto di determinate manifestazioni della stessa, che risultano incompatibili con il regolare funzionamento dei meccanismi concorrenziali (5).

---

(2) Da questo punto di vista osserva, infatti, C. CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, in *Rel. ind.*, 1983, 195 che l'autonomia contrattuale costituisce il riflesso soggettivo-formale dell'incontro della domanda e dell'offerta.

(3) Rileva al riguardo R. ALESSI, *Contratto e mercato*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, 2340 che « patti e clausole, che fuori dal mercato possono trovare giustificazione, debbono essere valutate diversamente quando lette in funzione della conservazione della concorrenzialità del sistema ».

(4) In questo senso G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 67 s. e L. RAISER, *Il compito del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di C. M. Mazzoni, trad. it. di M. Graziadei, Milano, 1990, 71 s. e spec. 102 s.

(5) Su tale apparente paradosso cfr. P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*<sup>5</sup>, Oxford, 1995, 34.

Da questa prospettiva la garanzia costituzionale dell'iniziativa economica privata e dell'autonomia contrattuale, attraverso la quale questa si esplica, non può ritenersi confinata nell'ambito ai rapporti verticali tra i privati e lo Stato, ma deve comprendere anche una dimensione orizzontale di tutela rispetto ai condizionamenti indebitamente esercitati da altri soggetti privati mediante il loro potere economico (6).

Appare perciò riduttiva la tesi secondo cui « concorrenza e mercato, cioè i rapporti vicendevoli tra imprenditori e i rapporti tra imprenditori e consumatori, rimangono estranei alla Carta repubblicana, che garantirebbe l'iniziativa privata soltanto come posizione di libertà contrapposta all'autorità statale » (7).

Al contrario, il principio di libertà d'iniziativa economica, enunciato nell'art. 41, co. 1, cost., « nella sua necessaria proiezione pluralista » comporta il riconoscimento del mercato nella sua dimensione concorrenziale come valore irrinunciabile (8), che ne rende effettivo l'esercizio (9). Ne fornisce conferma il secondo comma dell'art. 41 cost., che estende la tutela dei diritti inviolabili della persona riconosciuti dall'art. 2, garantendoli non soltanto nei confronti dei pubblici poteri, ma anche rispetto ad eventuali « abusi » dell'autorità privata esercitata dall'imprenditore (10).

Parimente, la necessità che la libertà contrattuale non si svolga in contrasto con l'utilità sociale contribuisce ad attribuire un fondamento costituzionale alla tutela del mercato come strumento di allocazione ottimale delle risorse rispetto a fenomeni e condotte anticoncorrenziali, che si traducono in una perdita di efficienza dell'intero processo economico (11). In questo caso, infatti, l'utilità sociale viene in rilievo

---

(6) Sottolinea l'orientamento in tal senso manifestato già dall'Assemblea costituente A. PACE, *Libertà « del » mercato e libertà « nel » mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 330.

(7) N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, 22 s., 125, il quale ritiene che il dirigismo dell'art. 41 sia superato, anche nell'applicazione, dalla disciplina europea e auspica pertanto la « riscrittura » di tale norma in base a una scelta politica, che determini la recezione costituzionale del principio dell'economia di mercato e della libertà di concorrenza.

(8) Così G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, 786 s. e spec. 793.

(9) Vedi in tal senso ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., 2341-2342 secondo il quale il dinamismo concorrenziale assicura la realizzazione delle libertà individuali, prima fra tutte quella d'iniziativa economica di cui all'art. 41 cost.

(10) Cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, 607.

(11) G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 31.

non solo come fondamento della scelta di un sistema di liberi scambi in luogo di un'economia pianificata, ma anche come limite all'iniziativa economica volto a impedirne determinate manifestazioni in ragione proprio degli effetti negativi che queste determinano sul sistema.

Al tempo stesso, l'elezione del libero mercato come strumento di massimizzazione per eccellenza del benessere collettivo porta ad attribuire all'art. 41, co. 3, cost. un nuovo significato, in linea con le scelte di politica economica, in base al quale la legge può garantire che l'iniziativa economica si indirizzi verso fini sociali, limitandosi a controllare che il suo esercizio avvenga nel rispetto delle regole della concorrenza (12), senza la necessità di determinare coattivamente gli scopi e gli obiettivi che le imprese devono positivamente perseguire. In altre parole è sufficiente che l'ordinamento assicuri le condizioni in presenza delle quali il mercato è di per sé in grado di far convergere interessi e finalità individuali di singoli operatori, « coordinandoli » verso la realizzazione di risultati socialmente utili.

Si giustifica quindi una rilettura della norma costituzionale, che dia finalmente ragione della rilevanza non solo economica ma anche etica che il mercato ha assunto a partire dalla rivoluzione industriale (13). Il suo funzionamento concorrenziale diviene, infatti, criterio regolatore della produzione e garanzia d'innovazione attraverso la costante ricerca della migliore allocazione dei capitali e delle risorse economiche (14). Al riguardo l'art. 4 della l. n. 287/90, nel prevedere deroghe al divieto di intese restrittive della concorrenza, ne ammette la validità in presenza di determinati presupposti, che ne garantiscono la compatibilità con i fini della proibizione stessa, individuati nel sostanziale beneficio per i consumatori, nel miglioramento qualitativo e quantitativo della produzione e della distribuzione ovvero nel progresso tecnico o tecnologico.

Alla luce di queste considerazioni si rivela eccessiva l'idea di un insanabile contrasto tra il modello di mercato proposto dal diritto comunitario e il dettato costituzionale (15). Quest'ultimo appare invece

---

(12) Così L. MENGONI, *La disciplina delle « clausole abusive » e il suo innesto nel corpo del codice civile*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, 295-296.

(13) D. ANTISERI, *La virtù del mercato nella tradizione del cattolicesimo liberale*, in *Quaderni dell'Associazione per lo sviluppo degli Studi di Banca e Borsa*, Milano, 2007, n. 19, 13 s.

(14) ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., 2341.

(15) Così, invece, IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 137.

perfettamente compatibile, in via d'interpretazione evolutiva, con un regime di libera concorrenza (16).

Lo stesso legislatore all'art. 1 l. n. 287/90, nel definire l'ambito di applicazione delle norme che disciplinano la concorrenza nel mercato, al primo comma ne indica come finalità l'attuazione dell'art. 41 cost., precisando altresì che tali disposizioni devono interpretarsi in base ai principi dell'ordinamento delle comunità europee (co. 4). Questa lettura della costituzione implica l'accoglimento del principio, già fatto proprio dal diritto comunitario, che la libera contrattazione non è di per sé in grado di assicurare, nel gioco spontaneo delle leggi economiche, il funzionamento dei meccanismi concorrenziali, e di evitare quelle distorsioni che, in assenza di contromisure, possono condurre al fallimento del mercato (17) e che pertanto la garanzia dell'iniziativa economica privata e la realizzazione attraverso di essa di finalità sociali presuppongono e legittimano una disciplina antitrust. Questa appare allora espressione di una più generale tendenza degli ordinamenti contemporanei a predisporre la struttura di riferimento, entro la quale le istituzioni sociali possono autonomamente operare come sistemi regolatori dei rapporti tra privati (18).

In questo contesto si tratta di stabilire quali ripercussioni abbia la tutela giuridica della concorrenza sui requisiti necessari affinché l'autonomia contrattuale sia validamente esercitata, cioè sulle forme giuridiche vincolanti. In particolare si tratta di verificare se e in che modo eventuali alterazioni della dimensione concorrenziale del mercato possono incidere sulla validità dei contratti che sono stipulati al suo interno. Una volta, infatti, che si concepisce la libertà contrattuale come funzionale all'economia di mercato, questa non può trovare riconoscimento da parte dell'ordinamento ove assuma forme e contenuti lesivi della concorrenza (19).

---

(16) L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 3. Sottolinea l'inopportunità di una costituzione economica rigida e tendenzialmente inalterabile M. DRAGHI, *Intervento*, ne *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, 91.

(17) N. LIPARI, *Il problema degli strumenti di programmazione economica incidenti sull'autonomia dei privati (schema di riflessione)*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, I, Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata, 22-24 maggio 1970, Milano, 1971, 158.

(18) Così L. MENGONI, *La questione del « diritto giusto » nella società post-liberale*, in *Rel. ind.*, 1988, 25.

(19) Cfr. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 96 s.

La stessa dottrina italiana del resto, pur affrontando la questione prima dell'introduzione di una normativa antitrust, ha ritenuto in contrasto con l'utilità sociale e quindi non meritevole di tutela i contratti volti a realizzare risultati incompatibili con il corretto funzionamento del mercato (20).

Tale soluzione non ha però trovato una corrispondente previsione testuale nella l. n. 287/90, la quale all'art. 2 stabilisce soltanto la nullità delle intese restrittive della concorrenza, senza invece disciplinare la sorte dei cosiddetti contratti « a valle », mediante i quali le imprese che hanno aderito all'accordo anticoncorrenziale danno a esso attuazione.

Si tratta pertanto di verificare se il disvalore sotteso alla nullità delle intese possa estendersi anche ai contratti attraverso i quali diviene concreto ed effettivo il pregiudizio alla funzionalità ed efficienza del mercato. Scopo della norma, infatti, non è la tutela delle imprese che hanno preso parte all'intesa, ma dei terzi che ne sono pregiudicati in qualità di concorrenti esclusi, di controparti contrattuali o più in generale di soggetti appartenenti alla collettività sulla quale si ripercuotono gli effetti negativi della restrizione della concorrenza. L'invalidità prevista si rivela pertanto insufficiente in quanto non impedisce di dare comunque attuazione all'accordo nullo, mentre la mancata previsione di conseguenze relative ai contratti a valle manifesta una lacuna della legge rispetto alla finalità che questa persegue.

È quindi necessario chiedersi se i contratti così conclusi siano espressione di autonomia, nel senso pieno che presuppone un libero mercato concorrenziale, e se la disfunzione che si è verificata possa incidere sulla loro validità. La risposta a tale interrogativo è ancora dibattuta in dottrina e giurisprudenza (21), così come controversa è la possibilità di riconoscere la nullità per contrarietà a norma imperativa, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., dei contratti conclusi da un'impresa

---

(20) In tal senso già G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, 214 riteneva illecito l'interesse perseguito attraverso contratti funzionali ad alterare le condizioni concorrenziali del mercato. Analogamente G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 223 s. concludeva che la violazione delle regole della concorrenza rende nullo il contratto per contrasto con l'utilità sociale ai sensi dell'art. 41 cost. In parte diversa la soluzione proposta da G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese (diritto dei contratti e regole di concorrenza)*, Milano, 1983, 78 s. il quale ravvisava nella contrarietà alla correttezza professionale la causa d'invalidità del contratto che viola le regole della concorrenza.

(21) Cfr. l'esame della questione condotta *infra* al Cap. IV, §§ 9 s.

detentrici di una posizione dominante, che realizzano la fattispecie di abuso vietata dall'art. 3 l. n. 287/90 (22).

Si tratta quindi di stabilire, attraverso la soluzione concretamente adottata in questi casi, se possa trovare fondamento nel nostro sistema un principio generale secondo il quale il valido esercizio dell'autonomia contrattuale presuppone l'assenza di situazioni tipizzate dalla legge come illeciti anticoncorrenziali, che privino di fatto uno dei contraenti della libertà di scelta tra alternative diverse che un libero mercato dovrebbe offrire (23). La risposta sarà affermativa ove si ritenga che la nullità colpisca non soltanto le intese restrittive ma anche i contratti che ne costituiscono esecuzione o che sono il risultato di un abuso di posizione dominante, sarà negativa ove invece la tutela dei soggetti danneggiati dalle condotte anticoncorrenziali sia affidata esclusivamente ad altri rimedi di tipo risarcitorio, che presuppongono la validità del contratto.

2. *Le modalità dell'intervento pubblico sull'autonomia privata: i divieti di abuso e l'integrazione del regolamento negoziale mediante il ricorso al diritto dispositivo.*

L'esigenza di salvaguardare l'iniziativa economica privata rispetto ai pubblici poteri ha determinato una modifica delle modalità con le quali lo stesso legislatore ne limita l'ambito attraverso la previsione di norme imperative.

In conformità con il nuovo modo di intendere l'intervento dello Stato nell'economia, non più diretto a sostituirsi all'autonomia privata, ma a garantirne il corretto esercizio (24), vengono infatti progressiva-

---

(22) In senso favorevole vedi G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 44 s. e A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 54 s. Contrario invece E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, 112 s. Per quanto riguarda la giurisprudenza Trib. Milano, 7 agosto 2000, in *Giur. it.*, 2001, 5 ha ritenuto nullo, per insanabile contrasto con norme imperative, il contratto stipulato da un'impresa che abbia abusato della propria posizione dominante nel mercato delle telecomunicazioni.

(23) Questa è in buona sostanza la conclusione alla quale giunge ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., 2343, secondo il quale, come la libertà di impresa è funzionale allo svolgimento della concorrenza, così la disciplina degli atti che ne costituiscono esercizio deve essere coerente alla conservazione del mercato al quale fanno riferimento, non potendosi tollerare accordi che ne ledano la dimensione concorrenziale.

(24) MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 3.

mente abbandonate le forme di determinazione eteronoma del regolamento contrattuale mediante le quali la legge, sostituendosi al mercato, vietava determinati contenuti o imponeva coattivamente prezzi e clausole del contratto. Le parti sono libere di determinare il contenuto dello scambio, mentre sono vietate soltanto specifiche ipotesi di abuso di potere contrattuale, delle quali indice specificamente rilevante è lo squilibrio del regolamento contrattuale. In altre parole la legge non vieta *ex ante* un determinato assetto d'interessi, ma soltanto disapprova quell'accordo che, in ragione del suo contenuto e in relazione alle circostanze e alle modalità con cui si è formato, non garantisce il livello minimo di libertà e autonomia ritenuto necessario per la valida manifestazione del consenso di uno dei contraenti (25).

In tal senso diverse norme individuano come elemento della fattispecie d'invalidità del contratto la condotta scorretta di una parte, che impone all'altra un regolamento d'interessi iniquo, approfittando di determinate situazioni di disparità, che vengono a crearsi nel mercato anche a prescindere dalla violazione della normativa antitrust.

Al riguardo appare emblematico l'art. 9 l. n. 192/98 che vieta l'abuso della situazione di dipendenza economica, tale che un'impresa sia in grado di determinare nei rapporti commerciali con l'altra un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. Questa norma persegue l'obiettivo di un riequilibrio dei rapporti contrattuali (26) e a tal fine, ogni volta che la situazione di dipendenza economica si traduca concretamente in un abuso del contraente economicamente più forte, dispone la nullità del patto, il cui contenuto rifletta la disparità di potere contrattuale.

La disciplina del mercato mediante norme di fonte extralegislativa si realizza del resto non soltanto in termini di autoregolazione sociale, ma anche sotto forma di regole di decisione create dai giudici secondo il meccanismo delle clausole generali (27). In quest'ottica l'invalidità non dipende dal contrasto con una norma di legge che rigidamente vieta *ex ante* un determinato assetto d'interessi, ma da una valutazione

---

(25) Sia al riguardo consentito richiamare quanto già avevano sostenuto in A. ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali dell'invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 922 s. e spec. 935-936.

(26) Cfr. C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, 24.

(27) Vedi al riguardo le considerazioni di MENGONI, *La questione del « diritto giusto » nella società post-liberale*, cit., 29.



giudiziale che riguarda non solo il regolamento negoziale in termini di equità, ma anche il modo in cui questo si è formato. Non è, infatti, sufficiente a integrare la fattispecie vietata la previsione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, ma è altresì necessario, come ulteriore ed autonomo requisito, che il contenuto iniquo dell'accordo sia conseguenza di abuso del potere contrattuale di una parte, pur quando questa non abbia una posizione dominante nel mercato (28).

Un siffatto accordo non potrebbe, infatti, considerarsi espressione dell'autonomia di entrambi i contraenti, costituendo piuttosto il risultato di un'estorsione posta in essere da una parte, che approfitta della posizione di vantaggio in cui si trova rispetto la controparte. Ne deriva che l'ordinamento nega valore vincolante a tali pattuizioni, che sono disapprovate non solo in relazione al loro contenuto, ma anche con riguardo alle modalità concrete e alle circostanze in cui questo si è determinato. Si realizza in questi termini una sorta di compromesso tra giustizia formale e giustizia sostanziale, che è riconducibile a un nuovo concetto di « *procedural justice* » (29), attraverso la quale l'ordinamento esercita un controllo anche sugli atti di autonomia privata.

L'intervento legislativo pertanto non è volto a conformare il regolamento privato d'interessi, ma a evitare che questo, al di là dell'apparente bilateralità, sia in realtà espressione del potere contrattuale esercitato unilateralmente ed abusivamente da una sola parte. Il limite posto all'autonomia privata dal divieto di abuso è quindi funzionale non a negare, ma a garantire la libertà contrattuale, il cui esercizio sia stato impedito dalla situazione di dipendenza economica.

Ne deriva un'ulteriore ridefinizione del concetto di autonomia contrattuale.

Questa nel codice civile del 1942 si manifesta come libertà di decidere se stipulare o no il contratto, pur quando il contenuto di questo sia stato unilateralmente determinato da una parte senza che l'altra abbia in alcun modo potuto concorrere alla sua formazione. La libertà di scelta è inoltre considerata in termini astratti e formali, indipendentemente dalla situazione economica che nelle circostanze concrete ne impedisca o ne ostacoli l'esercizio.

Appare in questo senso significativo l'art. 1341, co. 2, c.c. in base

---

(28) Tale fattispecie sarà più specificamente esaminata *infra* al Cap. III, §§ 2-3.

(29) Vedi in tal senso la definizione proposta da R. UNGER, *Law in Modern Society*, New York, 1976, 21 s.

al quale le clausole vessatorie predisposte da uno dei contraenti sono valide ed efficaci, allorché siano specificamente sottoscritte dall'aderente anche se questi non abbia potuto esercitare alcuna reale autonomia contrattuale (30). L'assenza di trattative individuali pertanto non rende inefficaci le clausole quando l'attenzione dell'aderente sul contenuto delle stesse sia stata correttamente richiamata attraverso l'osservanza del requisito formale, mettendolo così in grado di valutare la convenienza e l'opportunità del contratto nel suo complesso.

Non è invece garantita una partecipazione minima alla determinazione del contenuto del contratto né assumono rilevanza situazioni in cui la scelta delle parti di accettare le clausole predisposte dall'altra non è in realtà libera, ma è condizionata dalla mancanza d'alternative soddisfacenti nel mercato.

In tale logica l'autonomia contrattuale è validamente esercitata allorché il consenso si sia regolarmente formato in assenza di vizi o di altre situazioni tipiche che possano menomare la capacità di autodeterminazione del contraente (31).

Anche quando la legge prevede un controllo giudiziale sulla congruità dello scambio (ad es. artt. 428, 1447, 1448 c.c.), non assume rilevanza ai fini della validità del contratto che entrambe le parti abbiano potuto effettivamente concorrere a determinarne il contenuto, ma soltanto che esse abbiano scelto, con volontà correttamente formata, in assenza di situazioni tipizzate dalla legge che possono aver indebitamente influenzato la decisione, di vincolarsi al regolamento negoziale, sebbene non vi sia stata la possibilità di soddisfare in altro modo con altri contraenti il bisogno dello scambio.

Tale facoltà di autodeterminazione, tutelata dal codice civile in termini puramente formali, è rafforzata e resa più effettiva dalla legislazione antitrust, che, nel tutelare la concorrenza, aumenta la possibilità dei contraenti di scegliere tra una pluralità d'alternative offerte dal mercato. Proprio il corretto ed efficiente funzionamento dei

---

(30) Rileva l'insufficienza di tale tutela F. REALMONTE, *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1971, 61.

(31) Con riguardo a tale situazione osserva N. LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, ne *La concorrenza tra economia e diritto* a cura di N. Lipari e I. Musu, Bari, 2000, che « la posizione dei soggetti implicati nel contratto diventava invece rilevante o in quanto essi non avessero avuto piena consapevolezza del contenuto negoziale (si pensi alla disciplina dei vizi del volere) o in quanto avessero inserito nella struttura del contratto un loro particolare motivo soggettivo (per esempio attraverso l'inserzione di una condizione o di un altro elemento incidente sulla struttura dell'atto) ».

meccanismi concorrenziali svolge allora un'importante funzione, oltre che come strumento di allocazione ottimale delle risorse economiche, come mezzo per realizzare una maggiore equità e libertà degli scambi, attraverso la competizione tra le imprese nell'offerta di prodotti e servizi qualitativamente migliori a prezzi inferiori (32). Da questo punto di vista, il compito di garantire l'equilibrio delle condizioni di scambio è affidato al libero accordo dei contraenti.

L'efficiente funzionamento del mercato presuppone, tuttavia, non soltanto una pluralità d'impresе in concorrenza tra di loro, ma altresì la piena trasparenza delle condizioni economiche praticate dai concorrenti e delle caratteristiche essenziali degli scambi da essi conclusi, che consentano a tutti gli interessati di ottenere, senza dover sostenere costi inaccettabili, le informazioni necessarie a valutare la convenienza dell'affare, confrontando tra loro le diverse proposte (33). A tal fine l'ordinamento interviene attraverso una serie di regole volte a ridurre le asimmetrie informative tra i contraenti, ad esempio imponendo obblighi d'informazione a carico dei professionisti o stabilendo che determinati elementi rilevanti ai fini della conclusione dell'accordo debbano essere contenuti nel documento contrattuale redatto in forma scritta.

Ma neppure un sistema trasparente di concorrenza è di per sé in grado di evitare che le disparità di potere contrattuale si traducano in abusi che di fatto riducano il contratto a mera parvenza di autonomia, comprimendo in modo intollerabile la libertà della parte economicamente più debole e costringendola ad accettare condizioni inique (34). Si rende allora necessario un intervento del legislatore che riequilibri il rapporto tra i contraenti (35).

---

(32) Così L. MENGONI, *Problemi d'integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano, 1998, il quale tuttavia precisa che « la libertà di contratto garantisce l'equità del mercato solo in funzione dell'equilibrio dei valori di scambio, che tende a stabilirsi, attraverso l'accordo dei contraenti, al livello d'impiego più efficiente delle loro risorse ».

(33) Sulla trasparenza del mercato come condizione necessaria all'effettivo funzionamento della concorrenza vedi A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo* a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003, 22 s.

(34) H. COLLINS, *The Law of Contract*<sup>2</sup>, Cambridge, 1993, 262 e MENGONI, *La disciplina delle « clausole abusive »*, cit., 298.

(35) In tal senso vedi le magistrali osservazioni di MENGONI, *Problemi d'integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, cit., 536 con riguardo al problema specifico delle clausole vessatorie nei contratti dei consuma-

La correzione del contratto però non avviene attraverso l'imposizione di un assetto d'interessi determinato « a priori » dalla legge, ma eliminando quella parte del suo contenuto che risulti in concreto iniqua e integrando il regolamento negoziale con la disciplina che a seconda dei casi è prevista dalle norme dispositive o è ricostruita dal giudice mediante il ricorso all'equità o alla clausola generale di buona fede (ad es. art. 7, co. 3, d.lgs. n. 231/02).

Attraverso questa tecnica il controllo sul contenuto contrattuale non avviene mediante una disciplina eteronoma del rapporto, secondo le forme caratteristiche del dirigismo economico, ma si traduce in limiti all'autonomia privata compatibili con un mercato fondato su liberi scambi (36).

L'intervento diretto dello Stato nei rapporti socio-economici attraverso norme rigide e particolareggiate appare del resto sempre meno adatto a governare la complessità e la differenziazione della società tecnologica, in ragione dell'insufficiente competenza conoscitiva degli organi legislativi e dell'impossibilità di fondare le scelte del diritto positivo sul principio maggioritario quale criterio di verità (37). Da questa prospettiva muta anche la disciplina della nullità, che nelle nuove fattispecie non origina da un (parziale) contrasto con una norma che *ex ante* impone una determinata disciplina legale del rapporto (38), ma da una valutazione *ex post* che porta il giudice a ritenere che il regolamento privato sia espressione del potere negoziale di un contraente nei confronti dell'altro, tradottosi in clausole e pattuizioni che al primo attribuiscono un vantaggio iniquo. Non vi è invece alcuna

---

tori. Afferma l'illustre A. che « il sistema concorrenziale, pur se funzionante in condizioni soddisfacenti, non è invece in grado, da solo, di correggere l'asimmetria di potere contrattuale che consente a produttori e commercianti di imporre ai consumatori clausole traslative di rischi inerenti all'esecuzione del contratto, in deroga alla disciplina dispositiva ».

(36) Viene, così, evitato il pericolo di contraddizione, tra tutela del contraente debole e struttura concorrenziale del mercato, evidenziato da S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 59.

(37) Vedi in tal senso le osservazioni di MENGONI, *La questione del « diritto giusto » nella società post-liberale*, cit., 24 s.

(38) Quest'atteggiamento del legislatore caratterizzava peraltro anche altri ordinamenti, nei quali la tutela rispetto a palesi disparità tra i contraenti consisteva tradizionalmente nello stabilire regole inderogabili per certi tipi contrattuali particolarmente esposti al rischio di squilibrio del regolamento negoziale: cfr. sul punto RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 63-64.

difformità tra il regolamento pattizio e la disciplina legale del rapporto, alla quale le parti possono derogare in assenza di situazioni legislativamente tipizzate che escludano *a priori* un esercizio paritario della loro autonomia (39).

La nullità non dipende quindi dalla trasformazione del « diritto dispositivo » in « diritto cogente », ma dalla previsione di una norma, diversa da quella derogata, che vieta l'abuso dell'autonomia contrattuale (40). I contraenti, infatti, possono liberamente determinare il contenuto del contratto secondo i criteri che governano il mercato, anche in deroga al diritto dispositivo, il quale si sostituisce alla volontà delle parti soltanto in quelle situazioni, nelle quali il regolamento privato d'interessi risulti in concreto condizionato dall'abuso di un contraente ai danni dell'altro.

Il diritto dispositivo viene così a svolgere un ruolo analogo a quello che già il codice civile nel suo impianto originario gli riconosceva nel caso di difetto di forma prescritta per determinate clausole, la cui nullità rende applicabile la disciplina legale altrimenti derogabile (così, ad esempio, l'art. 1284, co. 3, c.c.).

La derogabilità della disciplina legale non esclude quindi che sia imperativa la norma che dispone la nullità dell'accordo abusivo, significa invece che le parti possono derogare al diritto dispositivo, ove lo scambio non sia il risultato di un abuso (41). In tal modo la disciplina del rapporto risulta dall'intervento combinato di norme inderogabili e norme dispositive, che concorrono entrambe a definire la struttura del mercato. La non modificabilità delle prime, infatti, non è (sol)tanto funzionale a realizzare un certo livello di uniformità nella disciplina di determinate operazioni (42), ma mira soprattutto a garantire un effet-

---

(39) Cfr. ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali dell'invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, cit., 936 e Id., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 1193 s.

(40) Da questo punto di vista va respinta, in quanto deriva da un fraintendimento, la critica formulata in tal senso da G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 651.

(41) Si fondano dunque su un equivoco le obiezioni di M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 181, la quale erroneamente ci imputa di ritenere derogabile l'art. 9 l. n. 192/98, evidentemente confondendo il ruolo assegnato nella nostra ricostruzione a tale norma, che imperativamente dispone la nullità (parziale) del contratto, e correlativamente alla norma dispositiva che integra il regolamento contrattuale nella parte in cui esso risulta essere nullo.

(42) Così invece JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra*

tivo funzionamento concorrenziale del mercato, impedendo l'affermarsi di regole convenzionali, che sono nulle non già perché diverse da quelle legali, ma in quanto abusivamente imposte dalla parte economicamente più forte.

Analogamente le *default rules* rappresentano uno strumento per integrare le lacune dell'atto di autonomia (43), offrendo in pari tempo un modello di giusta composizione di interessi contrapposti, elaborato dalla prassi attraverso un lungo processo storico, che può trovare applicazione in alternativa alle determinazioni convenzionali delle parti, allorché l'ordinamento le reputi invalide in quanto espressione di un abuso di potere contrattuale (44). In questi casi peraltro il controllo sull'equilibrio contrattuale non si risolve nella verifica del rispetto dei limiti legali astrattamente prefissati, ma richiede una valutazione discrezionale del giudice, condotta secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità in relazione alla situazione concreta.

La legge quindi non si sostituisce al mercato, ma ne estende gli effetti a rapporti che in assenza di correttivi sarebbero sottratti alla sua influenza. La giustizia contrattuale non si realizza, infatti, in contrapposizione all'autonomia delle parti, ma proprio garantendone l'esercizio laddove questo sia stato impedito a una parte. Si tratta del resto di

---

*imprese e tra imprese e consumatori*, cit., 21 che ravvisa nell'inderogabilità e nella stabilità i tratti caratteristici delle regole che governano e strutturano i mercati.

(43) In questo senso ritiene JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, cit., 21 che tali norme siano funzionali a rendere più prevedibili i comportamenti nel mercato, « grazie alla riduzione delle incertezze che possono derivare dalle lacune inevitabilmente lasciate dai privati nel costruire il contenuto della singola concreta operazione negoziale conclusa ». In termini analoghi IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 66 mette in evidenza la funzione svolta dal diritto nell'assicurare una maggiore regolarità delle condotte dei soggetti che prendono parte agli scambi nel mercato, come condizione minima che consente a ciascuna impresa di organizzare la propria attività in ragione delle possibili scelte che altri potranno compiere.

(44) Da questa prospettiva si rivela priva di fondamento l'osservazione di MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., 177-178, secondo la quale « niente assicura che la sostituzione della clausola nulla in quanto gravosa con la norma dispositiva garantisca il raggiungimento del livello cui si attestano le altre contrattazioni nel mercato di riferimento », di tal che il ricorso a tale tecnica di tutela sarebbe inadeguata a garantire la sopravvivenza delle imprese sul mercato. L'uniformità delle condizioni contrattuali in un determinato settore degli affari non sembra tuttavia un obiettivo da perseguire in termini assoluti, posto che esso non garantisce, ma anzi impedisce il funzionamento del mercato, che presuppone proprio la possibilità di liberi scambi.

una tendenza comune al diritto europeo dei contratti, nel quale accanto e in sostituzione del tradizionale concetto di *freedom of contract* emerge gradualmente quello più complesso di *contractual justice*, legato a una pluralità di elementi, che attengono ai rapporti di forza tra le parti e all'equità del regolamento da essi convenuto (45).

Da questo punto di vista l'autonomia contrattuale assume un significato nuovo, sia pure in termini meramente negativi, nella misura in cui il suo valido esercizio, pur non richiedendo un'effettiva parità di potere contrattuale o un'uguale partecipazione alla determinazione del regolamento negoziale, presuppone comunque l'assenza di situazioni tipizzate dalla legge, in cui l'assetto negoziale d'interessi sia in concreto squilibrato per effetto di condizioni abusivamente imposte dalla parte economicamente più forte.

Si tratta peraltro di verificare l'ampiezza entro cui tali requisiti di validità del contratto trovano applicazione e in particolare se, anche al di fuori delle ipotesi tipizzate dalla legge, sia consentito un controllo generalizzato del giudice sulla congruità del regolamento contrattuale, o se invece la determinazione dello stesso nella generalità dei casi sia rimessa esclusivamente alle valutazioni di opportunità dei contraenti.

### 3. *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori e il sindacato del giudice sul corretto esercizio della libertà contrattuale.*

Una tecnica diversa da quella finora esaminata sembra invece adottata nell'art. 33, co. 1, cod. cons. con riguardo ai contratti tra professionisti e consumatori, là dove il suo tenore letterale fa dipendere il giudizio di vessatorietà dal « significativo squilibrio dei diritti ed obblighi » che la clausola determina, « malgrado la buona fede », ossia pur quando tale squilibrio non sia imputabile ad una scorrettezza del contraente che se ne è avvantaggiato (46).

---

(45) In tal senso vedi H. KÖTZ-A. FLESSNER, *European Contract Law*, Oxford, 1997, 12, secondo i quali il concetto di « contratto » deve essere riformulato in considerazione degli obblighi di cooperazione, solidarietà e correttezza che esigono una più stringente protezione del contraente debole.

(46) È ormai abbandonata dalla dottrina maggioritaria la tesi secondo cui la norma farebbe riferimento alla buona fede soggettiva, affermandone l'irrilevanza ai fini della vessatorietà della clausola. Ma in tal senso vedi ancora A. BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Trattato di diritto privato europeo*, cit., 338, secondo il quale il riferimento alla buona fede dovrebbe servire, nell'intenzione del legislatore, a escludere ogni rilevanza degli stati soggettivi del predisponente, a differenza di



Stando alla disposizione così letteralmente intesa, la clausola deve considerarsi vessatoria esclusivamente in ragione del suo contenuto, a prescindere dal fatto che questo sia espressione di un abuso negoziale.

Tuttavia, è ormai pacificamente riconosciuto dalla dottrina che l'espressione « malgrado la buona fede » riflette un errore della redazione in lingua italiana della dir. n. 13/93, alla quale il nostro legislatore ha dato attuazione con gli artt. 1469 *bis* e ss. c.c., successivamente confluiti nell'attuale codice del consumo (artt. 33 e s.). In conformità con i testi ufficiali in lingua francese e inglese la norma avrebbe dovuto invece esprimere la necessità di un contrasto con il principio di buona fede al fine di qualificare la clausola come vessatoria (47).

Ciononostante un illustre autore (48) propone di valorizzare l'errore di traduzione per adattare il modello comunitario alla dogmatica del nostro diritto privato, secondo la quale la buona fede oggettiva costituisce un parametro di valutazione dei comportamenti e pertanto non può divenire criterio per sindacare l'equilibrio contrattuale, come invece sostiene chi da essa fa sorgere l'obbligo del professionista di « esercitare il suo potere contrattuale in conformità del principio di equità » (49). Secondo tale ultimo orientamento sarebbe, infatti, impensabile una situazione di squilibrio contrattuale conforme a buona fede, essendo questa un criterio finalizzato al contemperamento degli opposti interessi delle parti (50).

---

quanto accade per i rimedi rescissori, che presuppongono l'approffittamento dello stato di bisogno o la consapevolezza dello stato di pericolo (mala fede). Questa interpretazione, tuttavia, in contrasto con la chiara volontà del legislatore comunitario, che ritiene rilevante la violazione della buona fede oggettiva ai fini della vessatorietà della clausola, finirebbe per privare la lettera della legge di qualsiasi utilità pratica, attribuendole un significato pleonastico e meramente ripetitivo anche nella logica del nostro ordinamento, nel quale la nullità del contratto, salvo rare eccezioni, opera su un piano meramente oggettivo, a prescindere quindi dallo stato soggettivo di buona o mala fede dei contraenti.

(47) Cfr. sul punto C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 28.

(48) MENGONI, *La disciplina delle « clausole abusive »*, cit., 304.

(49) C.M. BIANCA, *Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie*, ne *Le clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori* a cura di C.M. Bianca e G. Alpa, Padova, 1996, 360 s.

(50) Così L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, ne *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., 319. Analogamente V. RIZZO, *Condizioni generali di contratto e vessatorietà*, in *Clausole abusive e direttiva*



È tuttavia evidente che in tal modo la buona fede verrebbe ad assumere una funzione correttiva del regolamento contrattuale, che invece è propria dell'equità, con la quale finirebbe per identificarsi, posto che, una volta accertata l'esistenza di un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi, se ne dovrebbe inferire senza eccezioni la condotta scorretta del contraente che ha predisposto la clausola iniqua (51).

Ma non sempre l'iniquità è riconducibile alla violazione della buona fede, così come questa a sua volta non necessariamente si traduce nella predisposizione di clausola iniqua, ma può consistere anche in altri comportamenti scorretti (52).

Proprio la necessità di distinguere i due concetti induce pertanto un'autorevole dottrina a fondare la vessatorietà della clausola esclusivamente sulla iniquità del suo contenuto, in sé considerato, a prescindere da una scorrettezza imputabile al professionista (53), non perché si ritenga che questa sia implicita nello squilibrio negoziale, ma in quanto, conformemente alla lettera della norma, la si considera irrilevante ai fini del perfezionamento della fattispecie.

La reale differenza rispetto alla tesi precedentemente esposta riguarda, pertanto, non già la soluzione del problema specifico relativo alla nullità della clausola, ma la ricostruzione sistematica della buona

---

*comunitaria* a cura di E. Cesaro, Padova, 1994, 58 per il quale lo squilibrio è una « concretizzazione contenutistica » della violazione della buona fede.

(51) In tal senso la critica di MENGONI, *La disciplina delle « clausole abusive »*, cit., 302 s.

(52) Anche nel diritto inglese, peraltro, la buona fede, pur quando sia intesa in un significato prossimo a quello di ragionevolezza, resta un concetto distinto rispetto allo squilibrio: vedi in tal senso la sentenza pronunciata dalla *House of Lords* nel caso *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc* [2001] UKHL 52 e le opinioni al riguardo espresse da Lord Bingham e da Lord Steyn, il quale però non manca di rilevare che i due requisiti tendono a coincidere nel giudizio concreto sulla vessatorietà della clausola. Diversamente nell'ordinamento tedesco la buona fede finisce per svolgere anche una funzione equitativa nella misura in cui può essere autonomamente utilizzata per correggere il contenuto del negozio o per renderlo invalido: cfr. al riguardo G. H. ROTH, *Inhaltskorrektur und Aufhebung von Rechtsgeschäften*, in *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*<sup>2</sup>, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2, München, 1985, § 242, Rdn 465-468.

(53) Afferma al riguardo MENGONI, *La disciplina delle « clausole abusive »*, cit., 303 che « fondamento dell'inefficacia è l'iniquità della clausola per sé considerata, non una fattispecie complessa formata dal significativo squilibrio contrattuale e dalla violazione della buona fede ».

fede, il cui rispetto si nega che possa costituire requisito per il valido esercizio dell'autonomia contrattuale.

Questa ricostruzione, tuttavia, prescindendo da un abuso giuridicamente rilevante, ammette un controllo giudiziale sulla congruità delle pattuizioni private e finisce per porsi in contrasto con lo stesso principio di autonomia contrattuale, in virtù del quale compete esclusivamente ai contraenti valutare l'opportunità e la convenienza dei costi e dei corrispettivi benefici derivanti dal contratto, laddove questo non sia il risultato di un indebito condizionamento esercitato da uno di essi o di specifiche situazioni giuridicamente rilevanti, che hanno alterato il processo decisionale dell'altro (54).

Né un argomento in contrario potrebbe trarsi dall'art. 34, co. 1, cod. cons., nella parte in cui impone al giudice di valutare la vessatorietà della clausola, tenendo conto anche delle altre parti del contratto o di altri contratti collegati e dei relativi vantaggi compensativi, in base a una valutazione complessiva dell'assetto che i contraenti hanno dato ai propri interessi. In un mercato concorrenziale costituito da liberi scambi, infatti, un sindacato sull'equilibrio delle condizioni contrattuali è giustificato soltanto in base a una valutazione del giudice, che abbia riguardo non solo al contenuto della clausola (55), ma anche alla condotta di chi le ha predisposte, impedendo all'altra parte di trarre dalla concorrenza i vantaggi che questa potrebbe offrirle in termini di equità del contratto.

Solo in questi casi sarebbe, del resto, ammissibile l'intervento del legislatore, in quanto diretto non a limitare l'autonomia dei contraenti, ma a renderne effettivo l'esercizio da parte di entrambi, contemperando così libertà e giustizia contrattuale (56).

Da questa prospettiva la norma non deve quindi essere intesa alla

---

(54) CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 30 s.

(55) In questo senso si esprimono invece coloro secondo i quali la contrarietà a buona fede, pur essendo un requisito aggiuntivo rispetto al significativo squilibrio del contenuto della clausola, costituisce il criterio per valutarne l'intrinseca vessatorietà indipendentemente dal riferimento ad altre circostanze di fatto. In tal senso vedi, tra gli altri, V. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, 1996, 5.

(56) Da questa prospettiva si rivela infondata la considerazione di ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, cit., 5, che imputa a una svista del legislatore (anche comunitario) il richiamo all'elemento della buona fede in quanto questa introdurrebbe un limite alla tutela del consumatore, che, a seconda delle interpretazioni, si traduce in un onere probatorio aggiuntivo a suo carico o nella possibilità per

lettera, in senso difforme dal testo ufficiale della direttiva, per renderla compatibile con le caratteristiche del nostro sistema (57), posto che proprio l'obbligo di dare attuazione al diritto comunitario implica viceversa la necessità di adeguare a esso le categorie dogmatiche dei singoli ordinamenti nazionali. Appare allora preferibile una diversa interpretazione che, pur senza identificare buona fede ed equità, preservi la conformità della disciplina in esame al testo originale della direttiva europea, secondo cui il significativo squilibrio si traduce in un giudizio di vessatorietà soltanto ove sia manifestazione di una condotta scorretta del professionista (58).

Non sarebbe invece a tal fine sufficiente la mera disparità di potere contrattuale, che pure deriva dal particolare bisogno dello scambio, che induce il consumatore a stipulare il contratto. È, infatti, necessario che il rischio potenziale e astratto di una lesione dell'autonomia contrattuale divenga effettivo e concreto attraverso l'approfittamento e l'imposizione di condizioni inique.

Solo in tal caso, del resto, la nullità della clausola sarebbe compatibile con il nostro sistema, nel quale i vizi della volontà e le altre situazioni soggettive che possono alterare la facoltà di autodeterminarsi di un contraente rendono invalido il contratto soltanto quando riguardano elementi essenziali del regolamento ovvero abbiano avuto un'efficacia determinante sulla concreta decisione di concluderlo ovvero di concluderlo a certe condizioni.

Parimente, la clausola sarà vessatoria quando l'abuso del contraente più forte traduca la disparità di potere in un effettivo squilibrio dei diritti e obblighi. In particolare si dovrà stabilire se questi abbia approfittato della propria posizione di vantaggio, a danno del consumatore ovvero abbia salvaguardato anche gli interessi di quest'ultimo,

---

il professionista di dimostrare che la clausola, ancorché significativamente squilibrante, non ripugna alla correttezza.

(57) Questa è invece la lettura proposta da MENGONI, *La disciplina delle « clausole abusive »*, cit., 301.

(58) Appare al riguardo significativo il Considerando n. 16 dir. n. 13/93, secondo il quale l'accertamento del carattere abusivo della singola clausola deve essere effettuato con strumenti idonei a una valutazione complessiva dei vari interessi in causa e che a tal fine il riferimento alla buona fede implica « una particolare attenzione alla forza delle rispettive posizioni delle parti, al quesito se il consumatore sia stato in qualche modo incoraggiato a dare il suo consenso alle clausole e se i beni e servizi siano stati venduti o forniti su ordine speciale del consumatore » e se il professionista abbia tenuto presenti i suoi legittimi interessi.

trattandolo in modo leale e corretto. In altre parole l'iniquità della clausola esclude il valido esercizio dell'autonomia privata soltanto quando la predisposizione unilaterale si connoti in termini di abuso del potere contrattuale.

Da questo punto di vista occorre verificare che il professionista non abbia *di fatto* colto di sorpresa il consumatore, inducendolo a concludere il contratto ma lo abbia adeguatamente informato della presenza di clausole per lui svantaggiose e gliene abbia altresì chiarito il significato, in modo da consentirgli di valutare l'esistenza nel mercato di alternative più convenienti. Un mero squilibrio nel regolamento d'interessi non potrebbe perciò ritenersi conseguenza della disparità di potere contrattuale, se non quando il contraente più forte ne abbia effettivamente abusato.

L'obbligo di correttezza nelle trattative si specifica quindi in una serie di regole dirette a evitare comportamenti che pongano il contratto fuori della logica del mercato, impedendo alla concorrenza di estendere i suoi effetti sull'equilibrio del regolamento d'interessi concretamente pattuito dai contraenti. In questo senso si può allora affermare che la violazione della buona fede, pur non rendendo automaticamente invalido il contratto, vale a giustificare in termini compatibili con una logica di libero scambio il sindacato giudiziale sulla base dell'equità (59).

È evidente peraltro che tale soluzione potrebbe indebolire la tutela del consumatore privandola di effettività nella misura in cui gli impone di provare, oltre allo squilibrio, la condotta abusiva del professionista. Ma a tale inconveniente ha posto rimedio lo stesso legislatore, elencando nell'art. 33, co. 2, cod. cons. una lunga serie di clausole che si *presumono* vessatorie.

La norma, pertanto, indirettamente conferma che il giudizio di vessatorietà non si risolve nella valutazione relativa all'iniquità della clausola. La presunzione, infatti, ai sensi dell'art. 2727 c.c., non può che avere a oggetto un fatto, come appunto il comportamento scorretto del professionista, e non già un mero apprezzamento circa la rilevanza dello squilibrio che da questo consegue nei rapporti tra le parti (60). In presenza di determinate clausole, tipizzate dalla legge come espressione

---

(59) Per considerazioni analoghe vedi C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa. Prefazione all'edizione italiana*, in *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II* a cura dello stesso Castronovo, Milano, 2001, XXXVI.

(60) Le due soluzioni interpretative sono state entrambe prospettate in dottrina,

di significativo squilibrio, si configura quindi una vera e propria inversione dell'onere probatorio con riguardo all'abuso di potere negoziale, che in quanto presunto solo fino a prova contraria, deve comunque ritenersi elemento costitutivo della pretesa fatta valere dal consumatore. In questo modo il legislatore tutela adeguatamente il consumatore, in quanto per un verso ridimensiona notevolmente l'onere probatorio a carico dello stesso, per altro verso sposta sul professionista il rischio di incertezza insito nel giudizio di conformità a buona fede del comportamento che egli abbia concretamente (provato di aver) tenuto.

Questa ricostruzione trova peraltro un'ulteriore conferma nell'art. 34, co. 4, cod. cons., a norma del quale non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale. Questa configura infatti un'ipotesi tipizzata dalla legge di comportamento conforme alla buona fede, come tale idoneo a escludere la vessatorietà della clausola.

Sarebbe del resto contrario al buon senso ritenere sufficiente una trattativa sleale e scorretta per escludere la vessatorietà. È invece necessario che la trattativa si svolga secondo requisiti di « verità » e « lealtà » per giustificare la validità della clausola nonostante la sua iniquità. A tal fine non è però necessario che la clausola sia stata modificata rispetto al testo originariamente predisposto dal professionista (61), ma è sufficiente che il consumatore abbia avuto la possibilità reale di modificare le singole condizioni predisposte dall'altro contraente a prescindere dal fatto che abbia ottenuto in cambio una riduzione del corrispettivo o concessioni equivalenti in altri punti dell'accordo oppure che le abbia comunque accettate perché reputava il contratto più vantaggioso rispetto alle alternative offertegli dal mercato (62).

Alla medesima conclusione deve inoltre giungersi pure quando il predisponente provi di aver tenuto una condotta corretta e leale, anche se non vi sia stata una trattativa individuale, che della buona fede è una

---

rispettivamente da MENGONI, *La disciplina delle « clausole abusive »*, cit., 305 e CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 10 s.

(61) Così A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 480.

(62) Così ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, cit., 8.

(ma non l'unica) possibile manifestazione, sia pure legislativamente prevista (63).

È peraltro chiaro che anche nei casi in cui la legge associa l'iniquità della clausola alla violazione della buona fede, quest'ultima non s'identifica con la seconda, ma conserva un proprio significato come requisito che concorre a dare fondamento al giudizio di vessatorietà. Ne deriva che, al di fuori delle ipotesi in cui opera la presunzione, grava sul consumatore l'onere di provare in modo autonomo l'esistenza di un abuso da parte del professionista, come requisito distinto, che può bensì tradursi in un significativo squilibrio dei diritti e obblighi, ma non si identifica completamente con esso.

Una conferma in tal senso è offerta *a contrario* dalla disciplina delle clausole che rientrano nella cosiddetta lista nera prevista dall'art. 36, co. 2, cod. cons., le quali sono di per sé nulle quantunque oggetto di trattativa individuale, senza che al professionista sia consentita la prova contraria. In tal caso la legge pone un limite predeterminato all'autonomia delle parti, vietando specifiche pattuizioni in relazione esclusivamente al loro contenuto ritenuto *ex ante* iniquo, a prescindere da un concreto abuso del professionista, che si sia estrinsecato in una condotta diversa dalla mera predisposizione di condizioni contrattuali.

La correzione del regolamento negoziale si giustifica pertanto in base a una valutazione legale tipica non solo dello squilibrio nell'assetto d'interessi contrapposti, ma altresì della lesione dell'autonomia contrattuale del consumatore, astrattamente riconducibile alla disparità di potere insita nelle diverse finalità che spingono le parti a concludere il contratto e nella diversa conoscenza nello specifico settore di mercato nel quale si inserisce lo scambio (64).

Diversamente, allorquando il giudice debba valutare nel caso concreto la sussistenza di un significativo squilibrio dei diritti e doveri, questo non si configura come mera difformità rispetto ad una disciplina inderogabile, ma come mancanza di ragioni che in relazione alle circostanze del caso concreto possano giustificare la deroga al diritto dispositivo o la previsione di condizioni contrattuali diverse da quelle

---

(63) CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 33.

(64) A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 548 s.

normalmente praticate in altri contratti relativi ai medesimi beni e servizi (65).

In relazione all'ampiezza che il sindacato sull'equilibrio del contratto viene così ad assumere, sembra arbitrario escluderne l'applicazione con riguardo ai contratti atipici (66), dal momento che anche di questi è senz'altro possibile valutare la congruità, avuto riguardo alle norme dispositive che disciplinano le obbligazioni e i contratti ovvero tipi contrattuali simili e, per gli aspetti non regolati dalla legge, agli usi negoziali, che vengono così ad assumere una funzione del tutto nuova come strumenti non solo per integrare, ma anche per valutare il contenuto del contratto in ragione della sua conformità alla logica del mercato.

Da questo punto di vista sarà ad esempio rilevante stabilire se la rinuncia del consumatore a un diritto riconosciutogli dalla legge o dagli usi trovi oppure no un corrispettivo nella riduzione del prezzo del bene acquistato (67).

A tal fine possono inoltre acquistare rilevanza anche altre circostanze del caso concreto, quali ad esempio una particolare congiuntura del mercato delle materie prime che giustifichi al momento della conclusione del contratto la previsione di una clausola di esonero da responsabilità per il ritardo, escludendo così la ricorrenza di un comportamento opportunistico del predisponente (68), pur quando il contenuto oggettivo della clausola in sé sia significativamente squilibrante a suo favore.

L'art. 34, co. 2, cod. cons. esclude invece che possa essere di per sé oggetto di valutazione giudiziale « la determinazione dell'oggetto » o « l'adeguatezza del corrispettivo, ... purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile ».

A differenza da quanto previsto nell'ipotesi di abuso di dipendenza economica tra imprese, nei contratti dei consumatori un sindacato sulla

---

(65) Come rileva MENGONI, *La disciplina delle « clausole abusive » e il suo innesto nel corpo del codice civile*, cit., 297 e 305, il giudizio di vessatorietà si traduce in un controllo di ragionevolezza del suo contenuto.

(66) In tal senso vedi la lettura riduttiva proposta da ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, cit., 4.

(67) MENGONI, *La disciplina delle « clausole abusive »*, cit., 307.

(68) L'esempio è tratto da MENGONI, *La disciplina delle « clausole abusive »*, cit., 305, il quale coerentemente con la propria ricostruzione ritiene che la valutazione di ragionevolezza e proporzionalità della clausola costituisca l'unico requisito per valutarne la vessatorietà.



congruità delle prestazioni è quindi ammissibile soltanto là dove la condotta scorretta del professionista si sia specificamente estrinsecata in una mancanza di chiarezza della clausola da questi unilateralmente predisposta. La norma descrive così una fattispecie tipica di violazione della buona fede, confermandone, secondo la regola generale, l'autonomia rilevanza come requisito che si aggiunge allo squilibrio.

La dottrina più attenta ha peraltro evidenziato il rischio che questa norma resti di fatto disapplicata. Si rileva al riguardo che, ove il significato della clausola sia dubbio in ragione di un difetto della sua formulazione linguistica troveranno applicazione i criteri legali d'interpretazione che consentono di chiarirne il contenuto, mentre se l'incertezza permane, in quanto dipende dalla mancata previsione dei criteri di determinazione delle prestazioni, il contratto sarà nullo per indeterminabilità del suo oggetto (69).

Così impostati i termini della questione, l'unico modo per riconoscere un ambito di applicazione alla norma in esame è quello di ammettere un sindacato sul contenuto economico della clausola nell'ipotesi in cui per chiarirne il significato non sia sufficiente l'interpretazione letterale, ma si debba fare ricorso a criteri ermeneutici diversi, che in quanto tali presuppongono una non immediata intelligibilità del testo predisposto dal professionista.

Soltanto ove falliscano anche tali criteri soggettivi e oggettivi d'interpretazione, il contratto dovrà ritenersi integralmente nullo per indeterminabilità dell'oggetto, in quanto privo di qualsiasi elemento per individuare le prestazioni dovute dalle parti. Diversamente, la clausola, nel significato risultante dall'attività interpretativa, sarà soggetta al giudizio di vessatorietà anche con riguardo alla congruità economica dello scambio.

Ancora una volta, quindi, il comportamento scorretto del professionista, che predispose il testo della clausola in termini non sufficientemente chiari e comprensibili, assume una precisa rilevanza proprio dalla prospettiva del mercato come fatto che, ostacolando una valutazione comparativa della convenienza dell'affare da parte dei consumatori, impedisce l'operatività della concorrenza con riguardo a determinati rapporti.

In questi termini si giustifica un controllo anche sul contenuto economico dell'atto di autonomia contrattuale, che comunque non si

---

(69) Così MENGONI, *La disciplina delle « clausole abusive »*, cit., 306.



realizza attraverso l'imposizione di prezzi o di limiti determinati a priori dalla legge, ma trova fondamento in una valutazione elastica proprio alla stregua delle condizioni di mercato, rispetto alle quali il valore delle prestazioni appare significativamente squilibrato secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

#### 4. *Funzione e limiti del mercato nella lotta all'usura.*

Un analogo controllo sull'equilibrio delle prestazioni è stato inoltre previsto dalla legge 1996, n. 108, come verifica che presiede al giudizio del carattere usurario degli interessi convenuti nei contratti di credito.

La rilevanza penale della convenzione usuraria si riflette peraltro sul piano della tutela civile come limite al valido esercizio dell'autonomia contrattuale. La sussistenza del reato di usura è, infatti, il presupposto per applicare anche la regola dell'art. 1815, co. 2, c.c., secondo la quale « se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi ».

Non sembra invece condivisibile l'opinione di chi al contrario ritiene che « il divieto sancito dalla norma penale non rivesta alcun ruolo decisivo e autonomo per determinare la nullità del negozio posto in essere in violazione di quel divieto », dovendosi questa fondare esclusivamente sull'art. 1815, co. 2, c.c. (70). L'applicazione di tale norma richiede, infatti, la presenza almeno dei presupposti oggettivi del reato, dai quali non si può prescindere per determinare il tasso in ragione del quale gli interessi sono usurari (71). Sotto il profilo civilistico, quindi, il fenomeno dell'usura non assume rilievo autonomo, in quanto il contratto usurario può ritenersi invalido nei limiti in cui la sua conclusione sia vietata dalla legge penale.

A tale riguardo l'art. 644 c.p., ha previsto due distinte fattispecie del delitto di usura, in relazione alle quali sono usurari innanzitutto gli interessi che superano il limite oggettivamente determinato del c.d. tasso soglia, pari al tasso effettivo globale mediamente praticato per tipologie omogenee di operazioni, aumentato della metà.

Sono parimente usurari anche gli interessi convenuti in misura

---

(70) Così D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, 2001, 89 s.

(71) In tal senso depone anche l'evoluzione legislativa, come rileva B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, ne *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, sub art. 1448, Milano, 2000, 76 s.

inferiore allorché, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni simili, questi risultino comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economico-finanziaria.

In entrambe le ipotesi è quindi lo squilibrio tra le prestazioni che realizza il disvalore riprovato dall'ordinamento. La previsione di sanzioni identiche rispetto a ipotesi in parte diverse trova, infatti, una giustificazione razionale soltanto se si ammette che oggetto di riprovazione e conseguentemente di proibizione da parte della disposizione penale è l'elemento comune a entrambe, dato dalla conclusione di un contratto eccessivamente squilibrato a svantaggio di uno dei contraenti e a vantaggio dell'altro. Il puro e semplice fatto della contrattazione con un soggetto che si trovi in una particolare condizione di debolezza contrattuale non potrebbe del resto concretizzare una lesione idonea a giustificare la previsione del divieto ove si prescindesse da qualsiasi considerazione relativa all'equità dello scambio. Una scelta legislativa di questo tipo, infatti, impedirebbe paradossalmente al soggetto protetto di procurarsi, attraverso la conclusione di un equo contratto, il denaro o le altre utilità necessarie per ovviare alla situazione di « difficoltà economica e finanziaria » in cui si trova, dato che esporrebbe l'altro contraente al rischio della sanzione penale e alla conseguenza della nullità contrattuale.

Il disvalore che giustifica il divieto e la sanzione penale non si esaurisce pertanto nella particolare situazione di difficoltà personale e finanziaria della vittima del reato e neppure nello stato soggettivo del suo autore, ma esige una sproporzione nel valore delle prestazioni, che incide sul sinallagma contrattuale connotandolo in termini d'illiceità alla stregua della valutazione espressamente operata dalla legge (72).

Tale squilibrio, se è di per sé sufficiente a realizzare la fattispecie vietata quando si sia concretizzato nella pattuizione di interessi in misura superiore al tasso soglia, nondimeno è elemento costitutivo del

---

(72) In termini d'illiceità della causa si era espressa la giurisprudenza con riferimento alla normativa precedente al 1996: Cass., 14 aprile 1953, n. 967, in *Giust. civ.*, 1953, 1221; Cass., 20 novembre 1957, n. 4447, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, 1338. Analogo orientamento hanno inoltre espresso, sia pure in *obiter dictum*, Cass., 28 giugno 1946, n. 772, in *Giur. it.*, 1948, I, 1, 49 e Cass., 22 gennaio 1997, n. 628, in *Giur. it.*, 1998, 926 s., le quali tuttavia nel caso concreto hanno riconosciuto la validità del contratto, in assenza dei presupposti dell'usura.

reato di usura negli altri casi in cui tale criterio non opera. Ai fini della fattispecie vietata dall'art. 644 c.p. assume quindi rilevanza il concreto regolamento di interessi convenuto dalle parti, che solo ove determini uno squilibrio tra le prestazioni, rende antiggiuridica non soltanto la condotta dell'autore del reato durante le trattative, ma lo stesso contratto che ne è il risultato (73).

Questa affermazione trova un significativo riscontro comparatistico nel § 138 BGB che testualmente disciplina, come ipotesi (specifiche) di illiceità (per contrarietà alle *gute Sitten*), fattispecie contrattuali analoghe a quelle che integrano il delitto di usura ai sensi dell'art. 644 c.p., il che denota come sul piano logico-concettuale la violazione di norme miranti a proteggere una parte nel compimento delle proprie scelte negoziali, quando presuppone una valutazione da parte del giudice relativa al contenuto oggettivo dell'accordo, non si risolve soltanto in un qualche difetto della volontà negoziale, ma determina un contrasto del regolamento privato con i fini perseguiti dall'ordinamento.

La legge peraltro non interviene vietando o imponendo un contenuto del contratto determinato a priori, ma affida al mercato, inteso come l'insieme delle negoziazioni che hanno per oggetto operazioni creditizie omogenee, il compito di misurare la congruità dello scambio e del corrispettivo che consiste appunto nel pagamento d'interessi usurari (74). Così, anche laddove non sia superato il limite del tasso soglia, la disapprovazione del regolamento contrattuale dipende da una valutazione giudiziale condotta alla stregua di parametri direttamente desumibili dal mercato, in relazione ai quali assumerà rilevanza invalidante la sproporzione che nelle circostanze concrete non risulti giustificata secondo un criterio di ragionevolezza. In questo caso lo squilibrio tra le prestazioni esclude il valido esercizio dell'autonomia contrattuale soltanto quando questo sia concretamente compromesso dalla situa-

---

(73) Alla medesima conclusione giunge anche BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, cit., 63, traendo argomento dalla rilevanza che nella fattispecie penale assume, oltre alla condotta dell'usuraio, l'esistenza di un rapporto sinallagmatico tra questi e la vittima dell'usura. In parte diversa l'opinione espressa da R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 491, il quale pone a fondamento della nuova disciplina « un giudizio di disvalore dell'ordinamento non solo per il comportamento di un soggetto (com'era nella previgente disciplina), ma per il complessivo regolamento contrattuale voluto dalle parti ».

(74) G. GUIZZI, *Congruietà dello scambio e contratti di credito*, in *Squilibrio e usura nei contratti* a cura di G. Vettori, Padova, 2002, 449.

zione di difficoltà economica e finanziaria, che di fatto abbia impedito a una parte di concorrere effettivamente a determinare il contenuto dello scambio, pur quando alla controparte non sia imputabile uno specifico abuso.

Nella nuova disciplina, infatti, la sussistenza del reato di usura prescinde da una condotta scorretta dell'usuraio definibile in termini di approfittamento, essendo sufficiente, per integrare la fattispecie criminosa, una rappresentazione e volizione in termini di dolo eventuale (75). Il giudizio d'illiceità che ne consegue, pertanto, pur riguardando essenzialmente il sinallagma contrattuale (76), non può prescindere da un accertamento diretto a stabilire se il contraente che si è impegnato a effettuare una prestazione oggettivamente squilibrata fosse effettivamente in grado di esercitare la propria libertà decisionale.

In tal senso si può dire che, nonostante la definizione in termini più marcatamente oggettivi della fattispecie, il legislatore è rimasto fedele all'impostazione classica che ricostruisce la pattuizione d'interessi usurari in termini di lesione dell'autonomia contrattuale di una parte, adeguando alle esigenze di certezza e libertà degli scambi nel mercato la celebre opinione di Jeremy Bentham, secondo il quale nessun uomo adulto dovrebbe essere ostacolato, con riguardo al suo vantaggio, dal compiere le transazioni che ritenga opportune per ottenere denaro purché sia un uomo sano di mente che agisca liberamente e con gli occhi bene aperti (77).

Un discorso diverso vale invece con riguardo alla clausola che prevede interessi usurari in ragione del mero superamento del tasso soglia. In tal caso, infatti, la tutela del contraente debole non si realizza sindacando le modalità concrete di manifestazione dell'autonomia contrattuale, bensì limitando l'ambito entro cui le parti possono di-

---

(75) Così S. PROSDOCIMI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *Studium iuris*, 1996, 776. Sul punto vedi altresì TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, cit., 492.

(76) Rinvio sul punto ad ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 301 s. e alle considerazioni ivi esposte, secondo le quali il disvalore che giustifica il divieto e la sanzione penale non si esaurisce nella particolare situazione di difficoltà personale e finanziaria della vittima del reato e neppure nello stato soggettivo del suo autore, ma esige una sproporzione nel valore delle prestazioni.

(77) J. BENTHAM, *Difesa dell'usura*, trad. it. a cura di N. Buccilli e M. Guidi, Macerata, 1997.

sporre validamente dei propri interessi. A prescindere da qualsiasi situazione o circostanza che possa menomare la libertà decisionale della parte alla quale è concesso il credito, la promessa d'interessi superiori a un limite oggettivamente determinato rende illecita l'operazione negoziale proprio in ragione della sproporzione qualificata tra i valori delle corrispettive prestazioni (78).

Il regolamento privato è quindi invalido a prescindere da una situazione di debolezza contrattuale e dall'accertamento concreto di un abuso di potere contrattuale, di cui esso possa effettivamente ritenersi espressione. D'altra parte, il vincolo così posto alla libertà delle parti di determinare convenzionalmente l'ammontare degli interessi, pur riflettendo l'andamento del mercato, introduce una certa rigidità nel suo funzionamento, in quanto impedisce di concludere contratti che si discostino dalla media dei valori espressi in altre operazioni del medesimo tipo oltre un certo limite, in termini di incremento percentuale.

La legge quindi interviene sull'atto dell'autonomia per garantire che sia il mercato a determinarne il contenuto, ma finisce paradossalmente per limitare l'operatività di quest'ultimo, nella misura in cui il controllo sull'equilibrio dello scambio è legato a parametri predeterminati e prescinde dall'accertamento concreto di un abuso del contraente più forte che concretamente imponga un regolamento d'interessi fuori dalla logica del mercato. Trova così realizzazione anche l'ulteriore obiettivo, essenzialmente macroeconomico, di contenere il costo del denaro (79), riducendo l'ambito entro il quale questo può essere oggetto di libera contrattazione.

Tale finalità di carattere sociale si coniuga pertanto con la protezione del singolo contraente e insieme ad essa assume rilievo prevalente sull'interesse al funzionamento concorrenziale del mercato. Infatti, là dove la sproporzione tra le prestazioni abbia dimensioni più rilevanti, la tutela della vittima dell'usura prescinde dalla situazione soggettiva in cui essa si trovi, essendo a tal fine sufficiente lo squilibrio oggettivo dello scambio.

D'altra parte, caratteristica strutturale dei contratti che hanno per oggetto la concessione di credito è proprio la disparità di potere contrattuale che trae origine dal bisogno e rispettivamente dalla disponibilità di denaro che connota i rapporti tra i contraenti, anche quando

---

(78) GUIZZI, *Congruietà dello scambio e contratti di credito*, cit., 445.

(79) In tal senso vedi i rilievi di E. QUADRI, *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur.*, 1999, 890-891.

non si configuri come situazione di difficoltà economica e finanziaria di una parte. Da questa prospettiva il limite alla libertà contrattuale trova la sua *ratio* in una valutazione legale tipica dello squilibrio normativamente rilevante come risultato oggettivo della difficoltà (soggettiva) di una parte, anche se la finalità di protezione del contraente debole, che pure concorre a dare fondamento razionale alla norma, non si traduce in una previsione espressa che direttamente attribuisca rilevanza all'abuso di potere contrattuale come elemento della fattispecie legale.

Da questa ricostruzione della pattuizione usuraria, in termini di pura e semplice sproporzione tra le prestazioni, a prescindere da qualsivoglia impedimento nell'esercizio concreto dell'autonomia contrattuale, deriva inoltre che potrebbero assumere rilevanza eventuali mutamenti nei valori di riferimento del mercato, che abbiano alterato l'equilibrio del sinallagma dopo la conclusione del contratto, ove i suoi effetti non siano ancora esauriti. Mentre, infatti, i comportamenti dei contraenti non possono che essere valutati con riferimento al tempo in cui sono posti in essere (80), lo squilibrio oggettivo dell'assetto negoziale può invece apprezzarsi anche in un momento successivo.

Tale conclusione costituisce peraltro il presupposto da cui implicitamente muove la giurisprudenza nell'affrontare una questione analoga, allorché afferma che la l. n. 108/96, pur non essendo retroattiva e non potendo quindi operare rispetto ai contratti stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore, potrebbe comunque regolare i rapporti non ancora esauriti nascenti da tali negozi (81), dovendosi escludere che rispetto a essi trovi applicazione ultrattiva la disciplina previgente (82).

---

(80) Un discorso analogo vale per la condotta materiale dell'autore del reato che, stante il principio dell'art. 25 cost., può ritenersi penalmente rilevante solo con riguardo al tasso soglia rilevato al momento in cui è stata posta in essere.

(81) In questo senso Cass., 22 aprile 2000, n. 5286 e Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, entrambe pubblicate in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, 620 s. Il medesimo principio è ribadito sia pure come *obiter dictum* da Cass., 2 febbraio 2000, n. 1126, *ibidem*. Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, l'applicabilità della l. n. 108/96 ai contratti stipulati prima della sua entrata in vigore è stata affermata da Trib. Velletri, 3 dicembre 1997, in *Corr. giur.*, 1998, 192 e da Trib. Milano, 13 novembre 1997, *ibidem*, 435 s. In senso contrario si è invece espresso con ordinanza Trib. Roma, 4 giugno 1998, in *Foro it.*, 1998, I, 2558.

(82) Così Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, cit., 624 e Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, cit., 626.

In base al medesimo tipo di argomentazione, del resto, già in precedenza la Corte costituzionale aveva dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 1938 c.c. nella parte in cui ammetteva la validità di fideiussioni *omnibus* senza limitazioni d'importo, prestate prima dell'entrata in vigore della l. n. 154/92. Secondo la Corte, infatti, la non retroattività della nuova disciplina non implica anche l'ultrattività di quella previgente, ma semplicemente limita l'operatività della garanzia fideiussoria esclusivamente alle obbligazioni principali già sorte alla data di entrata in vigore della nuova legge (83).

Pur ammettendo l'applicazione della nuova disciplina ai rapporti in corso di esecuzione, non sembrano tuttavia condivisibili alcune sentenze, nelle quali la Cassazione ha ritenuto affetta da nullità (sopravvenuta) la clausola con la quale si convenivano interessi in misura che era risultata superiore al limite legale successivamente introdotto (84).

L'invalidità, infatti, è qualificazione giuridica dell'atto posto in essere dai contraenti e pertanto impedirebbe la realizzazione del programma negoziale senza limiti di tempo, posto che la nullità sopravvenuta « a differenza della inefficacia successiva, colpisce immediatamente l'atto e perciò non potrebbe non estendere i propri effetti anche alle prestazioni già eseguite, che nell'atto hanno il loro fondamento », travolgendo tutti i rapporti sorti dal negozio e non soltanto quelli in corso di esecuzione (85).

Né si potrebbe obiettare che il contratto non può ritenersi allo

---

(83) Corte cost., 27 giugno 1997, n. 204, in *Corr. giur.*, 1998, 31 s. Tale interpretazione è stata successivamente accolta da Cass., 22 novembre 2000, n. 15024, ne *I contratti*, 2001, 802 s., con nota di V. TAMPANO, *Jus superveniens, rapporti fideiussori in corso e nullità sopravvenuta*.

(84) Prospettano una nullità sopravvenuta parziale Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, cit., 626 e Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, cit., 624, che ritiene tale ricostruzione preferibile rispetto ad altre che comunque neghino ogni effetto alla convenzione usuraria. In senso contrario vedi tuttavia D. SINESIO, *Gli interessi usurari. Profili civilistici*, Napoli, 1999, 44. Sull'ammissibilità di tale figura in termini generali mi permetto di rinviare ad ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 50 s.

(85) Così V. SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 368-369, il quale, peraltro, non esclude in termini assoluti l'ammissibilità della figura. Per considerazioni analoghe vedi altresì del medesimo Autore, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 454 e A. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, 7, Torino, 2002, 99.



stesso tempo valido e invalido *ab initio* (86), per negare l'ammissibilità in termini generali di tale figura. L'antinomia evidenziata si rivela, infatti, solo apparente non appena si consideri, da una prospettiva diacronica, che il contratto, pur essendo inizialmente valido, dal momento in cui è diventato nullo non può più costituire la fonte dei rapporti giuridici che da esso sono sorti.

Non sarebbe invece corretto affermare che l'invalidità sopravvenuta, come quella originaria, opera retroattivamente « poiché la causa dell'invalidità si ritiene esistente fin dalla formazione dell'atto » (87). La retroattività della nullità sopravvenuta, infatti, non costituisce una sorta di « formula magica », da utilizzarsi per riportare indietro nel tempo eventi verificatisi dopo la (valida) conclusione del contratto, ma esprime piuttosto il modo in cui tale fattispecie opera nel presente, dando origine a una situazione giuridica corrispondente a quella che sussisterebbe nel caso d'invalidità originaria (88).

Non sembra pertanto giustificata neppure la preoccupazione di chi, nel tentativo di superare le obiezioni opposte all'ammissibilità di un'invalidità del negozio causata da fatti sopravvenuti, ritiene incompatibile con la validità iniziale del negozio la retroattività della successiva nullità (89).

Dalle considerazioni finora svolte appare dunque chiaro che la nullità sopravvenuta della pattuizione divenuta usuraria renderebbe la relativa clausola inefficace *ex tunc*, non consentendo invece la liberazione del debitore dal solo obbligo di pagare gli interessi successivamente divenuti usurari (90). Eventuali mutamenti del tasso soglia farebbero pertanto venir meno anche gli effetti che il negozio ha già

---

(86) In tal senso vedi l'argomento utilizzato da R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Ann. dir. comp.*, 1951, XXVII, 88.

(87) Così invece G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 63.

(88) Per una ricostruzione analoga, applicata alla retroattività della condizione cfr. A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, 15 s.

(89) Così C. DONISI, *In tema di invalidità sopravvenuta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, 799-800, il quale, però, alla nota 121 ammette l'operatività *ex tunc* dell'invalidità in questione in caso di collegamento tra negozi.

(90) In questo senso vedi invece, tra gli altri, G. GIOIA, *Interessi usurari: rapporti in corso di esecuzione e ius superveniens*, in *Corr. giur.*, 1998, 199 e G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. impr.*, 1999, 483. Manca, peraltro, una netta presa di posizione in un senso o nell'altro da parte della Cassazione nella motivazione delle due sentenze citate nn. 5286 e 14899 del 2000.



prodotto, nonostante la diversa valutazione di liceità fino a quel momento espressa dall'ordinamento.

In tal modo si verrebbe, però, ad ammettere una limitazione dell'autonomia contrattuale che non troverebbe adeguata giustificazione né in ragione della tutela del contraente debole rispetto ad abusi della controparte o a situazioni che possano comunque compromettere la capacità di autodeterminazione, né in funzione di garanzia dell'equilibrio oggettivo del contratto rispetto ai valori espressi dal mercato al momento della sua conclusione. La nullità, infatti, da un lato colpirebbe clausole che sono il risultato di una scelta liberamente effettuata da entrambi i contraenti senza indebiti condizionamenti, dall'altro impedirebbe la produzione anche di quegli effetti contrattuali che pure sono espressione *ratione temporis* di un equilibrio che trova origine proprio nel fisiologico funzionamento del mercato a prescindere anche da quei presupposti che possano giustificare un intervento finalizzato a contenere il costo del denaro

Questi possibili esiti della disciplina in esame sono stati peraltro esclusi dallo stesso legislatore, il quale in sede d'*interpretazione autentica* della l. n. 108/96 ha stabilito che, « ai fini dell'applicazione dell'art. 644 del codice penale e dell'art. 1815, secondo comma, del codice civile, s'intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento » (91).

Ma, a prescindere da tali previsioni normative, lo squilibrio messo in evidenza dal mutamento del tasso soglia potrebbe comunque assumere rilevanza come criterio di valutazione del corretto comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto validamente concluso e successivamente venutosi a trovare in contrasto con la norma imperativa. In base alla regola, con la quale l'art. 1375 c.c. impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede, un'attenta dottrina ha, infatti, riconosciuto l'inesigibilità dell'obbligazione degli interessi oltre il limite volta per volta previsto alla data dei singoli adempimenti. La clausola resta quindi valida e gli interessi sono pur sempre dovuti, ma in misura

---

(91) Cfr. l'art. 1, co. 1, della l. n. 24/01, che ha convertito con modificazioni, il d. l. n. 394/00. Prescinde invece espressamente dal fenomeno usurario la disposizione del secondo comma del medesimo articolo, che per alcune categorie di mutui, a partire da una certa data, prevede che il tasso convenzionale sia sostituito con uno diverso, determinato sulla base di criteri legali, quando più favorevole al debitore.

che non può superare il tasso soglia, con l'ulteriore conseguenza che il debitore, ove abbia integralmente pagato gli interessi nella misura divenuta usuraria, non potrà agire per la ripetizione dell'indebito, in quanto tale rimedio presuppone l'invalidità o l'inefficacia del contratto (92).

Viene così a configurarsi una soluzione soddisfacente non solo dal punto di vista del dato normativo sul quale si fonda, ma altresì sul piano sostanziale delle contrapposte esigenze facenti capo alle parti, che in tal modo trovano adeguata composizione. La regola di buona fede diviene, infatti, garanzia di attuazione del rapporto contrattuale in conformità con l'andamento del mercato senza limiti precostituiti al suo funzionamento, che si traducano in invalidità negoziali non giustificate da una effettiva esigenza di tutela della libertà dei contraenti rispetto a situazioni in cui questa non abbia potuto effettivamente esplicarsi.

5. *La disciplina eteronoma del contratto di lavoro come (parziale) sottrazione del rapporto alla logica dello scambio.*

Una restrizione legislativa dei meccanismi concorrenziali del mercato si realizza invece attraverso le norme che nel diritto del lavoro tutelano il lavoratore come contraente debole non già « sanzionando » a *posteriori* l'abuso del potere contrattuale, ma negandone *a priori* l'esercizio oltre i limiti inderogabilmente fissati dalla legge o dalla contrattazione collettiva, alla quale la legge riconosce valore inderogabile in *peius* per il lavoratore (93). Diversamente da quanto è avvenuto in altri settori del diritto privato, il riequilibrio del contratto individuale

---

(92) In questo senso F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. not.*, 2000, II, 1447 s. e spec. 1454, secondo il quale « più che di sopravvenuta nullità della clausola si dovrebbe parlare di sopravvenuta inesigibilità della prestazione ». Apparentemente simile è la soluzione proposta da B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso soglia nella disciplina e al divieto di anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 363 s., il quale tuttavia, fondando l'inesigibilità degli interessi, nella parte eccedente il tasso soglia, sulla possibilità di sanzionare penalmente il comportamento del mutuante che ne abbia successivamente preteso la corresponsione, non può prescindere dall'applicazione dell'art. 644 c.p. al caso di specie e quindi da una valutazione di usurarietà riferita al momento del pagamento. Ma come si è rilevato questa conclusione è stata esclusa dalla interpretazione autentica del legislatore.

(93) Sul fondamento normativo dell'inderogabilità *in peius* del contratto collettivo di lavoro e sull'integrazione automatica del contratto individuale vedi per tutti la magistrale ricostruzione di L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, 167 s. e spec. 186 s.

di lavoro si realizza ancora attraverso una disciplina, che in parte sottrae il rapporto alla contrattazione nel mercato, vietando o imponendo un assetto d'interessi predeterminato dalla legge.

Parimente, l'esigenza di un'equilibrata ripartizione del potere contrattuale tra le parti sociali, in altre situazioni, si traduce in una disciplina disponibile soltanto dall'autonomia collettiva (94).

Nonostante le aperture fatte dal legislatore sotto la spinta delle esigenze di flessibilità, il rapporto di lavoro resta pertanto regolato in buona parte da fonti eteronome. Anche la scelta di modelli contrattuali alternativi rispetto a quello tradizionale è possibile soltanto entro i limiti e nei casi stabiliti dalla legge e comunque determina l'instaurarsi di rapporti rigidamente regolati.

Ne deriva che impropriamente si parla di contratti *atipici* con riguardo a rapporti che in realtà trovano nella legge una specifica regolamentazione articolata in una pluralità di modelli di disciplina, che peraltro, come la dottrina più attenta ha opportunamente rilevato, non è comunque tale da mettere in discussione l'unitarietà del tipo contrattuale (95).

Una delle ragioni che potrebbe in qualche modo spiegare quest'atteggiamento dell'ordinamento risiede nella considerazione che la prestazione lavorativa, in quanto immanente alla persona del lavoratore, non può considerarsi come una merce alla stregua degli altri fattori della produzione, rispetto ai quali trovano invece libero gioco i meccanismi concorrenziali del mercato, che governano gli scambi secondo la logica patrimoniale del diritto civile (96).

Il coinvolgimento della persona del lavoratore nell'esecuzione del contratto trova un riconoscimento normativo tanto nell'art. 36 cost. quanto nell'art. 2087 c.c., il quale espressamente stabilisce che « l'im-

---

(94) Cfr. sul punto MENGONI, *La questione del « diritto giusto » nella società post-liberale*, cit., 27.

(95) Così M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2004, 596 s.

(96) Vedi al riguardo le osservazioni di L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, 2004, 53 s. Sembra invece prescindere da tali considerazioni la ricostruzione dell'inderogabilità offerta da M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, Padova, 2006, 27 s., la quale propone di ridimensionare l'estensione di tale categoria in ragione della sua *ratio*, che sottintende un mercato del lavoro « monopsonistico », che, secondo l'Autrice, non corrisponderebbe più alla attuale situazione, caratterizzata dal rafforzamento della capacità di coalizione dei lavoratori.

prenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro ». Da questa prospettiva si giustifica anche un intervento correttivo del legislatore sull'atto di autonomia contrattuale che non è diretto genericamente a riequilibrare il rapporto, ma che, proprio nell'ottica di tutela del contraente debole, è specificamente volto a proteggere beni e interessi di natura personale, che sono necessariamente coinvolti nel rapporto, nella misura in cui il dipendente in cambio della retribuzione si impegna a prestare le proprie energie lavorative, inseparabili dalla sua persona.

Il limite che la legge pone all'autonomia dei contraenti si spiega quindi in ragione della necessità di evitare che determinati interessi che fanno capo al lavoratore siano regolati secondo le regole e le dinamiche del libero scambio, le quali, pur quando si collochino in un sistema di concorrenza, riflettono le disparità di potere contrattuale (97).

In questo senso la disciplina inderogabile del rapporto di lavoro si giustifica in base all'esigenza di realizzare una tutela minima di determinati valori individuali non sufficientemente garantiti dalla contrattazione individuale (98), anche quando questa non abbia a oggetto modalità di esecuzione della prestazione lavorativa nocive per la salute o per la sicurezza del lavoratore.

Questa tendenza a limitare l'autonomia delle parti nella regolamentazione del rapporto lavorativo peraltro si spinge fino a coinvolgere contratti diversi da quello di lavoro subordinato, che per la loro vicinanza ad esso potrebbero essere fraudolentemente utilizzati per sottrarsi all'applicazione della disciplina prevista a tutela del contraente debole.

Ne costituisce un esempio la previsione dei presupposti e dei requisiti necessari per la stipulazione del contratto di lavoro autonomo a progetto, attraverso una stringente normativa che assume una speci-

---

(97) In tal senso rileva L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in *Problemi giuridici dell'impresa*, Roma, 1976, 43 la necessità di abbandonare la concezione classica del lavoro come « bene di scambio » e delle relazioni tra le parti come « rapporti di mercato ».

(98) Rileva opportunamente L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997, XV s. che « la libertà dell'individuo non deve essere intesa alla stregua di una mistificazione aprioristica ma come condizionata storicamente, e quindi bisognevole di strumenti accessori di emancipazione dalle situazioni, per lo più inevitabili, di svantaggio in cui l'individuo si trova ad operare ».

fica valenza antielusiva, in quanto mira a impedire che il datore di lavoro attraverso la scelta di questo tipo contrattuale possa ottenere le stesse utilità date dalle prestazioni di lavoro subordinato, senza sopportarne i relativi costi in termini di retribuzione e di garanzie minime inderogabilmente riconosciute al lavoratore dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

In tal senso appare significativa la norma dell'art. 69, d.lgs. n. 276/03, secondo la quale « i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato fin dalla loro costituzione ». In altre parole la legge condiziona la libertà di scegliere il contratto in esame alla predisposizione di un progetto che attesti l'esistenza di un reale interesse oggettivo dell'impresa a esternalizzare una parte della propria attività, in mancanza del quale assume la necessaria esistenza degli elementi della subordinazione, con conseguente applicazione della normativa a tutela del prestatore d'opera (99).

Anche questa disciplina costituisce pertanto attuazione di un disegno unitario che, sottraendo *ex ante* alla libera contrattazione aspetti rilevanti del rapporto di lavoro, ne realizza un riequilibrio a favore del contraente più debole, sia pure attraverso tecniche e strumenti diversi da quelli di più recente introduzione, che invece si concretizzano nella repressione *ex post* di eventuali abusi. È evidente quindi che funzione precipua di tali norme imperative non è di regolare il funzionamento del mercato, bensì di ridurre l'ambito di operatività, limitando *a priori* il potere delle parti, individuali o collettive, di determinare il contenuto del contratto di lavoro.

La disciplina eteronoma del rapporto di lavoro peraltro non si realizza sempre mediante la sostituzione delle clausole nulle con una diversa regola legale, ma talvolta si risolve nella mera negazione di un determinato effetto contrattuale, come ad esempio avviene nel caso di illegittima pattuizione di un termine finale, in assenza delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo richieste dall'art. 1, d.lgs. 368/2001.

La tendenza a sottrarre in certa misura il rapporto di lavoro alla libera contrattazione tra le parti e ai meccanismi concorrenziali che attraverso di questa trovano attuazione dimostra peraltro che la disciplina eteronoma del rapporto non può ritenersi funzionale al raggiun-

---

(99) Cfr. al riguardo NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, cit., 600 s.

gimento di un astratto benessere collettivo, secondo una logica che avrebbe dovuto invece ricercare nel mercato lo strumento più idoneo a garantire la migliore allocazione delle risorse (100), ma è finalizzata a tutelare un interesse particolare del lavoratore, sottraendolo al suo potere di disposizione.

Al riguardo è certamente significativa la sentenza con la quale la Corte Suprema degli Stati Uniti, agli inizi del secolo scorso, ritenne che lo Stato di New York, imponendo un tetto massimo all'orario di lavoro, aveva posto un limite all'autonomia contrattuale che non era giustificato da un interesse generale della collettività (101). Nella motivazione il giudice Peckham affermò che un sano e buon pane non dipende dal fatto che il fornaio lavori dieci ore al giorno o sessanta ore alla settimana; aggiungendo che il lavoro del fornaio di per sé non è nocivo per la salute al punto di autorizzare il legislatore a interferire con la libertà contrattuale delle parti (102).

Certamente tale affermazione nell'attuale contesto normativo non sarebbe sufficiente a escludere un intervento normativo volto a tutelare l'interesse particolare di uno dei contraenti, attraverso una disciplina inderogabile, che, anche in mancanza di una utilità collettiva, si giustificerebbe comunque, in ragione della scelta dell'ordinamento di rendere indisponibile tale interesse, secondo una logica di protezione che tiene conto della disparità di potere contrattuale e che mira ad evitare che il regolamento contrattuale determini uno squilibrio inaccettabile in considerazione dei beni coinvolti, tra i quali vi è non soltanto la salute, ma prima ancora la libertà e la dignità della persona.

In questo, come in altri casi, pertanto la previsione di norme inderogabili e la sostituzione automatica di clausole assumono un significato diverso rispetto all'intervento statale nelle forme tradizionali della programmazione economica, in quanto non sono dirette a realizzare finalità generali della società, quali il contenimento del costo del denaro, la stabilizzazione dei prezzi o il superamento di crisi congiunturali dell'economia, ma divengono strumento di riequilibrio del rapporto. Tale risultato si realizza, però, non garantendo il corretto

---

(100) In questo senso anche G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., 3.

(101) *Lochner v. New York*, 198 US 45, 1905, 57.

(102) Per un esame del caso vedi più diffusamente S. SIMITIS, *Diritto privato e disegualianza sociale: il caso del rapporto di lavoro*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2001, 47 s.

esercizio dell'autonomia privata, ma sottraendo a essa la regolamentazione di una parte del rapporto contrattuale.

Non sarebbe invece sufficiente a impedire l'intervento pubblico la considerazione secondo la quale i fornai come categoria sono uguali agli uomini che lavorano in altri settori dal punto di vista della capacità di provvedere ai propri interessi senza che la protezione della legge interferisca con la loro libertà (103). Da questa prospettiva l'opinione in base alla quale la Corte Suprema ha stabilito che il limite posto dalla legge alla possibilità dei contraenti di determinare liberamente l'orario di lavoro era irragionevole, inutile e arbitrario, riflette una concezione dell'uguaglianza in senso puramente formale che appare ormai superata dalla consapevolezza che le disparità economiche possono impedire a una parte l'effettivo esercizio della sua autonomia contrattuale (104).

In questo senso la disciplina lavorista, al di là degli aspetti peculiari che la caratterizzano, appare comunque in grado di dare un significativo contributo alla migliore comprensione dell'intero diritto dei contratti. La considerazione della capacità di lavorare come bene suscettibile di valutazione economica, infatti, per un verso segna la massima espansione della libertà contrattuale, per altro verso pone le basi per una progressiva limitazione di alcune sue manifestazioni da parte del legislatore, mettendo in evidenza una realtà sociale caratterizzata da una profonda disuguaglianza, che non consente ai singoli di influenzare le loro condizioni di lavoro, traducendosi nell'imposizione unilaterale di regolamenti che rispecchiano i vecchi privilegi dei padroni (105).

Gli interventi eteronomi a tutela del prestatore di lavoro costituiscono allora un osservatorio privilegiato dal quale appare oltremodo evidente che l'esistenza di un mercato competitivo, se pure garantisce l'allocazione ottimale delle risorse (106), non necessariamente assicura un'adeguata tutela del singolo contraente, nella misura in cui non assicura la giustizia contrattuale né impedisce che le disparità di potere contrattuale si traducano in un regolamento negoziale che avvantaggi eccessivamente una parte a danno di interessi superiori dell'altra (107).

---

(103) *Lochner v. New York*, cit., 57.

(104) RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 23 s.

(105) SIMITIS, *Diritto privato e disuguaglianza sociale: il caso del rapporto di lavoro*, cit., 56 s.

(106) ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., 3 s.

(107) Rileva al riguardo MENGONI, *La disciplina delle «clausole abusive»*, cit., 296 s., come la libera contrattazione in un sistema di concorrenza, se garantisce



Al fine di proteggere il contraente più debole l'ordinamento limita pertanto la libertà dei contraenti di determinarne il contenuto, così come quella di sciogliere il rapporto che essi hanno liberamente costituito (108). Non è perciò sufficiente a giustificare le restrizioni dell'autonomia contrattuale la volontà espressa dalla maggioranza, sia pure in conformità con i principi che fanno parte della tradizione di una società e di un ordinamento (109), ma è altresì necessario che l'intervento normativo risulti ragionevole in base ad un giudizio di proporzionalità rispetto ai beni e ai valori protetti.

Entro questi limiti di ragionevolezza è pertanto legittimo l'atteggiamento dell'ordinamento che talvolta non regola semplicemente il funzionamento del mercato, rimettendo al giudice il compito di verificare se le modalità concrete di esercizio dell'autonomia contrattuale siano concretamente abusive, ma ne limita l'ambito di operatività, escludendo *a priori* il potere dei contraenti di determinare liberamente il regolamento negoziale nella parte in cui questo contrasti con la disciplina inderogabile prevista dalla legge.

È pertanto chiaro che la disciplina del mercato come sistema di liberi scambi influenza il modo di intendere l'autonomia contrattuale, ma che a loro volta le norme sul contratto condizionano i meccanismi concorrenziali, garantendone il corretto funzionamento e persino stabilendo i limiti oltre i quali questi non possono operare.

#### 6. *La struttura del mercato tra regole legali e scelte dei contraenti.*

Questa interazione tra diritto civile e diritto della concorrenza ha peraltro le sue radici nel modo stesso di essere del mercato come « *locus artificialis* », cioè come sistema di scambi che si realizzano secondo l'ordine giuridico determinato da una precisa volontà legislativa (110). Sia che la legge definisca i confini entro i quali possono realizzarsi gli scambi economici, sia che regoli le modalità con le quali questi avvengono, in ogni caso il mercato, come sistema nel quale tali relazioni

---

l'impiego efficiente delle risorse, non è in grado di correggere le asimmetrie di potere contrattuale.

(108) RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 57.

(109) In tal senso vedi invece la *dissenting opinion* del giudice Holmes nel medesimo caso *Lochner v. New York*.

(110) Così IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 10 s.



si svolgono, è il risultato di regole giuridiche che corrispondono a una precisa scelta di politica del diritto.

Si rivela invece priva di fondamento la tesi, secondo la quale il mercato troverebbe il suo ordine esclusivamente nelle leggi naturali dell'economia che esistono prima e al di fuori dell'ordinamento giuridico (111). L'esistenza stessa del mercato dipende infatti da una precisa scelta dell'ordinamento, che non solo preferisce tale sistema economico ad altri possibili modelli organizzativi di tipo collettivistico o misto (112), ma ne garantisce anche il funzionamento corretto ed efficiente mediante norme volte a contrastare fenomeni che ne determinerebbero il fallimento o che comunque impedirebbero a esso di operare rispetto a determinati rapporti connotati da una rilevante disparità di potere contrattuale (113).

Si rivela invece illusoria l'idea secondo la quale gli scambi potrebbero trovare attuazione indipendentemente da qualsiasi riconoscimento giuridico della loro efficacia vincolante secondo un « "ordine spontaneo" che trova fondamento nelle convenienze soggettive umane e legittimazione nel principio di effettività » (114). Non si può, infatti, negare che il funzionamento del mercato postula, oltre alle norme volte a garantire il corretto svolgimento della concorrenza, alcuni istituti giuridici propri del diritto privato, che in primo luogo individuano attraverso regole di appartenenza, i diritti che possono formare oggetto di scambio e i soggetti che in quanto titolari sono legittimati a disporne in cambio dell'attribuzione di situazioni corrispettive di vantaggio (115).

Così l'ordinamento riconosce e disciplina la proprietà privata, senza della quale il mercato non potrebbe neppure esistere. Compete

(111) F. A. VON HAYEK, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, trad. it. in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia, storia delle idee*, Roma, 1988, 90.

(112) C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 411-412.

(113) Al riguardo rileva CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, cit., 193-194 che « la mano invisibile pensata da Adam Smith, quale provvidenza secolarizzata, a muovere i fili dell'umana vicenda, appare vieppiù invisibile, fino a diventare una mano morta che non orienta nulla, che non dà ai rapporti economici il loro equilibrio ideale ».

(114) Così DRAGHI, *Intervento*, cit., 83.

(115) In tal senso si può condividere l'opinione di I. M. KIRZNER, *The Driving Force of the Market*, London-New York, 2000, 77, secondo cui il diritto realizza i prerequisiti istituzionali affinché il mercato possa sorgere e funzionare.

inoltre all'ordinamento giuridico e non al mercato attribuire valore vincolante agli scambi, stabilendo a tal fine i requisiti minimi necessari perché l'accordo sia validamente raggiunto e sia giuridicamente vincolante (116). Non potrebbe invece neppure prospettarsi un "mercato" rispetto a prestazioni delle quali il diritto sostanzialmente si disinteressa, considerandole oggetto di mere "obbligazioni naturali" (117), che possono essere bensì spontaneamente effettuate senza configurare un indebitto, ma il cui inadempimento è del tutto privo di sanzione giuridica.

Si tratta, infatti, di fenomeni non generalizzabili, che l'ordinamento stesso considera di rilevanza marginale, confinandoli nell'ambito dei doveri morali o sociali, come tali estranei alla logica utilitaristica che governa gli affari, secondo la quale, in un contesto di scarsità delle risorse rispetto ai bisogni e desideri umani, ciascuno è naturalmente portato a massimizzare il proprio interesse soggettivo. Rispetto a tali scelte essenzialmente economiche soltanto il diritto è allora in grado di ordinare le pulsioni "egoistiche" che muovono i contraenti, impedendo che esse si traducano nel mancato rispetto degli impegni assunti. Questa "naturale" tendenza dell'*homo oeconomicus* è infatti contrastata dalla forza coercitiva dello Stato, che garantisce così agli scambi quel grado di affidabilità indispensabile affinché questi si succedano con la regolarità e la continuità necessaria per dar vita a un vero mercato, il quale non è pensabile se non come insieme di accordi giuridicamente vincolanti.

Per altro verso, il contratto non è esclusivamente strumento di circolazione di beni preesistenti, ma talvolta crea esso stesso il bene. Nel passaggio dall'economia rurale, nella quale la ricchezza si risolve nella proprietà di beni, a un'economia mercantile fondata sulle relazioni di scambio, esso diviene infatti mezzo per creare nuovi valori, mediante la costituzione di rapporti patrimoniali, che ai sensi dell'art. 1321 c.c. sono geneticamente contrassegnati dal requisito della giuridicità, essendo la loro esistenza legata alla validità ed efficacia degli stessi accordi privati (118). Allo stesso modo tutti i diritti e le situazioni

---

(116) Tra le regole del gioco viene così ad assumere una rilevanza fondamentale la disciplina relativa ai contratti in generale applicabile a tutti i contraenti: cfr. anche G. BRENNAN-J. BUCHANAN, *La ragione delle regole*, Milano, 1991, 122.

(117) In senso contrario vedi invece DRAGHI, *Intervento*, cit., 83-84.

(118) LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, cit., 34, secondo il quale nella società odierna il contratto non è più assunto e valutato esclusivamente come stru-

giuridiche acquistate e scambiate sul mercato ricevono tutela rispetto ad attività illecite grazie anche alle norme sulla responsabilità civile e sul risarcimento del danno. Tutte queste regole danno una certa forma alle relazioni di scambio, che non possono esistere prima dell'intervento normativo, che determina in pari tempo la struttura del mercato in base ad un preciso disegno politico (119). L'intervento normativo quindi, lungi dal sovrapporsi al fenomeno economico, ne costituisce una componente strutturale senza la quale il mercato non potrebbe sussistere (120). Le norme giuridiche sono, infatti, frutto di precise scelte politiche, e non già immagine riflessa, mera sovrastruttura creata per proteggere un ordine spontaneo preesistente (121), secondo una concezione, comune all'ideologia liberista e alla filosofia marxista, che attribuisce invece preminenza al fenomeno economico rispetto quello giuridico (122).

Per altro verso il mercato ha bisogno di un ordine, che renda in una certa misura prevedibile il comportamento dei soggetti, che vi operano, e che soltanto il diritto può garantire attraverso regole che stabiliscono l'ambito delle attività consentite e di quelle vietate e delle relative conseguenze giuridiche, riducendo così le incognite e rendendo in qualche misura prevedibile l'altrui condotta (123).

Anche quando la legge lascia al mercato il compito di stabilire il

---

mento di circolazione di beni preesistenti, ma crea esso stesso il bene, di tal che il prezzo pattuito dipende in massima parte dalle regole convenzionali destinate a disciplinare la singola relazione contrattuale.

(119) Se peraltro il mercato non è concepibile al di fuori delle norme che lo disciplinano e lo rendono quello che è, ne consegue che si potranno configurare tanti mercati quanti sono i diversi statuti normativi che regolano lo scambio di determinati beni: così IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 34-35.

(120) Afferma G. CALOGERO, *Etica, giuridica, politica*, Torino, 1946, 305 che « l'economia presuppone il diritto in quanto condizione determinate della sua struttura ».

(121) In questo senso osserva L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, III, Padova, 1963, 1085 che non si può ridurre il diritto « a mera tecnica di organizzazione sociale, misconoscendone la funzione di realizzare storicamente un sistema di valori distinto e sovraordinato ai valori puramente economici ».

(122) Questa, secondo A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 934-935, è « una caratteristica della modernità nella quale paradossalmente marxismo e liberismo si rivelano solidali nella sopravvalutazione della forza genetica dell'economia e perciò propensi a concepire il diritto come sovrastruttura ».

(123) MENGONI, *Forma giuridica materia economica*, cit., 1085-1086.

contenuto degli scambi, essa fissa comunque i criteri di valutazione degli interessi in conflitto sulla base dei quali questi sono ordinati e risolti (124). I bisogni e le pretese individuali trovano così composizione nell'accordo tra i privati, che assume valore vincolante solo se presenta i requisiti essenziali, secondo regole che non sono arbitrarie, ma corrispondono a precise scelte di sistema. L'ordine che rende prevedibile il comportamento nel mercato, senza negare la libertà dei soggetti, è soltanto quello che può offrire l'unità e la coerenza dell'ordinamento al quale appartengono le norme che regolano gli scambi.

Il funzionamento del mercato è quindi assicurato da una pluralità di regole che esso non crea né trova in natura, ma che si sono storicamente affermate attraverso il succedersi di decisioni politiche, che hanno dato soluzioni diverse ai conflitti sociali circa il modo di regolare e ordinare interessi economici contrapposti.

In questo senso è vero che il mercato non è un prodotto esclusivo della legge (125), in quanto rappresenta il risultato di un'esperienza plurisecolare (126), ma è altresì vero che sotto tale profilo esso riflette la caratteristica propria del diritto come fatto sociale, evidenziata da varie teorie dell'ordinamento (127).

Proprio l'evoluzione del diritto, in conseguenza dell'affermarsi nella società di nuove forze e concezioni politiche, testimonia pertanto che l'ordine del mercato non è quello « naturale » delle leggi immutabili dell'economia, ma è quello artificiale che a esso è imposto dalla legge, a seconda delle diverse epoche storiche.

Non sarebbe peraltro corretto desumere l'autosufficienza del mercato dalla considerazione — in sé esatta — secondo cui questo si è imposto come modello di organizzazione dei rapporti economici con caratteristiche sostanzialmente uniformi all'interno di sistemi giuridici estremamente eterogenei (128). Tale argomento finirebbe, infatti, per

(124) Afferma al riguardo H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999, 59 che « il diritto privato costituisce il dito indice di quella mano invisibile che guida l'economia di mercato ».

(125) B. LIBONATI, *Ordine economico e legge economica del mercato*, in *Scritti in onore di A. Pavone La Rosa*, I, 2, Milano, 1999, 633 s.

(126) P. SYLOS LABINI, *La crisi italiana*, Roma, 1995, 20.

(127) Vedi al riguardo H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, trad. it. di U. Pomarici, Napoli, 1988, 335 s. e 412 s. e N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 166 s.

(128) Così DRAGHI, *Intervento*, cit., 84, il quale fa espressamente riferimento alla concezione weberiana dell'autonomia tra strutture giuridiche ed economiche. Sul

provare troppo, ove lo si intenda nel senso che l'iniziativa economica privata è compatibile con qualsiasi tipo di organizzazione politica e giuridica, conclusione questa che è inaccettabile dal punto di vista logico ed è storicamente smentita dall'esperienza del socialismo reale (129).

Vero è piuttosto che il mercato non può ridursi alla "legge", quasi che esso esista come espressione di una volontà politica che trascende la realtà regolata (130). Se, del resto, l'economia fondata sui liberi scambi e sull'iniziativa privata presuppone certi istituti giuridici, non è però vera l'affermazione reciproca, secondo la quale questi si traducono necessariamente in una determinata organizzazione economica. Sostenere ciò « significherebbe, infatti, sul piano teorico cadere nell'errore opposto rispetto a quello che considera il diritto mera sovrastruttura » e sul piano storico incorrere in una « evidente falsificazione » (131).

Parimente, riconoscere che il mercato è istituito e regolato dalla legge non significa ammettere un sistema di regole impermeabile a qualunque condizionamento economico (132). La realtà dell'esperienza dimostra, infatti, che l'intervento politico-legislativo può incontrare un limite nelle esigenze dell'economia, tale da rendere puramente enunciativa la norma che le contraddica, in quanto destinata a rimanere priva di attuazione (133) e che la disciplina legale concorre con altri fattori, economici e sociali, a determinare la struttura e le caratteristiche del mercato e delle relazioni di scambio che sorgono al suo interno.

---

punto vedi M. WEBER, *Economia e società: l'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali*, II, *Comunità*, a cura di W. J. Mommsen e M. Meyer, trad. it. di M. Palma, Milano, 2003, 11 s.

(129) Vedi in tal senso le osservazioni di CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, cit., 186 s. con riguardo alla questione specifica del capitalismo, ma riferibili più in generale all'economia di mercato, come modello organizzativo all'interno del quale il primo si è affermato.

(130) È da questo punto di vista condivisibile il rifiuto di una visione *pan-giuridica* del fenomeno economico, quale si può cogliere nell'analisi condotta da DRAGHI, *Intervento*, cit., 2 s.

(131) Al riguardo sono ancora una volta opportune le considerazioni di CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, cit., 187.

(132) Rileva in tal senso DRAGHI, *Intervento*, cit., 85 che « esiste anche un "ordine economico del diritto" inteso come valutazione economica dei comportamenti degli individui e della ripartizione dei costi e dei benefici, individuali e collettivi », dal quale il legislatore può trarre precise indicazioni in tema di regolazione del mercato.

(133) LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, cit., 29.

Al mercato va quindi riconosciuto « il compito di determinare i limiti di compatibilità economica entro i quali l'azione politica deve contenere il soddisfacimento dei bisogni espressi dalla società civile ». Di tali limiti, infatti, il legislatore non può non tenere conto allorché, nel determinare la distribuzione delle risorse, deve misurarsi con i problemi della produzione (134).

L'ordinamento non è però mera riproduzione di leggi economiche, come dimostra la previsione di norme che stabiliscono regole in contrasto con i comportamenti dei soggetti che operano nel mercato e con il contenuto degli scambi che ne costituiscono manifestazione. La legge può, infatti, vietare determinati contratti, negando a essi valore giuridicamente vincolante, ma la pretesa della regola giuridica di imporre un certo ordine può trovare un limite insuperabile in esigenze che trovano soddisfazione soltanto nel mercato. Si pensi, ad esempio, all'esperienza storica del mercato nero, relativo a determinati beni essenziali per la sopravvivenza, e all'inutilità dei tentativi di vietarlo (135); oppure al fallimento dei sistemi economici collettivisti dei Paesi socialisti.

Ma dire che l'economia condiziona l'azione legislativa, determinandone i limiti di operatività, è affermazione di politica economica che non muta la realtà del diritto positivo, il quale lungi dal riconoscere la normatività del mercato ne determina l'esistenza e i confini.

L'idea di una naturale normatività del mercato non è peraltro estranea alla cultura giuridica del nostro tempo come dimostra la tesi sostenuta da una parte della dottrina civilistica con riferimento alla nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica, secondo la quale si possono trarre direttamente dal mercato le clausole e le condizioni da inserire coattivamente nei contratti alla stregua di norme imperative che si sostituiscono alla pattuizione privata che realizza l'abuso (136). Questa costruzione, infatti, equiparando il mercato alla legge, che coattivamente impone prezzi e clausole ai privati, attribuisce direttamente al dato economico valore cogente, negando al diritto qualsiasi autonomia concettuale sia pure come mera sovrastruttura del primo.

---

(134) L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e mercato*. Lezioni a cura di G. Vettori, Padova, 1996, 39.

(135) La questione è specificamente esaminata da P. SCHLESINGER, *Intervento*, ne *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., 31 s.

(136) Così MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 183 s.

Tale risultato è smentito dalla chiara lettera degli artt. 1339 e 1419, co. 2, c.c. che prevedono la sostituzione delle clausole nulle con contenuti *imposti dalla legge* mediante norme imperative (137), senza riconoscere alcun valore vincolante agli orientamenti espressi dal mercato. Ma la tesi criticata non sembra condivisibile neppure nell'ottica della scienza economica. È evidente, infatti, che il mercato è costituito proprio dall'insieme dei contratti che si perfezionano al suo interno e pertanto, pur quando esprima criteri di valutazione dell'equilibrio negoziale, difforni rispetto alle scelte liberamente compiute dai singoli contraenti, non può tradursi nell'imposizione di un regolamento predeterminato d'interessi, che precluda l'esercizio dell'autonomia contrattuale, in quanto in tal caso finirebbe per smentire la propria essenza, trasformandosi nel suo esatto contrario, in un luogo cioè dove gli scambi non sono più liberi, ma si conformano a schemi predefiniti destinati a ripetersi all'infinito sempre uguali a sé stessi.

Parimente, è incompatibile con l'essenziale dinamismo del mercato la pretesa rilevanza eteronoma di esso come fonte di regole cogenti a tal punto dettagliate da potersi sostituire automaticamente alla difforme pattuizione privata, privandola di effetti in ragione della mera difformità rispetto a esse.

Di ciò è del resto consapevole lo stesso legislatore, quando si avvale del mercato come criterio per misurare l'equità dello scambio in funzione correttiva dell'autonomia privata, affidando al giudice il compito di valutare la rilevanza dell'eventuale squilibrio in termini sufficientemente elastici, tenuto conto anche delle circostanze del caso concreto. Anche quando tale accertamento è vincolato a criteri quantitativi rigidamente prestabiliti dalla legge, questa riconosce comunque ai singoli contraenti un certo margine entro il quale essi possono discostarsi dalla media dei valori espressi in altre contrattazioni, come ad esempio avviene nel caso d'interessi convenuti in misura superiore al tasso soglia. In ogni caso quindi la correzione dell'atto di autonomia privata avviene secondo un meccanismo diverso da quello della sostituzione « di diritto » di clausole prevista dagli artt. 1339 e 1419, co. 2, c.c. Quest'ultima presuppone che il contratto sia in contrasto con un assetto d'interessi determinato dalla « legge » in termini tali da integrarne *automaticamente* il contenuto. Viceversa, là dove l'ordinamento attribuisce rilevanza all'equità contrattuale rispetto a valori, che non

---

(137) In tal senso vedi i rilievi critici di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, 190 nota 166.



sono normativamente previsti, ma sono spontaneamente espressi dal mercato, questi non precludono l'esercizio dell'autonomia privata né si sostituiscono a essa, proprio perché di essa sono in realtà il risultato (138). Non avrebbe del resto senso disporre la nullità delle pattuizioni che impongono « condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie » ovvero delle clausole che determinano « un significativo squilibrio dei diritti e obblighi derivanti dal contratto », ove queste fossero già di per sé in contrasto con un'altra norma anch'essa inderogabile, che vieti o imponga un determinato regolamento negoziale.

In realtà gli orientamenti manifestati dalla generalità dei contraenti e dalla prassi negoziale in un determinato mercato non assumono immediato valore cogente secondo la disciplina generale del contratto, ma divengono criteri di correzione dello squilibrio contrattuale in relazione a specifiche fattispecie di abuso normativamente previste (139). Da questa prospettiva proprio la logica del libero scambio, che è sottesa alle disposizioni in esame, appare inconciliabile con il meccanismo di sostituzione coattiva della clausola nulla, in base al quale il regolamento negoziale risulterebbe in parte determinato secondo criteri diversi da quelli che regolano il mercato. Questo presuppone invece che l'autonomia contrattuale possa liberamente esplicarsi fin tanto che non superi il limite rappresentato dall'abuso del potere negoziale.

Il mercato, dunque, non si sostituisce all'autonomia dei singoli contraenti, ma attraverso di essa determina il contenuto dello scambio,

---

(138) In questi casi, come rileva GUIZZI, *Congruità dello scambio e contratti di credito*, cit., 439 il mercato costituisce, in una sorta di processo circolare, il risultato ma al tempo stesso la misura del legittimo esercizio dell'autonomia negoziale. Mette bene in evidenza tale aspetto V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo* a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, 484 laddove afferma che « la nullità europea si prefigge il rimodellamento del regolamento contrattuale — e in ciò si esprime tutto il senso di una legge che vuole essere in posizione sovraordinata e di governo del mercato — ma nel contempo subisce anche i condizionamenti del concreto assetto di interessi diviso dai contraenti — e così si preservano le ragioni di un mercato che rifugge da ogni pianificazione e vuole restare aperto e in libera concorrenza delle sue componenti: il tutto in un rapporto biunivoco di perfetta circolarità e di reciproca subordinazione e adattamento ».

(139) Cfr. al riguardo M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, ne *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 324, secondo il quale il mercato oltre che metro dello squilibrio è anche strumento per la sua correzione.



mentre l'intervento pubblico ne regola soltanto il funzionamento, correggendone le imperfezioni e le inefficienze (140).

In quest'ottica, la giustizia del prezzo e più in generale del regolamento contrattuale non è un dato prestabilito (141), ma è il risultato stesso dell'accordo liberamente raggiunto tra le parti, ove ne sia garantita la corretta formazione nel rispetto delle regole del gioco e in assenza di abusi normativamente rilevanti (142). La legge a tal fine non limita direttamente l'autonomia dei contraenti, ma rimette al giudice il compito di valutarne il concreto esercizio mediante un controllo sul contratto, che non è (sol)tanto funzionale a garantire l'equilibrio economico delle prestazioni, quanto piuttosto a rimuovere gli effetti negoziali di comportamenti scorretti o abusivi, che hanno impedito a una delle parti di beneficiare del mercato stesso come strumento di equità (143).

In questo contesto l'ordinamento « non è più esclusivamente filtro neutrale della liceità degli atti dei privati e fornitore degli strumenti di coazione necessari a darvi effettività. Esso prende parte invece a favore di uno dei contrapposti centri d'interessi, creando disparità formali volte a contrastare disparità sostanziali di segno opposto » (144). Quest'atteggiamento si traduce, quindi, in una giuridicizzazione del mercato secondo precise scelte che sono al tempo stesso di politica economica e del diritto (145).

Da questa prospettiva si rivela allora illusoria la pretesa, talvolta avanzata in sede interpretativa, di ricavare dalla scienza economica soluzioni autoevidenti ai problemi giuridici, senza il doveroso con-

(140) MENGONI, *Autonomia contrattuale e costituzione*, cit., 3.

(141) Osserva opportunamente RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 99 che « il fallimento del principio del *iustum pretium* non è dovuto all'assurdità dell'aspirazione alla giustizia commutativa, ma solo all'inadeguatezza di una dottrina economica che pensava in termini puramente statici e che credeva di possedere dei criteri, validi in assoluto, per misurare il valore dei beni ».

(142) Afferma in tal senso IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 101 che « la giustizia del prezzo è nella legalità della sua formazione », cioè nel fatto che i contraenti abbiano rispettato le regole del gioco. In termini sostanzialmente analoghi vedi anche P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, 231.

(143) Per considerazioni analoghe cfr. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., 2.

(144) Così CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, cit., 198.

(145) Cfr. al riguardo le considerazioni sui rapporti tra diritto e mercato di N. REICH, *Markt und Recht*, Neuwied-Dormstadt, 1977, 57.

fronto con le valutazioni espresse dal diritto positivo (146). Gli stessi strumenti concettuali di cui si avvale l'analisi economica non possono del resto dirsi "neutri", ma rispondono a precisi obiettivi di politica del diritto e sono pertanto accettabili solo nella misura in cui conducono a risultati compatibili con i valori propri dell'ordinamento (147). Anche quando lo Stato rinuncia a guidare il processo economico, lasciando tale compito al mercato, compie, infatti, una precisa scelta politica, che si traduce in un determinato regime della proprietà e degli scambi che smentisce un preteso atteggiamento neutrale rispetto agli affari tra privati (148).

Il passaggio al libero mercato non implica del resto la fine della regolazione pubblica dell'economia, ma soltanto un mutamento di regole diretto proprio a garantire il corretto svolgimento dell'iniziativa privata nelle forme della concorrenza (149). La presenza del mercato non esige quindi l'assenza di regole, ma al contrario richiede un intervento legislativo volto a fissare le regole del gioco e a individuare i soggetti istituzionalmente incaricati di garantirne l'osservanza (150).

#### 7. *Il diritto dei contratti nell'economia globalizzata. Clausole generali e ruolo del giudice.*

L'intervento dello Stato non può peraltro dirsi venuto meno per effetto della globalizzazione del mercato, che pure ha posto il problema della disciplina applicabile agli scambi che si realizzano in questo nuovo spazio economico, che travalica i vecchi confini nazionali. Anche in questo caso l'efficacia vincolante degli accordi presuppone la possi-

---

(146) In senso critico verso questa impostazione CASTRONOVO, *Diritto privato generale diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., 411-412.

(147) Così C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 627 rileva la non neutralità assiologica dei modelli utilizzati dall'analisi economica del diritto.

(148) Questa idea sembra invece affiorare nel discorso di DRAGHI, *Intervento*, cit., 84, il quale ritiene che « non sia condivisibile in assoluto la tesi secondo cui anche laddove sia lasciato all'ordine naturale del mercato di esplicarsi liberamente, tale scelta sia da ricondurre a una precisa scelta politica ».

(149) Così IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 31 s. Rileva inoltre MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 20 che il primato del mercato non esige soltanto una deregolazione, ma anche una riregolazione diretta a garantirne il ruolo di istituzione di utilità sociale.

(150) Tale opinione, largamente condivisa, è efficacemente argomentata da SYLOS LABINI, *La crisi italiana*, cit., 20.

bilità di invocare l'intervento coercitivo dello Stato allorché gli impegni assunti dalle parti private non siano spontaneamente osservati. In mancanza quindi un potere sovranazionale che regoli l'economia globale, si tratta di stabilire quale sia la disciplina applicabile ai singoli contratti e rapporti giuridici.

A tal fine può trovare applicazione il diritto interno di un singolo Stato, individuato in base ad un criterio di collegamento con il caso da decidere oppure un diritto uniforme che abbia la sua fonte in trattati o convenzioni internazionali.

Nel primo caso i contraenti cercheranno di scegliere, nei limiti in cui è loro consentito dalla legge e secondo criteri di opportunità economica, il diritto nazionale che ritengono più adeguato ai propri interessi. Gli ordinamenti giuridici si troveranno allora in una situazione di potenziale competizione nell'offerta di regole che possano ottenere la preferenza dei soggetti che ne siano destinatari. Non sempre però questa concorrenza tra ordinamenti si traduce in un reale miglioramento delle norme prodotte e offerte al pubblico degli utenti. È evidente, infatti, che proprio l'esistenza di regole differenti tra i vari ordinamenti costituisce un ostacolo alla libera circolazione dei beni e paradossalmente favorisce la distorsione della concorrenza tra imprese soggette a normative differenti (151).

A ciò si aggiunga che i legislatori nazionali, posti in competizione tra di loro, tenderanno ad avvantaggiare le imprese che operano nel proprio territorio rispetto ai concorrenti stranieri, attraverso regole meno onerose che riducono però la tutela offerta ai consumatori. V'è quindi il rischio che gli ordinamenti statali fondino le proprie scelte esclusivamente sui criteri economici propri del mercato, favorendo un incremento dell'utilità collettiva a scapito di altri valori individuali, patrimoniali e non, che fanno capo alla persona.

Viceversa, gli stati nazionali, nel momento in cui danno origine a una disciplina comune, non soltanto favoriscono circolazione dei beni all'interno di un mercato unico, governato da regole uniformi, ma correggono altresì i possibili effetti negativi della concorrenza rispetto a interessi meritevoli di una tutela autonoma e differente rispetto a

---

(151) Si pensi ad esempio alla disciplina generale sulla sicurezza dei prodotti, con riferimento alla quale il Considerando n. 3 dir. n. 95/01 espressamente afferma che, in mancanza di una disciplina generale uniforme sulla sicurezza dei prodotti le disparità nella tutela dei consumatori potrebbero costituire ostacoli al commercio tra gli Stati membri della UE e limitare la concorrenza nel mercato interno.

quella volta ad assicurare l'efficiente funzionamento dei meccanismi concorrenziali (152). Costituisce in tal senso un indice significativo l'art. 153 del Trattato CE, che impegna la Comunità europea a tutelare i consumatori non solo dal punto di vista economico, ma anche con riguardo ad altri valori quali la salute e la sicurezza nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi.

Peraltro, proprio la considerazione d'interessi ulteriori rispetto a quelli patrimoniali dimostra ancora una volta che la meritevolezza della loro tutela non può essere rimessa al funzionamento spontaneo del mercato, ma dipende da una precisa scelta politica che si manifesta anche nella stipula di trattati con altri Stati e nella creazione di unioni e organismi internazionali.

Secondo questa logica di protezione di determinati valori in attuazione della politica comune europea si giustifica quindi l'intervento del diritto comunitario, come strumento essenziale per rafforzare la capacità dei singoli Paesi membri dell'Unione di resistere all'imposizione di modelli giuridici alternativi promossi dalle forze dominanti sui mercati internazionali (153).

Nel contempo, l'arretramento dei diritti nazionali di fronte ai processi di uniformazione delle regole concorre con gli altri fattori già esaminati a favorire un ampliamento dei poteri del giudice rispetto al rigido intervento del legislatore, mediante il frequente ricorso a clausole generali, che si rivelano strumenti più idonei a cogliere valori, che pur essendo legati a un determinato sistema giuridico, possono essere condivisi, con gli opportuni adattamenti, anche da esperienze giuridiche diverse.

In questa direzione il nostro ordinamento ha utilizzato una categoria tipica del diritto anglosassone, quale la ragionevolezza, come criterio di responsabilità del produttore per i danni che siano derivati da un prodotto, che si debba ritenere difettoso rispetto a un uso anche improprio, ma *ragionevolmente* prevedibile (154).

---

(152) Sia al riguardo consentito rinviare alle considerazioni già svolte in A. ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 978 s. con riguardo al tema della tutela della salute e sicurezza dei consumatori.

(153) Così A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 99 s.

(154) A prescindere dalle norme di derivazione europea, la ragionevolezza

In modo reciproco la direttiva comunitaria sulle clausole abusive del 1993 è stata attuata nell'ordinamento inglese, mediante le *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* del 22 luglio 1999, che hanno subordinato il giudizio di vessatorietà (*unfairness*) del regolamento contrattuale ad una valutazione del giudice in termini di contrarietà alla buona fede (155).

Nella medesima direzione anche i Principi di diritto europeo dei contratti, secondo l'opinione generalmente condivisa, attribuiscono alla buona fede un ruolo preminente, tanto da farne il vero e proprio *esprit collectif*, in grado di far dialogare tra loro tradizioni culturali molto diverse, nonostante il differente livello di penetrazione di tale regola nei singoli ordinamenti giuridici (156).

Dalla prospettiva dell'armonizzazione e della formazione di un diritto europeo uniforme perde quindi gran parte della sua rilevanza la questione se la buona fede costituisca realmente un patrimonio comune a diverse tradizioni giuridiche o se invece non si tratti di un principio artificialmente esportato da alcuni ordinamenti ad altri (157). Proprio la duttilità insita nella clausola generale consente, infatti, di superare le difficoltà di ricezione, che invece incontrano le regole cristallizzate in un testo normativo (158), e di adeguarne la concreta applicazione alle peculiarità che caratterizzano i singoli sistemi giuridici.

Non sembra invece condivisibile l'opinione di chi, pur rilevando la

---

assume peraltro un ruolo anche nella disciplina del contratto come criterio per interpretare o ricostruire la volontà delle parti (artt. 1365 e 1711 c.c.), per (de)limitare nel tempo un determinato effetto giuridico (artt. 1748, 1749, 1783, co. 2, n. 3 c.c., art. 33, lett. *b*), cod. cons.) o per valutare l'attendibilità sociale di un atto umano (artt. 1435 e 1637 c.c.).

(155) Vedi al riguardo L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 451 s., la quale riferisce anche del primo inserimento della nozione di buona fede nel diritto inglese, avvenuto in attuazione della dir. n. 653/86, in materia di contratto di agenzia, mediante le *Commercial Agents (Council Directive) Regulations* del 1993, nelle quali è previsto il dovere delle parti di « *act dutifully and in good faith* ».

(156) In tal senso vedi G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 915. Per un confronto con il diverso rilievo dato alla buona fede dai Principi Unidroit, vedi inoltre BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., 306 s.

(157) In tal senso l'interrogativo posto da S. WHITTAKER- R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, Cambridge, 2000, 12 s.

(158) È al riguardo significativo che Lord Steyn e Lord Hope nell'esprimere le rispettive *opinions* nel caso *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc*, cit., abbiano fatto riferimento alla definizione di buona fede contenuta nei *Principi di*

mancanza nel diritto inglese di un principio generale di buona fede, sostiene poi che al medesimo risultato sia possibile giungere per vie diverse (159) ovvero ritiene che « il divario è in pratica meno ampio di quello che si potrebbe presumere » proprio in ragione della possibilità di fare ricorso ad altri concetti come quelli relativi ai rapporti di fiducia e al criterio di *reasonableness* (160). L'utilizzo di tali criteri di decisione, infatti, se per un verso consente ai giudici inglesi di ridurre la distanza del *common law* rispetto agli altri ordinamenti europei, per altro verso fa scemare il bisogno di introdurre nel diritto anglosassone il principio di buona fede (161).

Questa d'altra parte nei sistemi giuridici continentali ha una portata più ampia di quella che nel diritto anglosassone è riconosciuta alla ragionevolezza, la quale non ha il potere di influenzare la struttura del rapporto, integrandone o modificandone il contenuto, ma soltanto di definire i comportamenti che il soggetto deve porre in essere per darvi attuazione (162).

Parimente nel nostro ordinamento la ragionevolezza, nelle ipotesi in cui è richiamata, non dà origine a nuovi obblighi, ma è regola di rapporti che hanno già la loro fonte nella legge o nel contratto e in questo senso si avvicina più alla diligenza, senza tuttavia identificarsi con essa. Mentre, infatti, la ragionevolezza esprime la capacità di un soggetto di valutare le circostanze in relazione alle quali scegliere la

---

*diritto europeo dei contratti* nell'interpretazione della direttiva in materia di clausole vessatorie e delle regole interne di attuazione.

(159) R. GOODE, *The Concept of « Good Faith » in English Law*, in *Saggi, conferenze e seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero* diretto da M. J. Bonell, 2, Roma, 1992, 3 s.

(160) F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, 1, *inglese-italiano*, Milano, 1984, 780. In termini esattamente speculari G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 750 s. ravvisa nella buona fede oggettiva lo strumento per introdurre nel nostro ordinamento standard di valutazione equivalenti a quello della *reasonableness* nel diritto anglosassone.

(161) L'osservazione è di E. MCKENDRICK, *La buona fede tra common law e diritto europeo*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., II, 723.

(162) In questo senso CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., XLIV sottolinea la portata limitata della *reasonableness* rispetto alla buona fede. Opportunamente scettico sulla possibilità di riconoscere dimensione europea alla regola di buona fede, riducendola a mero criterio di *reasonableness*, anche F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 553. Per un confronto tra buona fede e ragionevolezza cfr. altresì C. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali e linguaggi del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel D.P.R. 24 maggio 1988 n. 224*, in *Quadrimestre*, 1992, I, 65 s.

condotta più appropriata, la diligenza determina le modalità attuative di tale condotta (163).

Non si possono quindi negare le differenze che evidentemente sussistono tra esperienze giuridiche che talora appaiono addirittura in contrasto tra loro (164). Ma proprio in ragione di esse si pone la necessità di elaborare una strategia uniformazione legislativa che in buona parte affidi alla discrezionalità del giudice il compito di avvicinare progressivamente gli ordinamenti nazionali (165).

Appaiono del resto infondati in tale contesto i timori di un eccessivo ampliamento dei poteri del giudice (166), il quale nel formulare la regola relativa al caso concreto non esprime una propria valutazione personale di giustizia, ma si avvale di criteri desumibili dalla morale sociale, secondo una logica che corrisponde sostanzialmente a quella che negli ordinamenti moderni governa la formazione del suo libero convincimento in merito alla verità o non verità dei fatti allegati dalle parti nel processo (167). In ogni caso è la legge che determina i limiti entro i quali il giudice può tradurre i criteri e le direttive desumibili dal contesto economico e sociale in regole concrete di condotta, che altrimenti resterebbero prive di qualsiasi rilevanza giuridica.

La rigidità della legge e la discrezionalità del giudice nell'utilizzo delle clausole generali, quali elementi necessari pur dalla prospettiva della cosiddetta globalizzazione, smentiscono comunque una pretesa naturalità del mercato come sistema di scambi governato dalle sole leggi dell'economia.

(163) Così CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., XLIV.

(164) La difficoltà di recepire la buona fede nel diritto inglese sono ben evidenziate nel caso *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 138 e dall'*opinion* al riguardo espressa da Lord Ackner, secondo cui « *the concept of a duty to carry negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties involved in negotiation* ».

(165) Da questo punto di vista assume certamente rilevanza l'osservazione di E. MCKENDRICK, *Good Faith: A Matter of Principle?*, in *Good Faith in Contract and Property*, Oxford, 1999, 39 s., il quale pur ritenendo che la buona fede come principio generale sia estranea al *common law*, ammette la possibilità di ravvisare anche in quest'ultimo criteri di soluzione, che gli ordinamenti continentali ascriverebbero alla regola di correttezza.

(166) Stigmatizza in tal senso il rischio di una giurisprudenza creativa E. HONDIUS, *European Private Law - Survey 1998-2000*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2000, 407 s.

(167) CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., XLI. In senso conforme vedi altresì VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, cit., 930 s.





CAPITOLO SECONDO  
UGUAGLIANZA FORMALE E SOSTANZIALE  
TRA I CONTRAENTI NEL CONTROLLO  
DELL'AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1. Utilità sociale e valori della persona: la legittimità costituzionale dei limiti legali dell'autonomia contrattuale. — 2. Disparità tra contraenti e invalidità del contratto. — 3. Le nullità speciali di protezione e il superamento dell'uguaglianza formale tra le parti dello scambio. — 4. L'indisponibilità degli interessi privati come strumento di tutela del « contraente debole ». — 5. Le norme imperative tra conservazione del mercato e garanzia dei diritti della persona. — 6. La nullità parziale e la correzione dell'accordo iniquo.

1. *Utilità sociale e valori della persona: la legittimità costituzionale dei limiti legali dell'autonomia contrattuale.*

Riconoscere l'artificialità del mercato come istituzione creata e regolata da norme giuridiche non significa tuttavia accogliere un modello puramente positivisticò che rimetta all'arbitrio assoluto del legislatore la disciplina dell'economia. Dal fondamento costituzionale della concorrenza e del mercato, individuato nell'art. 41 cost. (1), discende infatti che eventuali limiti previsti dal legislatore sono ammissibili solo in quanto siano espressione di altri valori metapositivi, anch'essi costituzionalmente garantiti e ritenuti prevalenti in base a un bilanciamento secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità. Se si pone il fondamento etico del diritto positivo nei valori della persona incorporati nella carta costituzionale, risulta altresì inaccettabile una lettura riduttiva delle norme che regolano i rapporti economici privati come funzionali esclusivamente a tutelare l'efficienza del mercato. Occorre invece coniugare la massimizzazione del benessere complessivo, che è garantita dal libero gioco della concorrenza, con l'equa ripartizione delle risorse economiche, che esige in taluni casi la correzione autori-

---

(1) Cfr. l'esame della questione svolta *supra* nel cap. I, § 1.

tativa degli squilibri determinati dalla libera contrattazione tra le parti (2).

Né la limitazione che la legge pone in questi casi all'autonomia contrattuale potrebbe trovare una giustificazione nella necessità di attuare una distribuzione delle risorse più efficiente di quella spontaneamente realizzata dagli stessi contraenti (3). Si è, infatti, dimostrato che la possibilità di correggere i processi allocativi del mercato, ove questo non sia in grado di funzionare in modo ottimale, attraverso scelte normativamente imposte, che si sostituiscono a quelle dei contraenti secondo il noto criterio di Kaldor-Hicks, trova un ostacolo nella difficoltà di quantificare gli incrementi individuali di utilità e quindi di stabilire se i trasferimenti compensativi di risorse da alcuni soggetti ad altri si traducano effettivamente in un miglioramento del benessere complessivo (4). D'altra parte la disciplina dei rapporti economici non può essere finalizzata esclusivamente all'allocazione ottimale delle risorse, ma deve anche impedire che la distribuzione delle stesse in alcuni casi avvenga in contrasto con irrinunciabili criteri di giustizia sostanziale (5).

Da questo punto di vista accanto a norme che garantiscono l'esistenza e la funzionalità del mercato, come strumento di per sé in grado di accrescere il benessere collettivo, occorre considerare altre norme che invece regolano il modo in cui l'utilità complessivamente realizzata debba essere ripartita tra i soggetti che prendono parte al processo economico (6). Tale funzione di riequilibrio peraltro non è

(2) Lo stesso R. POSNER, *The Ethical and Political Basis of The Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 8, *Hofstra L. Rev.*, 1980, 846 riconosce che la massimizzazione dell'utilità complessiva costituisce un fondamento etico della *common law*, non generalizzabile rispetto ad altre situazioni.

(3) Vedi al riguardo la critica di M. J. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge Massachusetts-London, 1993, 7-8 ai tentativi di legittimare in questi termini la prevalenza dell'intervento pubblico sulle scelte individuali secondo i criteri dell'economia del benessere.

(4) In tal senso vedi K. J. ARROW, *Equilibrio, incertezza, scelta sociale*, Bologna, 1987, 390 s., e H. B. SCHÄFER-C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin-Heidelberg-New York, 1986, 35 s.

(5) Sulla non riducibilità del diritto al concetto economico di efficienza vedi R. S. SUMMERS, *Economics and the Autonomy of Law. Legal Analysis and Legal Theory*, in *Rechtstheorie*, Beiheft 10, *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, 1986, 399 s.

(6) Si tratta peraltro di obiettivi economici e sociali distinti e talvolta contrapposti, che spetta all'ordinamento bilanciare tra di loro. Sul punto vedi A. M. POLINSKY,

svolta necessariamente dalla normativa fiscale, secondo quelli che sarebbero i dettami di una corrente di pensiero diffusa anche nella dottrina italiana (7), ma ben può realizzarsi pure mediante una disciplina civilistica degli scambi che precluda il valido esercizio dell'autonomia contrattuale quando questo abbia positivamente provocato un'assegnazione di risorse eccessivamente sperequata (8). Se è, infatti, vero che le norme a tutela della concorrenza il più delle volte avvantaggiano anche il contraente debole, offrendogli una più vasta gamma di possibilità per soddisfare il suo bisogno con beni e servizi qualitativamente migliori a prezzi più convenienti, è altresì vero che la disciplina funzionale a garantire l'efficienza dei meccanismi concorrenziali tende a spersonalizzare gli scambi, considerandoli nella loro oggettività come meri strumenti per accrescere l'utilità collettiva, a prescindere dalla redistribuzione della ricchezza che ne consegue a favore o a danno dei singoli contraenti.

In questo contesto assume bensì rilevanza l'equità contrattuale, ma in una dimensione meramente oggettiva nella quale l'interesse del singolo contraente riceve tutela solo in modo indiretto e strumentale, come rimedio rispetto a situazioni nelle quali il mercato non è oggettivamente in grado di funzionare in quanto ad esso si è sostituito il potere economico privato esercitato dall'impresa dominante (art. 3 l. n. 287/90) o da più imprese riunite in un cartello (art. 2 l. n. 287/90) ovvero vi sono altri ostacoli al suo funzionamento perfettamente concorrenziale.

In questi casi, infatti, la pattuizione di condizioni discriminatorie o altrimenti pregiudizievoli assume carattere illecito solo nella misura in cui configura un effetto distorsivo della concorrenza nel mercato nel

---

*Una introduzione all'analisi economica del diritto*, Bologna, 1992, 7, il quale sembra però attribuire rilievo prevalente, nell'attività dell'interprete, a criteri di efficienza economica rispetto a esigenze di equità distributiva, ricorrendo alla nota metafora secondo la quale l'analisi economica del diritto, se consente di individuare regole che favoriscono la realizzazione della torta più grande, è sostanzialmente agnostica sul problema della grandezza delle fette che a ciascuno toccano.

(7) Vedi in tal senso P. TRIMARCHI, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, 579, il quale ritiene che « qualsiasi politica sociale di distribuzione del reddito e della ricchezza possa attuarsi nel modo più razionale mediante gli strumenti del diritto pubblico e non già mediante l'alterazione delle regole del diritto privato ».

(8) F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, 137 s.

suo complesso, tanto che lo squilibrio del singolo contratto non si coglie mediante il confronto con le condizioni praticate in altri rapporti, che sono sempre le medesime imposte dal contraente in posizione dominante, ma attraverso un giudizio ipotetico su quello che sarebbe stato il regolamento contrattuale, se i meccanismi concorrenziali avessero potuto operare efficacemente (9).

Anche da questo punto di vista l'interesse protetto è quello generale all'efficiente funzionamento del mercato, che resta concettualmente distinto da quello di cui è portatore il singolo contraente, pur quando la realizzazione del primo avviene mediante la tutela dell'altro (10). Ma questa strumentalizzazione degli interessi individuali non può tradursi nel loro sacrificio in nome di un'astratta utilità collettiva: occorre invece individuare regole che siano nello stesso tempo giuste e funzionali (11). Il mercato non può, infatti, costituire negazione della persona, che è fine e non mezzo dell'ordinamento (12). La concorrenza e il mercato trovano in particolare un limite nel rispetto di valori individuali quali la sicurezza, la libertà e la dignità umana, che l'art. 41, co. 2, cost. espressamente garantisce anche da eventuali abusi dell'iniziativa economica privata (13). Si legittima pertanto in quest'ottica un intervento del legislatore finalizzato esclusivamente alla tutela del contraente debole, che non si risolve in un sindacato sull'equilibrio contrattuale nell'interesse generale e oggettivo del sistema nel suo complesso, ma implica anche la considerazione di quegli aspetti relativi alla condizione soggettiva dei contraenti che generano sperequazioni, consentendo ad una parte di imporre all'altra condizioni ingiustificatamente gravose (14).

---

(9) Cfr. sul punto L. PONTIROLI, *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 595-596.

(10) ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 317 s.

(11) Cfr. al riguardo J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Torino, 1992, 21.

(12) G. BENEDETTI, *Appunti e osservazioni sul seminario*, in *Persona e mercato*, cit., 135.

(13) In senso analogo vedi A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 9, secondo il quale i confini della libertà contrattuale sono destinati a spostarsi nella direzione della difesa di diritti o interessi di singoli che potrebbero essere pregiudicati dal suo esercizio.

(14) Si tratta peraltro di una più generale tendenza del diritto europeo dei contratti che può dirsi ben rappresentata nella sentenza pronunciata nel caso *Courage* da Corte eur. giust., 20 settembre 2001, in *Europa dir. priv.*, 2002, 78 secondo la quale chi si trova in condizioni di inferiorità economica grave nei confronti della controparte,

Un'effettiva libertà contrattuale è, infatti, incompatibile con situazioni di disuguaglianza sostanziale dei contraenti (15) e, pertanto, per garantirne l'esercizio, è necessario un intervento del legislatore volto ad equilibrare il rapporto contrattuale (16).

Tale esigenza di protezione deve però trovare riscontro in specifiche situazioni di debolezza contrattuale tipizzate dalla legge, non potendosi invece attribuire rilevanza alla generica disparità di potere che caratterizza tutti i rapporti negoziali e che, ove fosse assunta a criterio per applicare regole speciali in deroga alla disciplina generale, finirebbe per negare in radice il principio di uguaglianza formale di fronte alla legge (17).

Un trattamento differenziato dei contraenti potrebbe del resto ritenersi giustificato soltanto nella misura in cui sia funzionale a rimuovere ostacoli che possono impedire a uno di essi di esercitare la propria autonomia in quel grado minimo che la legge reputa necessario in base a un criterio di ragionevolezza e proporzionalità (18). Solo in questo modo, infatti, i valori contrapposti di persona e mercato si ricompongono in unità nel segno del comune valore della libertà, che non è soltanto quella d'iniziativa economica dell'imprenditore, ma anche quella di scelta del consumatore (19) e più in generale del soggetto che a esso si rivolge per soddisfare un proprio bisogno. Da questa prospettiva la correzione dello squilibrio contrattuale abusivamente imposto da uno dei contraenti assume bensì una funzione di garanzia del corretto funzionamento del mercato, considerato però non solo come mezzo di allocazione ottimale delle risorse (20), ma anche come organizzazione

---

tale da compromettere seriamente e persino annullare la sua libertà contrattuale può far valere la responsabilità dell'altra per avergli imposto condizioni particolarmente ed ingiustificatamente gravose. Proprio in tale contesto si afferma però una disciplina della nullità in grado di conformare il regolamento contrattuale a ragioni di giustizia sostanziale, come puntualmente rileva SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, cit., 482 s.

(15) Così RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 23 s.

(16) G. VETTORI, *Introduzione*, in *Persona e mercato*, cit., 5.

(17) Cfr. al riguardo NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 929-930.

(18) Analogamente nell'ordinamento tedesco la giurisprudenza del *BVerfG*, 19 ottobre 1993, in *JZ*, 1994, 408 afferma che l'art. 2., *Abs 1*, *GG* garantisce l'autonomia privata come autodeterminazione del singolo nella vita giuridica rispetto a disparità di potere, che siano imputabili a circostanze tipiche o tipizzabili, delle quali il contraente forte abbia approfittato per imporre all'altro condizioni eccessivamente gravose.

(19) IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 108.

(20) In questo senso S. MAZZAMUTO, *Il diritto contrattuale di fonte europea*, in

economica che consente ai singoli individui di esprimere liberamente la propria personalità (21).

Ma proprio in questa logica sarebbe erroneo e contraddittorio ritenere che problemi di giustizia siano estranei alla disciplina del mercato e che l'adempimento dei doveri di solidarietà economica avvenga solo attraverso aiuti economici e iniziative di politica sociale che tendono « a immettere nel mercato nuovi soggetti », senza però sindacare le scelte che al suo interno essi compiono (22).

Proprio la considerazione della libertà contrattuale non soltanto come principio funzionale a realizzare un astratto benessere sociale, ma anche come presupposto per lo svolgimento della personalità umana (23), non consente di ridurre il contraente a semplice membro della collettività, ma al contrario esige, in attuazione dei doveri inderogabili di solidarietà previsti dall'art. 2 cost., che gli siano riconosciuti determinati diritti e tutele anche come singolo. Trova quindi fondamento nell'etica personalistica della Costituzione una regolazione degli scambi improntata a criteri di giustizia sostanziale, in relazione ai quali assume rilevanza non soltanto l'efficienza allocativa, come strumento per accrescere l'utilità complessiva, ma anche la misura in cui la ricchezza prodotta è distribuita tra le parti.

In questo senso si è magistralmente osservato che una maggiore apertura al mercato è compatibile con il nostro ordinamento costituzionale solo in quanto tenda a realizzare, nello stesso tempo e in modo equilibrato, efficienza economica, giustizia sociale e libertà individuale, mentre sarebbe inaccettabile attribuire valore assoluto alle ragioni dell'economia (24).

L'equilibrio contrattuale non può peraltro realizzarsi in forme

---

*Manuale di diritto privato*, cit., 263, il quale ritiene che i valori e i diritti della persona incorporati nella Carta di Nizza e nella Costituzione europea non valgano a introdurre principi di giustizia contrattuale, ma possano soltanto giustificare limiti funzionali a una maggiore efficienza economica.

(21) Sulla libertà economica come presupposto di ogni altra libertà vedi BENEDETTI, *Appunti e osservazioni sul seminario*, cit., 136.

(22) Così invece IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 108.

(23) Per analoghe considerazioni, con riguardo all'ordinamento costituzionale tedesco, cfr. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 62 s.

(24) Cfr. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, cit., 39. Considerazioni analoghe, da una prospettiva più generale di politica del diritto, in W. H. BALEKJIAN, *Legal Reasoning and Economic Reasoning*, in *Rechtstheorie*, Beiheft 10, *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, 1986, 375-377.

oppressive del mercato attraverso l'imposizione di prezzi politici per i beni e servizi, che invece devono determinarsi spontaneamente nella libera contrattazione tra le parti secondo la logica della domanda e dell'offerta (25).

Non si tratta quindi di affermare la prevalenza della giustizia sulla libertà contrattuale, ma di conciliare i due valori, superando una concezione puramente formale della parità dei contraenti per attribuire rilevanza a quelle situazioni nelle quali le disparità di potere contrattuale consentono a una parte di imporre abusivamente condizioni ingiustificatamente gravose in relazione a valori, che non sono imperativamente stabiliti dalla legge, ma sono spontaneamente espressi dal mercato (26), ove ad esso non si sia sostituito il potere economico di uno o più imprenditori.

## 2. *Disparità tra contraenti e invalidità del contratto.*

Da questo punto di vista assume un significato emblematico l'introduzione nel nostro ordinamento di ipotesi di nullità di protezione per effetto di una imponente legislazione speciale che negli ultimi anni, spesso in attuazione di direttive comunitarie, ha modificato alcune caratteristiche della nullità, che tradizionalmente la distinguevano rispetto ad altre forme di invalidità sia dal punto di vista degli interessi protetti sia sul piano della tecnica di tutela.

Proprio nella misura in cui l'ordinamento rinuncia a imporre una regolamentazione eteronoma del rapporto contrattuale, lasciando tale compito al mercato, si pone infatti la necessità di regole di invalidità che impediscano al contratto di produrre effetti che, pur voluti dai

---

(25) Sottolinea tale esigenza MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, cit., 59, secondo il quale il principio generale della giustizia contrattuale rischia di tradursi in limiti all'autonomia contrattuale a tal punto stringenti da sconfinare in un dirigismo incompatibile con la concorrenza nel mercato.

(26) Rileva RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 56 s. e 101 s. che in un'economia di mercato, regolata dai meccanismi della concorrenza, l'autorità statale non interviene direttamente per determinare il contenuto dell'atto di autonomia privata, ma si limita a riequilibrare le disparità tra i contraenti, che si siano tradotte nell'abusiva imposizione di uno scambio iniquo. In tal modo l'illustre Autore risolve l'antinomia tra libertà e giustizia contrattuale già denunciata da F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin, 1933, 187 s., 318 s. e Id., *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Tübingen, 1950, 24 s.



contraenti, non costituiscono reale manifestazione dell'autonomia di entrambi, ma trovano origine in situazioni di disuguaglianza sostanziale nelle quali la libertà di scelta di uno di essi sia stata significativamente compromessa.

Ne consegue un nuovo regime dell'invalidità che si giustifica in ragione del nuovo modo di intendere e di concepire, anche nell'ambito del diritto privato, i rapporti tra l'ordinamento statale e l'iniziativa economica privata.

Nel codice del 1942, infatti, la nullità ha principalmente la funzione di impedire che possano produrre effetti giuridici vincolanti e quindi possano ottenere protezione da parte dell'ordinamento contratti privi di determinati requisiti ovvero che realizzano un assetto di interessi disapprovato a priori dalla legge.

A fondamento della nullità vi è quindi una valutazione negativa del contratto, che viene preso in considerazione a seconda dei casi come atto o come regolamento, ma comunque da una prospettiva che nella maggior parte dei casi si può definire « neutrale », nel senso che non differenzia i contraenti in relazione alla loro situazione soggettiva o al contesto nel quale essi operano (27).

La disciplina degli scambi appare in tal senso funzionale all'economia di mercato, la quale esige che sia garantita l'uguaglianza formale dei soggetti privati, come parità delle condizioni in presenza delle quali è riconosciuta ad ognuno la possibilità di intervenire liberamente nel processo economico (28). La nostra tradizione giuridica considera infatti il contratto quale strumento neutrale di circolazione della ricchezza, funzionale alle esigenze oggettive del mercato, come tale non suscettibile di valutazione differenziata in relazione alla posizione personale del singolo contraente (29).

---

(27) Sottolinea la logica « astraente e livellante » alla base delle previsioni codicistiche della nullità V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 468.

(28) In tal senso afferma LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, cit., 35-36 che « a parità di schema contrattuale si riteneva che la disciplina non potesse che essere uniforme, quali che fossero gli interessi individuali perseguiti e i soggetti che se ne rendessero portatori ».

(29) Da questo punto di vista la codificazione italiana può essere accomunata a quella tedesca, riflettendo gli aspetti caratteristici dell'elaborazione scientifica, che rispetto a entrambe svolse un ruolo determinante. In particolare assume rilevanza significativa la vicenda della Pandettistica descritta da F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, 442, la quale, proprio attraverso la costruzione di



Non si negano peraltro in assoluto le differenze tra individui, ma queste vengono ricondotte all'uso che ciascuno fa della medesima autonomia (30) secondo norme di diritto privato che, nel passaggio « *from status to contract* », riconoscono a tutti i soggetti nello stesso grado e senza distinzioni di censo, la capacità di regolare i propri interessi in modo consono alle proprie caratteristiche personali e possibilità materiali (31).

Nel nuovo ordine giuridico quindi gli individui sono distinti esclusivamente in base alla loro appartenenza a categorie astratte di soggetti, determinate in ragione del ruolo che essi sono chiamati a svolgere nella società in attuazione di rapporti che hanno la loro fonte in contratti liberamente conclusi. Il singolo viene allora in considerazione come datore o prestatore di lavoro, locatore o conduttore, venditore o compratore, ecc.

In questo contesto il contratto assolve pertanto un compito fondamentale per lo sviluppo dell'economia liberale basata sulla divisione del lavoro e sullo scambio, sul presupposto che « ogni partecipante al traffico giuridico *può* e *deve* tutelare in prima persona il proprio interesse ». Ne deriva che l'accordo tra i contraenti assume valore vincolante indipendentemente da ogni valutazione relativa all'equità del suo contenuto, purché costituisca manifestazione di una volontà correttamente formata in assenza di vizi e di situazioni che possono limitare la capacità di agire delle parti (32).

Sarebbe tuttavia erroneo ritenere che l'ordinamento consideri equo il risultato raggiunto nell'accordo solo in quanto voluto dai contraenti (33). In realtà l'atto di autonomia è fonte di regole vincolanti unicamente in ragione del rispetto dei requisiti previsti dall'ordina-

---

categorie astratte, assecondò le attese politiche ed economiche dell'ideologia liberale, negando le differenze derivanti dalla posizione sociale e professionale dei soggetti.

(30) Sottolinea P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 108 s. che, come la libertà e l'uguaglianza formali sono funzionali a garantire all'*homo oeconomicus* la disuguaglianza di fatto dei patrimoni, così la proprietà e il negozio giuridico, come categorie astratte e unitarie, costituiscono la pietra filosofale della civiltà capitalistica.

(31) Cfr. al riguardo H. SUMNER MAINE, *Ancient Law. Its Connection with the early History of Society and its Relation to modern Ideas*, London, 1912, 173 s. e 183 s.

(32) Per tali considerazioni vedi RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 19 e 54.

(33) Vedi in tal senso l'osservazione già formulata da K. LARENZ, *Lehrbuch der Schuldrechts*<sup>3</sup>, I, 1958, 36.

mento, di tal che, ove la valutazione legale sia *indifferente* rispetto al problema dell'equilibrio, il contratto rifletterà nel suo contenuto le disparità esistenti tra i contraenti (34).

Da questa prospettiva il riconoscimento della libertà contrattuale in tanto è conforme a un criterio di giustizia sostanziale, in quanto presupponga comunque l'esistenza di condizioni economiche che ne garantiscono l'effettivo esercizio nel caso concreto (35).

Viceversa, in mancanza di un intervento normativo diretto a riequilibrare i rapporti di forza tra i contraenti, deve ritenersi che il legislatore abbia rinunciato a impedire che il procedimento di formazione del contratto si traduca in un risultato iniquo per una parte.

In questo senso sembra, del resto, orientata la disciplina codicistica della nullità, che appare dominata esclusivamente dalla preoccupazione che il contratto possa produrre effetti in contrasto con le finalità e gli interessi generali dell'ordinamento giuridico, come dimostra peraltro la sovrabbondanza delle fattispecie di nullità elencate dall'art. 1418 c.c. Scarsa attenzione è invece prestata a quelle disparità di potere contrattuale che traggono origine dalla condizione soggettiva dei contraenti o dalla loro posizione sul mercato e che rischiano di ridurre il contratto a mera parvenza di autonomia (36).

È, infatti, rimesso ad altre figure d'invalidità — l'annullabilità e la rescindibilità — il compito di porre rimedio a situazioni nelle quali una delle parti non abbia potuto concretamente esercitare un'effettiva libertà negoziale (37).

Per quanto riguarda invece la nullità, gli aspetti legati alla persona dei contraenti non sono presi in considerazione direttamente tra gli elementi della fattispecie, ma costituiscono il presupposto implicito del

---

(34) Così RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 89.

(35) Già A. MENGER, *Das bürgerliches Recht und besitzlosen Volksklassen*, Tübingen, 1890, con riguardo al progetto di codice civile tedesco, rilevava la mistificazione della pretesa « neutralità » di un diritto formalmente e formalisticamente uguale in una società di diseguali.

(36) Anche da questa prospettiva si può quindi dire che il codice del 1942 contiene prevalentemente regole dettate per individui ugualmente protetti dalla legge ed ha come destinatario l'« uomo senza qualità », per riprendere la citazione già proposta da C. CASTRONOVO, *Contract and the idea of codification in the Principles of European contract law*, in *Festschrift til Ole lando*, København, 1997, 114.

(37) Vedi al riguardo le considerazioni di G. B. FERRI, *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, 7, Torino, 2002, 16 s.

divieto di clausole e contenuti negoziali che, in base ad una valutazione legale tipica, sono reputate il risultato oggettivo della difficoltà (soggettiva) di una parte di trattare con l'altra su un piano di parità ed autonomia. Così ad esempio l'art. 1525 c.c. stabilisce, con una regola che non può essere derogata dalle parti mediante patto contrario, che « il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto, e il compratore conserva il beneficio del termine relativamente alle rate successive ».

In una logica in parte analoga si spiega anche la disciplina prevista dall'art. 1341, co. 2, c.c. con riguardo alle clausole vessatorie, il cui contenuto, tassativamente e astrattamente individuato dalla norma (38), assieme alla predisposizione unilaterale e standardizzata, riflette una disparità di potere contrattuale che, pur non costituendo oggetto di concreto accertamento giudiziale, giustifica dal punto di vista razionale la necessità di una specifica sottoscrizione, come ulteriore requisito di forma per la valida ed efficace manifestazione del consenso.

Anche in tal caso lo squilibrio che la clausola determina si connota esclusivamente in termini oggettivi, come difformità rispetto a determinati giudizi di valore espressi dalla norma, e non già in ragione di un difetto di uguaglianza sostanziale tra le parti, tipizzato dalla legge o accertato in concreto dal giudice.

Tale norma rappresenta comunque un'apertura verso la protezione di uno dei contraenti, che però non si realizza secondo la logica della garanzia rispetto agli abusi di potere contrattuale, impedendogli di concludere accordi produttivi di effetti pregiudizievoli nei suoi confronti (39), ma richiamandone l'attenzione sul carattere vessatorio della clausola.

Si tratta pertanto di una tutela puramente formale, che ignora le differenze sostanziali tra le parti, nella misura in cui presuppone una possibilità di scelta dell'aderente che spesso non trova effettivo riscontro nella realtà. La norma non si discosta dall'impostazione di fondo del

---

(38) Secondo l'interpretazione dominante in giurisprudenza e in dottrina l'elenco di clausole vessatorie contenuto nella norma in esame ha carattere tassativo e non esemplificativo, nonostante la contraria affermazione nella *Relazione al Re sul Libro delle obbligazioni*, n. 78. Sul punto vedi per tutti U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VIII, Torino, 1988, 334 s.

(39) In tal senso vedi il concetto elaborato nel diritto anglosassone da ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, cit., 8 s.

codice civile del 1942, secondo la quale la libertà contrattuale è garantita soltanto in termini di « controllo di regolarità del procedimento di formazione del consenso » (40), attraverso la previsione di un requisito di forma, che si era però rivelato del tutto insufficiente per la realizzazione effettiva delle finalità perseguite (41).

Anche nel nostro ordinamento è stata quindi avvertita l'esigenza di un controllo sull'equità e la giustizia della clausola unilateralmente imposta, che ha trovato infine risposta nella normativa in materia di contratti tra professionisti e consumatori, mediante la previsione di una tutela sostanziale che, senza abrogarla, assorbe quella prevista dalla precedente disciplina, la quale peraltro conserva un significato pratico soltanto nei limiti in cui non trova applicazione la nuova (42), ossia in tutti i casi in cui il predisponente e l'aderente non siano rispettivamente un professionista e un consumatore (43).

Non avrebbe invece alcun senso l'applicazione cumulativa di entrambe le discipline, ove pure si verifici una coincidenza tra le fattispecie da esse rispettivamente previste (44). Per un verso, infatti, parrebbe eccessivo invocare la mancata approvazione scritta per privare di effetti una clausola che sia conforme a criteri di giustizia sostanziale, per altro verso la specifica sottoscrizione della clausola abusiva da parte del consumatore risulterebbe del tutto inutile in quanto non ne farebbe venire meno la vessatorietà, essendo richiesto l'effettivo svolgimento di una trattativa individuale, come unico elemento che la legge espressamente ritiene rilevante per la corretta formazione della volontà del consumatore (45).

Al fine di individuare la disciplina relativa ai diversi casi non sarebbe tuttavia corretto ritenere che le norme del codice civile costituiscono *lex specialis* sempre e comunque applicabile ove la predisposizione unilaterale si sia concretizzata in condizioni generali di con-

---

(40) MENGONI, *Problemi d'integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, cit., 538.

(41) Vedi al riguardo REALMONTE, *Le condizioni generali di contratto*, cit., 61, nota 51.

(42) CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 26.

(43) In tal senso A. CATAUDELLA, *Note in margine alla direttiva comunitaria sulle « clausole abusive »*, in *Rass. giur. en. el.*, 1994, 571 s.

(44) Così invece G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 9.

(45) In tal senso vedi gli argomenti utilizzati da CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 26-27.

tratto, non essendo invece tale requisito previsto con riguardo ai contratti dei consumatori. I due corpi normativi hanno in realtà riguardo a fattispecie che sono in reciproco rapporto di specialità in quanto ciascuna di esse, oltre agli elementi comuni, presenta ulteriori connotazioni che la differenziano rispetto all'altra.

Al di là quindi degli aspetti logico formali, assume valore dirimente nell'individuazione della regola applicabile la scelta di politica del diritto compiuta dai legislatori comunitario e nazionale di realizzare una disciplina europea uniforme delle clausole vessatorie, come tale applicabile anche nel nostro ordinamento a tutti i contratti tra consumatori e professionisti a prescindere dall'eventuale predisposizione di condizioni generali di contratto (46).

Per la medesima ragione deve escludersi anche l'assoggettamento di alcune clausole a un doppio regime e di altre a uno solo.

È vero invece che la mancanza di qualsiasi riferimento normativo nel diritto interno e nel diritto comunitario alla contrattazione standardizzata, lungi dal limitare la tutela del consumatore, consente di attribuire rilevanza allo squilibrio negoziale determinato dalla clausola vessatoria, anche quando questo non assuma rilevanza come fenomeno di massa, ma sia limitato a singoli rapporti rispetto ai quali si giustifica la tutela del contraente debole come singolo, a prescindere dai riflessi che ciò abbia sul funzionamento complessivo del mercato.

Da questa prospettiva non sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene che la mera predisposizione unilaterale delle clausole da parte del professionista, al di fuori del fenomeno di massa della contrattazione standardizzata, non rappresenti un rischio per la libertà contrattuale dell'aderente tale da giustificare l'intervento del legislatore (47). In realtà, la debolezza contrattuale del consumatore sussiste anche a prescindere dall'uniformità dei comportamenti adottati dal professionista in altri rapporti del medesimo tipo, dovendosi fondamentalmente ricondurre all'essenzialità e non surrogabilità dei beni e servizi che egli cerca di procurarsi attraverso il singolo contratto concretamente stipulato e alla loro destinazione a soddisfare bisogni il più delle volte

---

(46) Così CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 23.

(47) In questo senso R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V, 145.

improcrastinabili, in quanto legati a esigenze vitali della persona in quanto tale (48). Proprio la rilevanza attribuita ai motivi che caratterizzano l'agire del consumatore rispetto al professionista dimostra del resto che la nuova impostazione in senso soggettivo della disciplina dei rapporti privati non può essere letta semplicisticamente nel senso di un ritorno agli *status* come criteri *astratti* di ricostruzione delle categorie civilistiche (49), ma esprime piuttosto un'esigenza di protezione di uno dei contraenti in considerazione della situazione *concreta* in cui questi opera (50), a prescindere dalla sua appartenenza a una determinata classe o categoria economicamente e socialmente svantaggiata. L'atto di consumo assume quindi rilevanza non tanto per il suo concorrere a creare un sistema di scambi quanto per la finalità che lo contraddistingue come mezzo per soddisfare un determinato bisogno di uno dei contraenti, che lo differenzia significativamente dall'altra parte, che invece stipula il contratto nell'esercizio della propria attività professionale.

Tale disciplina trova quindi giustificazione razionale in una disuguaglianza sostanziale tra le parti e nell'esigenza di tutelare quella tra di esse che non è in condizione di esercitare un'effettiva autonomia contrattuale. Si legittima così un controllo sul contenuto dell'accordo, che non è funzionale alla regolazione del mercato secondo criteri

---

(48) NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 926, 938 s. È del resto significativo che, proprio da una prospettiva diversa che, al di fuori di situazioni di monopolio, giustifica la tutela del consumatore esclusivamente in termini di difficoltà di comprendere il significato del contratto, a prescindere da una concreta situazione di inferiorità economica, RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 66-67 ritenga che la libertà contrattuale dell'impresa predisponente debba essere più strettamente limitata con riguardo ai contratti di massa conclusi con il pubblico.

(49) Cfr. in tal senso le considerazioni di G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti al nuovo diritto dei contratti* a cura di G. Vettori, Padova, 1999, 802-803, il quale esclude che il termine *consumatore* valga a contraddistinguere una precisa categoria tecnico-giuridica, ritenendo che esso indichi piuttosto « l'atto di consumo, ovvero il negozio posto in essere per finalità prevalentemente personali, e cioè non imprenditoriali, o, più in generale, non professionali ».

(50) La disciplina delle clausole vessatorie non trova quindi giustificazione in una presunzione astratta di disparità di potere contrattuale (MAZZAMUTO, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, cit., 269 s.), ma in un bisogno di consumo che si manifesta concretamente rispetto al singolo contratto concluso.

meramente economici (51), ma mira a realizzare un preciso obiettivo di giustizia contrattuale.

Nettamente diversa è invece l'impostazione seguita dal codice civile nella vecchia disciplina delle clausole vessatorie, che tutela l'aderente in quanto tale, senza ulteriori qualificazioni relative alla situazione concreta in cui il soggetto si trova, confinando così la fattispecie entro categorie astratte e oggettive, in apparente ossequio a un principio di uguaglianza di fronte alla legge.

La difficoltà, tuttavia, di ricondurre nell'alveo della tradizionale configurazione della nullità le finalità di protezione dell'aderente spiega la qualificazione in termini d'inefficacia delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 1341, co. 1, c.c., che non esprime una scelta netta del legislatore in ordine alla disciplina applicabile, ma lascia all'interprete la possibilità di ricercare la regola più adeguata rispetto agli interessi tutelati, ricostruendo alternativamente la mancanza di effetti prevista nel testo legislativo come mera conseguenza della nullità (52) ovvero come figura autonoma e distinta di invalidità (53).

Diversamente, nelle ipotesi in cui la legge espressamente configura la clausola o il contratto come nulli, la medesima prospettiva astratta e indifferenziata si traduce nella previsione di una disciplina generale e unitaria della nullità, applicabile indipendentemente dalla qualificazione tipica o atipica del contratto e dalla valutazione degli interessi sottostanti, che la distingue nettamente dall'annullabilità, attraverso una serie di regole che connotano il primo rimedio come tutela sottratta al potere di disposizione dei contraenti. In tale contesto normativo l'elaborazione dottrinale individua il criterio discrezionale tra le diverse

---

(51) Diversamente A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003, I, 340 s. ritiene che la normativa sui consumatori sia funzionale a garantire la dimensione concorrenziale del mercato.

(52) Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza la mancanza della specifica sottoscrizione determina la nullità assoluta e rilevabile d'ufficio della clausola vessatoria: cfr. tra le sentenze più recenti Cass., 18 gennaio 2002 n. 547, *Foro it. on line*.

(53) La dottrina è in prevalenza orientata ad escludere la nullità delle clausole non specificamente sottoscritte, giungendo però a soluzioni difformi in ordine alla legittimazione ad agire del predisponente. In senso favorevole cfr. per tutti S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, I, 1, Torino, 1999, 317 s. Contrario invece R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 275 s., il quale esclude altresì la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice del difetto di sottoscrizione.



forme di invalidità nella differente natura, pubblica o privata, degli interessi rispettivamente tutelati dalla nullità e dall'annullabilità (54). Questa impostazione trova poi a sua volta riscontro nella giurisprudenza, che dal carattere generale dell'interesse tutelato desume la natura imperativa della norma, dalla cui violazione discende quella che viene detta nullità « virtuale » del contratto (55).

Non mancano tuttavia autori che già nell'impianto originario del codice civile, riconoscono l'esistenza di norme bensì imperative, che hanno però la funzione di proteggere un interesse individuale, proprio sottraendolo al potere di disposizione del soggetto che ne è il titolare (56). Si tratta in ogni caso di ipotesi circoscritte a specifici contratti tipici (57), con riguardo alle quali si può parlare di nullità di protezione sotto il profilo degli interessi tutelati, ma non certo di nullità speciali dal punto di vista della disciplina applicabile, che è sempre quella prevista dal codice civile per il contratto in generale.

A tale riguardo una delle rare eccezioni, che comunque conferma la regola, è rappresentata dall'art. 2126 c.c. che prevede una fondamentale tutela del lavoratore subordinato rispetto all'invalidità del contratto, riconoscendogli i diritti che da questo traggono origine per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi da illiceità della causa o dell'oggetto. Ma anche in questi ultimi casi è garantito il diritto alla retribuzione se la nullità dipende dalla violazione di disposizioni a tutela del prestatore d'opera.

Proprio con riferimento al contratto di lavoro assume quindi particolare rilevanza, ai fini della disciplina applicabile, non soltanto la ragione della nullità, che può astrattamente configurarsi in termini formali d'illegalità, illiceità o immoralità, ma anche lo scopo di prote-

---

(54) In questo senso P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, 200 s. Alla medesima conclusione giunge anche buona parte della dottrina meno recente: cfr. per tutti R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 878.

(55) Tale opinione risulta peraltro ancora oggi radicata in giurisprudenza, come dimostrano le sentenze pronunciate, con riguardo alla norma che punisce il reato di circonvensione di incapace, da Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427, ne *I contratti*, 2004, 997 s., con nota critica di A. ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvensione* e più recentemente da Cass., 23 maggio 2006, n. 12126, ne *Le società*, 2006, 1105.

(56) Così R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 913-914 seguito da G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 335-336.

(57) Vedi ad esempio le disposizioni del titolo III sui singoli contratti richiamate da G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, 58 s.



zione della norma violata. Questa parziale diversità di regime, infatti, se in ogni caso presuppone una qualificazione del contratto nullo come fattispecie esistente e giuridicamente rilevante, in quanto tale suscettibile di un trattamento differenziato a seconda dei casi (58), si traduce in una regola più favorevole al contraente debole quando la norma violata tutela un interesse che a quest'ultimo fa capo.

La finalità di protezione della norma violata giustifica quindi un regime speciale della nullità, che non è riconducibile ai caratteri che essa assume secondo la disciplina generale, ma ne configura una deroga volta a riequilibrare i rapporti tra le parti.

La disparità di potere contrattuale resta tuttavia un presupposto implicito della norma, che non deve essere oggetto di autonomo accertamento giudiziale, in quanto è connaturata alla stessa prestazione caratterizzante il tipo contrattuale. L'inferiorità del lavoratore subordinato è infatti *in re ipsa*, in quanto, secondo l'opinione ancora oggi dominante nella dottrina giuslavoristica, trae origine dalla scarsità del bene oggetto del rapporto, ossia il posto di lavoro e dalla sua essenzialità e non surrogabilità ai fini della soddisfazione indifferibile di bisogni personali del dipendente e della sua famiglia (59).

Tale situazione, anche in considerazione dei beni coinvolti nella prestazione lavorativa, esprime un'esigenza di tutela della persona del lavoratore che non consente dal punto di vista etico una parità di trattamento rispetto al datore di lavoro.

La disciplina lavorista si caratterizza così essenzialmente come regola contrapposta all'autonomia contrattuale, perché non solo sottrae gli interessi del lavoratore al libero gioco del mercato e della concorrenza (60), ma si traduce in una disciplina dell'invalidità coerente con le esigenze di tutela che sorgono proprio dalla situazione di disuguaglianza sostanziale tra le parti.

---

(58) Sottolinea questo aspetto PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 90 s., 152 s.

(59) Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, 54-55.

(60) Rileva al riguardo CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, cit., 197 che « il diritto del lavoro come diritto speciale rispetto al diritto dei beni si sviluppa (...) secondo una linea che attraverso limitazioni graduali della autonomia privata si volge alla tutela del lavoratore come contraente debole ».

3. *Le nullità speciali di protezione e il superamento dell'uguaglianza formale tra le parti dello scambio.*

Nell'ambito degli altri rapporti contrattuali, regolati dal diritto civile secondo la logica patrimoniale del libero scambio, il binomio nullità di protezione/nullità speciale può dirsi compiutamente realizzato soltanto con la legislazione successiva al codice, che introduce rilevanti e significative deroghe alla disciplina della nullità conformandola alla natura degli interessi protetti. Il ruolo centrale che viene ad assumere lo scopo di protezione sottrae infatti la nullità « alla uniforme e omogenea staticità della fattispecie e la proietta in una prospettiva necessariamente mutevole di funzionalizzazione al tipo e alla natura della operazione economica sottesa » (61).

Queste nuove regole di invalidità vengono quindi volte a proteggere uno dei contraenti in ragione del fatto che in determinate situazioni proprio la contrattazione secondo i meccanismi del mercato lo espone agli abusi della controparte, rivelando l'inadeguatezza di un trattamento normativo, che non differenzia in alcun modo le parti in nome di una concezione ormai superata dell'autonomia contrattuale. La parità puramente formale tra i contraenti si rivela infatti insufficiente a garantire l'effettiva libertà contrattuale in una società dei consumi di massa, nella quale i comportamenti dei singoli sono fortemente condizionati dalla evoluzione complessiva del sistema economico, in cui ciascuno è parte di un meccanismo più ampio (62). Assume quindi rilevanza il difetto di determinati presupposti economici, che nel caso concreto non consentono ai soggetti svantaggiati di partecipare alla circolazione giuridica senza dover subire l'abuso della parte economicamente più forte. La disciplina specificamente diretta a regolare gli scambi in queste situazioni non vuole peraltro modificare l'assegnazione iniziale delle risorse, ma mira a impedire che questa sperequazione incida sulla libertà contrattuale, generando ulteriore squilibrio.

In questa situazione si assiste anche a un mutamento nel ruolo dell'ordinamento statale nei confronti dei privati, i quali non devono più proteggersi dalle sue ingerenze (63), ma ne invocano l'intervento a garanzia della loro libertà rispetto al gioco spontaneo delle forze

---

(61) Così SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, cit., 486.

(62) Così RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 57.

(63) Nell'attuale contesto appare quindi storicamente superato il problema della difesa dei diritti del singolo rispetto al potere assoluto dello Stato: in tal senso vedi P.

economiche, che ove fossero lasciate a se stesse, non riuscirebbero a generare rapporti contrattuali che siano espressione dell'autonomia di entrambi i contraenti. Il mancato esercizio di un'effettiva libertà negoziale giustifica la previsione di norme speciali, che regolano rapporti connotati da una diversa forza contrattuale e che postulano una valutazione del giudice con riguardo non soltanto all'equilibrio oggettivo dell'assetto che le parti hanno dato ai loro interessi, ma anche alla loro situazione soggettiva. Il controllo sull'esercizio dell'autonomia privata realizza così una tutela del contraente debole che non resta circoscritta nell'ambito di tipologie e categorie contrattuali determinate, ma si estende a una serie indefinita di rapporti, assoggettandoli a una disciplina che, salvo eventuali integrazioni e/o deroghe relative a ipotesi più specifiche (64), è per tutti uniforme.

Ai fini del perfezionamento della fattispecie assumono, infatti, rilevanza talvolta l'appartenenza di una parte a una determinata categoria professionale a prescindere dalla natura delle prestazioni da essa dovute (così ad esempio la disciplina dei contratti bancari o finanziari), in altri casi la situazione di effettiva dipendenza economica che l'ha indotta a concludere il contratto (cfr. art. 9 l. n. 192/98) e altre volte ancora il suo concreto operare per « scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta » (in questi termini la definizione di consumatore ora contenuta nell'art. 3, co. 1, lett. a), cod. cons.). Questi elementi sono di per sé sufficienti a configurare un'asimmetria di potere contrattuale a prescindere da fenomeni anticoncorrenziali e pur quando il contratto non abbia per oggetto beni scarsi, come ad esempio avviene per il posto di lavoro.

Né del resto sarebbe corretto ritenere che l'esigenza di garantire l'esercizio della libertà contrattuale rispetto a situazioni di disuguaglianza sostanziale sussista solo « nei settori economici in cui la libera concorrenza ha perso la sua forza regolatrice » (65). La competizione

---

GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, 1263 s.

(64) Un esempio emblematico in tal senso è dato dalla disciplina del *franchising*, che nell'ambito dei rapporti di impresa realizza una tutela specifica che si aggiunge a quella *generale* prevista dall'art. 9 l. n. 192/98 con riguardo all'abuso di dipendenza economica. In questo caso, peraltro, proprio la tipizzazione delle prestazioni che costituiscono oggetto del contratto rende ragione delle norme che a protezione dell'affiliato stabiliscono requisiti di forma e di contenuto, la cui inosservanza ne determina la nullità.

(65) Così RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 23 s., il quale ritiene a tal fine

tra imprenditori e professionisti nell'offerta di beni determinati non è, infatti, di per sé sufficiente a riequilibrare la posizione d'inferiorità del consumatore, che è legata alla natura stessa del bisogno che lo spinge a concludere il contratto, indipendentemente dal funzionamento efficiente del mercato.

Da un punto di vista più generale se la qualità e la condizione dei soggetti, che giustifica l'applicazione della disciplina speciale, non è funzionale all'efficienza del sistema nel suo complesso, vale però a impedire che la spersonalizzazione dei rapporti attraverso la predisposizione unilaterale e standardizzata del regolamento contrattuale (66) si traduca nel sacrificio dei bisogni del singolo a vantaggio di una astratta utilità collettiva. Il consumatore viene quindi in considerazione come uomo portatore di bisogni e interessi personali (67) e non già come parte di un più grande ingranaggio volto esclusivamente a incrementare la ricchezza complessivamente prodotta, in base a una logica astratta e spersonalizzante (68).

In questo senso la tutela del contraente debole non può ritenersi strumentale alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al funzionamento concorrenziale del mercato (69), ma costituisce espressione di un principio immanente nella costituzione che afferma la preminenza dell'uomo sulla materia economica (70).

Trova così attuazione anche nel diritto dei contratti l'art. 3, co. 2, cost., che esige un intervento del legislatore volto a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà

sufficiente che nessuno dei « partner del gioco ... detenga una posizione di potere tale da essere in grado di abusare di una "strategia di mercato" ».

(66) Anche la tipicità dei negozi costituisce in quest'ottica uno strumento per canalizzare gli interessi e i bisogni individuali verso un sistema di scambi che si succedono con regolarità nel mercato: cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 47 s.

(67) Una conferma in tal senso è offerta dalla decisione della Corte eur. giust., 22 novembre 2001, C-541/99 e C-542/99, in *Foro it.*, 2001, IV, 501, la quale ha escluso che la nozione di consumatore potesse estendersi a soggetti diversi dalle persone fisiche, ancorché agiscano per scopi estranei alla propria attività professionale.

(68) Così NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 941.

(69) Questa tesi trova invece credito in una parte della dottrina civilistica: cfr. con riguardo alla disciplina dei consumatori PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, cit., 340. Tale opinione è autorevolmente condivisa da MAZZAMUTO, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, cit., 266 s.

(70) In tal senso MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, cit., 1083 s.

e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della *persona umana* come valore fondante l'intero ordinamento giuridico (71).

Nella medesima logica si giustifica anche l'intervento del diritto comunitario volto a fissare standard minimi di tutela che gli ordinamenti dei singoli Stati membri devono garantire (72), orientando così la disciplina del mercato verso la promozione di valori, patrimoniali e non, che fanno capo alla persona e che non sempre la concorrenza e i liberi scambi sono in grado di realizzare (73).

Da questa prospettiva personalistica il c.d. contraente debole viene in considerazione come portatore di interessi meritevoli di una tutela autonoma e distinta rispetto a quella volta ad assicurare l'equilibrio degli scambi nel mercato e l'efficiente funzionamento dei meccanismi concorrenziali (74), legittimando una disciplina della nullità che non è uguale per entrambi i contraenti, ma che, proprio in considerazione delle significative differenze esistenti tra di essi, consente di correggere le asimmetrie di potere contrattuale (75).

In questo senso assume valore emblematico la previsione legislativa della nullità relativa, che implica il netto superamento di una concezione puramente formale della parità tra i contraenti, mediante una regola, che, pur giustificandosi sul piano della politica del diritto, a lungo si era ritenuta logicamente incompatibile con l'originaria e

---

(71) Valgono al riguardo le considerazioni di RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 62-63 in merito alla libertà contrattuale, che secondo l'illustre Autore è riconosciuta e riceve protezione nella legge fondamentale tedesca come strumento per lo sviluppo della personalità umana.

(72) Sul punto sia consentito rinviare ad ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, cit., 2005, 978.

(73) In quest'ottica NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, cit., 98 s. contesta l'idea di una presunta neutralità della disciplina europea del mercato in relazione ad un concetto assoluto di efficienza, intesa in senso puramente economico, e ne rivendica il necessario legame con i valori che trovano attuazione nella politica legislativa della Unione europea. Si realizza così, per eterogenesi dei fini, un risultato che trascende e talvolta si contrappone all'obiettivo di armonizzazione originariamente perseguito dal diritto comunitario: cfr. C. CASTRONOVO, *Quadro comune di riferimento e acquis comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 288 s.

(74) Diversamente S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita di beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 1085, ritiene che nel diritto europeo la tutela del consumatore sia comunque funzionale a realizzare un mercato più efficiente e razionale.

(75) Vedi in tal senso SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 468 s.

radicale inefficacia del contratto nullo, come tale non vincolante per entrambe le parti (76).

L'innegabile difficoltà che tale disciplina pone dal punto di vista della (ri)definizione delle categorie dogmatiche non può esimere l'interprete dal prendere atto della scelta compiuta dal legislatore e dal cercare una interpretazione razionale che salvaguardi la compatibilità della norma speciale con il sistema come complesso unitario e coerente di regole. La principale questione che al riguardo si pone è se la nullità relativa sia o meno rilevabile d'ufficio secondo la regola generale dell'art. 1421 c.c. Interrogativo che trova risposta positiva nell'ambito di un discorso più ampio che investe il ruolo stesso del diritto privato generale come complesso tendenzialmente esaustivo di norme, in grado di regolare, *in quanto compatibile*, tutti gli aspetti non espressamente disciplinati dal diritto secondo (77).

Da questa prospettiva si rivela priva di fondamento l'affermazione che esclude la rilevanza d'ufficio della nullità relativa, assumendo che questa vanificherebbe l'intento del legislatore di riservare a un soggetto determinato la scelta in ordine alla sorte del contratto, in analogia con quanto previsto per il contratto annullabile (78). Secondo questa impostazione, la nullità relativa finirebbe, infatti, per perdere la propria connotazione di *species* riconducibile al medesimo *genus* della nullità, confondendosi con l'annullabilità, in quanto opererebbe non già *ipso*

---

(76) Afferma infatti MENGONI, *La disciplina delle «clausole abusive» e il suo innesto nel corpo del codice civile*, cit., 301 nota 10, che « il concetto di “nullità relativa”, nel senso di nullità che può essere domandata soltanto dalla parte nel cui interesse è stabilita dalla legge, urta contro insuperabili obiezioni di ordine logico ».

(77) Così C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, I, 301-304. Lo stesso Autore ritiene peraltro preferibile la locuzione « diritti secondi » in luogo di quella « leggi speciali » allorché si faccia riferimento non alla fonte da cui la norma promana, ma alla materia da questa regolata: così C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, 22, secondo il quale l'intero diritto privato può essere graficamente rappresentato « lungo due assi cartesiani che muovono rispettivamente, sul piano delle fonti, dal codice alla legislazione speciale, sul piano delle materie, dal diritto privato generale ai diritti secondi ».

(78) In questo senso P. SCHLESINGER, *Commento all'art. 15 della legge 28 gennaio 1977, n. 10*, ne *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, 120; A. BONFILIO- V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm. I contratti in generale* a cura di G. Alpa e M. Bessone, IV, 1, Torino 1991, 473 e da ultimo A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. contratti* diretto da P. Rescigno, II, Torino 1999, 1347 e 1370.

*iure*, ma *ope exceptionis*, di tal che il contratto che ne è affetto, in mancanza della domanda o eccezione della parte legittimata produrrebbe tutti i suoi effetti come se fosse annullabile.

Dal sistema delle invalidità emerge invece una configurazione della nullità relativa, che la differenzia dalla nullità, tradizionalmente concepita come assoluta, senza tuttavia identificarla con l'annullabilità. Ne deriva che l'esclusione della legittimazione di soggetti diversi da quello tutelato non implica l'attribuzione a quest'ultimo della facoltà di disporre degli effetti contrattuali, vincolando il potere decisorio del giudice. La rilevabilità d'ufficio, infatti, pur configurando una regola squisitamente processuale, costituisce un elemento indispensabile per apprezzare sul piano del diritto sostanziale l'inidoneità *ab origine* del contratto relativamente nullo a produrre effetti in contrasto con l'interesse protetto.

In mancanza di un'espressa deroga, le previsioni di nullità relativa non sembrano pertanto giustificare allo stato attuale il superamento di tale regola e il sostanziale abbandono della distinzione tra le due figure d'invalidità, che verrebbe in ipotesi a dipendere soltanto dal diverso regime di prescrizione (79), a sua volta svincolato dalla disciplina degli effetti negoziali e dal conseguente carattere costitutivo o dichiarativo della relativa tutela giudiziaria. Diversamente, anche l'imprescrittibilità dell'azione di nullità (relativa) configurerebbe una regola del tutto arbitraria, non trovando più giustificazione nell'indisponibilità del rimedio, e risultando altresì difficilmente conciliabile con il carattere costitutivo dell'eventuale sentenza di accoglimento, nella misura in cui consentirebbe di rimuovere senza limiti di tempo gli effetti che in ipotesi il contratto ha già prodotto.

La rilevabilità d'ufficio assume dunque una funzione unitaria in tutte le fattispecie di nullità, garantendo sul piano processuale la realizzazione degli interessi protetti dalla norma di diritto sostanziale, anche quando, trattandosi d'interessi privati (indisponibili), il titolare degli stessi non abbia potuto o voluto provvedervi.

Prescindere da tale regola renderebbe infatti meno chiara persino la distinzione tra annullabilità e nullità assoluta, come dimostrano le conclusioni raggiunte da chi assimila le due ipotesi dal punto di vista della rispettiva efficacia, sostenendo che fin quando non vi sia stata esecuzione da entrambe le parti, ciascuna di esse potrà rifiutarsi di

---

(79) Così invece GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1347.



adempire, facendo valere l'invalidità negoziale (80). È vero invece che, mentre nel primo caso è necessaria un'eccezione della parte convenuta, nel secondo il giudice dovrà comunque respingere la domanda di adempimento. La differenza tra le due figure d'invalidità è peraltro ancora più evidente, anche sul piano del diritto sostanziale, quando esse riguardino un contratto con effetti reali, essendo il trasferimento del diritto precluso dalla nullità, ma non dall'annullabilità dell'atto di disposizione.

Allo stesso modo la nullità relativa configura un rimedio che è distinto dall'annullabilità, in quanto è sottratto alla disponibilità delle parti, sebbene, coerentemente con la finalità di protezione perseguita, il giudice possa rilevarla soltanto a vantaggio del soggetto tutelato, dato che altrimenti sarebbe frustrato lo stesso scopo di protezione perseguito dalla norma che dispone la nullità (81).

Il giudice non può peraltro sostituirsi al contraente protetto al fine di valutare l'opportunità dell'accertamento della nullità, ma deve necessariamente far riferimento alle domande e alle eccezioni proposte dalle parti. Ciò non significa però che la parte legittimata possa rinunciare alla tutela, proponendo domande o sollevando eccezioni incompatibili con l'affermazione della nullità del contratto (82). Il giudice, infatti, dovrà rilevarla anche contro la volontà manifestata nel processo dal contraente legittimato qualora l'accertamento della stessa rappresenti l'unica via per evitare l'accoglimento di un'eventuale domanda riconvenzionale.

Un esempio varrà a chiarire la questione: supponiamo che, stipulato tra una banca e un cliente un contratto privo della forma prescritta dall'art. 117, co. 1, d.lgs. n. 385/93, ciascuna parte, deducendo l'inadempimento o il ritardo della controparte, ne chieda la condanna al

---

(80) P. SCHLESINGER, *Considerazioni del coordinatore*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*. Relazioni al XXXIX Congresso nazionale del notariato, Milano, 2002, 10.

(81) Sia consentito sul punto rinviare alle considerazioni esposte in ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 66 s.

(82) In questo senso A. BELLELLI, *sub art. 1469-quinquies*, ne *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori* a cura di G. Alpa e S. Patti, I, Milano, 1997, 701, la quale, con riferimento specifico alla disciplina delle clausole abusive, esclude la rilevabilità d'ufficio della nullità, qualora nel corso del giudizio il consumatore abbia manifestato, espressamente o tacitamente, una volontà contraria all'esperimento del rimedio. L'Autrice peraltro ritiene che il comportamento del consumatore rilevi solo sul piano processuale e non comporti sul piano sostanziale la sanatoria della nullità.



risarcimento dei danni. Il giudice, qualora ritenga che un inadempimento sia da imputare esclusivamente al cliente, dovrà rilevare la nullità del contratto, anche se questi, agendo per il risarcimento, ha effettuato una scelta che chiaramente presuppone la validità dello stesso. È evidente che altrimenti, esclusa in ipotesi la rilevabilità d'ufficio, dovrebbe essere accolta la domanda della banca, nonostante questa si fondi su di un titolo nullo, di tal che risulterebbe pregiudicato proprio il soggetto che si voleva tutelare. Ammesso invece il rilievo della nullità anche contro la volontà manifestata dal soggetto legittimato, nella misura in cui questa « opera a suo vantaggio », si deve riconoscere che la tutela predisposta dall'ordinamento prescinde dalla volontà manifestata dal contraente protetto ed è entro certi limiti sottratta al suo potere di disposizione.

In tal modo la norma speciale assume un significato non arbitrario, in quanto, pur configurando una nullità coerente con la caratteristica essenziale del genere cui appartiene, giustifica razionalmente la deroga alla regola generale in relazione allo stesso principio di uguaglianza secondo il quale situazioni differenti devono essere trattate diversamente.

Da questa prospettiva il rapporto d'integrazione tra diritto comune e diritto secondo trova fondamento nel carattere speciale e non eccezionale delle nullità relative e più in generale delle nullità di protezione (83). Queste, infatti, non costituiscono un sistema a sé stante, chiuso all'influenza del diritto privato generale, ma da esso mutuano la disciplina di quegli aspetti che non sono espressamente regolati, dando così vita a un regime che è pur sempre conforme alla natura particolare degli interessi protetti.

Pertanto, una volta appurato che l'accertamento della nullità relativa prescinde dall'iniziativa della parte legittimata, in quanto realizza una tutela indisponibile del contraente debole, ne consegue altresì che, in mancanza di una espressa deroga, troverà applicazione la regola generale sulla inammissibilità della convalida (art. 1423 c.c.) (84). Una

---

(83) In questo senso vedi anche PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 173, sia pure nell'ottica complementare dell'applicazione analogica delle norme speciali. Parimente esclude ogni ricorso allo schema logico regola-eccezione SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, cit., 488.

(84) Ammette la sanatoria in materia di clausole abusive A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: « contratti del consumatore » e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 522, che qualifica il vizio in termini di inefficacia in senso stretto.

diversa soluzione sarebbe del resto in contrasto con la finalità stessa della legge e con l'interesse da questa protetto, in quanto ammettendo la sanatoria o la convalida si consentirebbe al soggetto tutelato di consolidare proprio quello squilibrio che il legislatore intendeva eliminare (85). È vero, al contrario, che la disciplina tradizionalmente disegnata dal codice civile, interagendo con i tratti specifici della nullità relativa, consente di realizzare in modo efficace la tutela del contraente debole.

4. *L'indisponibilità degli interessi privati come strumento di tutela del « contraente debole ».*

Da questa prospettiva le c.d. nullità speciali si rivelano anch'esse in grado di apportare un significativo contributo al diritto generale, come strumento essenziale a disposizione dell'interprete nella ricostruzione della nullità come categoria dogmatica e nella ricerca di un fondamento unitario delle norme imperative, dalla cui violazione tale invalidità deriva.

In tal modo la tutela del contraente debole può realizzarsi senza dare origine a una pluralità di corpi legislativi tra loro slegati che comprometterebbero l'unità e la coerenza dell'ordinamento nel suo complesso. In mancanza di una definizione legale e nell'impossibilità di trarre argomenti dai lavori preparatori, l'unica scelta metodologicamente legittima è quella di ricavare dal sistema una nozione di norma imperativa coerente con la disciplina applicabile in caso di violazione.

A tale riguardo proprio l'esame dei rapporti tra diritto primo e diritti secondi mette in evidenza che la nullità, anche quando dipende dalla violazione di prescrizioni dettate a tutela di una delle parti, ha un fondamento unitario nella lesione di un interesse che è sottratto al

---

Scettico al riguardo G. CIAN, *Il nuovo capo XIV bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 417, mentre è decisamente contraria BELLELLI, *sub art. 1469-quinquies*, cit., 703.

(85) Opportunamente rileva GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1373 che la *ratio* della nullità, sia pur relativa, è proprio quella « di precludere la convalida e lasciare sempre possibile la contestazione del negozio, anche ad evitare che la stessa debolezza contrattuale che ha indotto a concluderlo non porti dietro pressione della controparte a convalidarlo, frustrando così definitivamente lo scopo legislativo ».

potere di disposizione dei contraenti in considerazione del rilievo ad esso accordato dall'ordinamento (86).

In definitiva l'elemento distintivo, che accomuna tutte le norme che rendono nullo il contratto, non sta nel carattere generale dell'interesse protetto (87), bensì nelle modalità con le quali tale tutela è attuata dall'ordinamento. La medesima indisponibilità deve pertanto connotare anche quelle ipotesi nelle quali la nullità deriva, pur in difetto di una specifica previsione, dalla regola generale dell'art. 1418, co. 1, c.c.

Non sarebbe invece corretto limitare l'incidenza delle norme imperative di protezione sulla validità del contratto ai casi specificamente previsti dalla legge, sostenendo che al di fuori di questi possa aversi nullità solo quando il contratto leda interessi generali (88).

Tale soluzione, nella sua apparente aderenza al dato positivo, perde infatti di vista l'esigenza di coerenza e razionalità del sistema, la quale risulterebbe compromessa ove si ammettesse che la violazione di norme che, in relazione alla tutela apprestata, si riconoscono imperative, determini la nullità soltanto quando tale conseguenza sia specificamente prevista dalla legge (89).

Non si vede del resto la ragione per la quale si debba negare la configurabilità di nullità di protezione in base alla regola generale dell'art. 1418, co. 1, c.c. che, invece, prescindendo da un'espressa comminatoria nella norma imperativa violata, consente di accomunare le disposizioni in esame dal punto di vista della disciplina applicabile, costituendo nel contempo il presupposto per la ricostruzione unitaria della corrispondente categoria dogmatica.

A obiezioni analoghe si espone peraltro anche la tesi che limita la

---

(86) Cfr., in tal senso la ricostruzione proposta in ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 6 s.

(87) Così anche SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, cit. 485, il quale esclude che il fondamento della nullità debba consistere necessariamente in un interesse solo pubblico e sociale, astratto e spesso contrapposto a quello particolare delle parti contraenti.

(88) In questo senso G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 121-122, secondo il quale può aversi nullità ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., solo quando il contratto leda interessi generali. L'Autore sembra tuttavia attenuare l'assolutezza di tale affermazione, riconoscendo al « criterio dell'interesse pubblico ... valore di indice preliminare dal quale dedurre che una norma protettiva di interessi privati non può condurre, almeno *di regola*, ad una nullità virtuale » (130-131).

(89) Per tale critica vedi ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 49.

configurabilità delle nullità di protezione alle ipotesi, richiamate dall'art. 1418, co. 3, c.c., in cui tale invalidità è specificamente prevista da norme che, non essendo imperative, non mettono in discussione il carattere generale dell'interesse da queste ultime tutelato (90).

Ma questa ricostruzione, nel tentativo di preservare il fondamento unitario della norma imperativa, finisce per trasformare la nullità in una formula meramente descrittiva di una pluralità di fattispecie, non omogenee e incapaci di dare ragione dell'applicazione di una disciplina che, pur con eventuali deviazioni rispetto alla regola generale, è comunque riconducibile alla medesima specie di invalidità (91).

Appare, invece, preferibile ritenere che l'ultimo comma dell'art. 1418 c.c. faccia riferimento (anche) a nullità non contemplate nei due commi precedenti (92), ma pur sempre omogenee dal punto di vista del tipo di tutela predisposto dall'ordinamento. In quest'ottica l'utilizzo della nullità come strumento di riequilibrio e protezione del contraente debole, se da un lato esclude che il fondamento della norma debba consistere in un interesse generale contrapposto a quello dei contraenti, dall'altro non mette in discussione l'esistenza di un criterio unitario che consenta di individuarne l'imperatività in base al carattere indisponibile della tutela che essa mira ad attuare. La sottrazione dell'interesse protetto al potere di disposizione dei contraenti, anche di quello che ne sia eventualmente portatore, costituisce infatti l'elemento scriminante

---

(90) La disposizione pertanto, pur riguardando casi diversi da quelli contemplati nei due commi precedenti, non avrebbe in ogni caso un autonomo valore prescrittivo, in quanto rinvierebbe semplicemente ad ipotesi in cui la nullità è già prevista dalla legge. In questo senso L. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Camerino-Napoli, 1981, 197 s. e P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1986, 25-26. Tale ricostruzione giunge pertanto a esiti solo in parte differenti da quelli cui erano pervenuti A. FEDELE, *Della nullità del contratto*, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Commentario* diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, I, Firenze, 1948, 681 e G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*<sup>3</sup>, in *Commentario del codice civile* redatto a cura di magistrati e docenti, IV, 2, Torino, 1980, 486, che avevano ritenuto superflua la previsione in esame. Viceversa la disposizione potrebbe assumere un preciso significato normativo, circoscrivendo ai soli casi previsti dalla legge le cause di nullità ed escludendo che l'interprete possa configurare nuove fattispecie atipiche. La questione sarà peraltro esaminata *infra* nel cap. IV, § 5.

(91) Così ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 50.

(92) Per la parziale sovrapposizione delle fattispecie riconducibili all'elenco dell'art. 1418 c.c. cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 740 s.

che accomuna tutte le norme che, sia pure nelle diverse configurazioni assunte dalla relativa disciplina a seconda delle esigenze che è diretta a soddisfare, sono comunque in grado di determinare la nullità del contratto e quindi anche quelle che, pur essendo prive di una specifica comminatoria in tal senso, devono ritenersi imperative.

Ne deriva che per integrare la fattispecie prevista dall'art. 1418, co. 1, c.c. non è sufficiente la violazione di un qualsiasi divieto legale, ma occorre dimostrare che la norma violata, anche se tutela l'interesse di uno dei contraenti, in ragione della sua appartenenza a una categoria astrattamente determinata, denota un particolare e qualificato atteggiamento dell'ordinamento che ne esige la soddisfazione in contrasto con le scelte che le parti hanno volontariamente compiuto.

In questi casi l'esame delle conseguenze giuridiche previste dalla legge diviene criterio per determinare il carattere imperativo della norma, quando l'osservanza del precetto legale sia comunque garantita da rimedi e sanzioni, che realizzano una tutela indisponibile dell'interesse leso, diversa ma compatibile con l'ulteriore effetto dirimente della nullità contrattuale (93). L'imperatività della norma viene quindi a dipendere non già da un elemento a essa estrinseco, come la natura pubblica o privata dell'interesse tutelato, ma dalla stessa scelta effettuata dal legislatore, il quale non incontra alcun vincolo precostituito in relazione alla natura e all'appartenenza dell'interesse protetto e pertanto in altre situazioni può apprestarvi tutela secondo modalità differenti, eventualmente rimesse all'iniziativa del singolo contraente.

Proprio facendo riferimento alle modalità di tutela previste dal diritto positivo nelle diverse circostanze è allora possibile salvare la coerenza e la razionalità di un sistema, che potrebbe invece risultare contraddittorio da una prospettiva che attiene alla natura degli interessi regolati.

Così ad esempio l'imperatività della norma con la quale l'art. 640 c.p. punisce la truffa discende dalla decisione normativamente assunta di sanzionare penalmente la lesione di beni giuridici che, anche in

---

(93) Da questa prospettiva non è condivisibile l'affermazione di G. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità* a cura di F. Di Marzio, Napoli, 2004, 24-25 nota 24, secondo il quale la previsione di un rimedio di diritto amministrativo o di diritto penale spesso nulla è in grado di dire circa le conseguenze civilistiche della violazione. È chiaro invece che, in mancanza di una regola con essa incompatibile, la nullità discenderà, secondo la regola generale dell'art. 1418, co. 1, c.c. dalla violazione di una norma, che deve ritenersi imperativa proprio in ragione della tutela indisponibile che essa appresta all'interesse leso.

ragione delle specifiche caratteristiche assunte dall'aggressione, l'ordinamento reputa bisognosi di una più intensa e qualificata tutela. Ma l'obbligatorietà dell'azione penale esercitata dal pubblico ministero, se pure costituisce indice inequivocabile d'indisponibilità della tutela apprestata nella fattispecie considerata, non esclude che altre norme possano perseguire la medesima finalità mediante rimedi differenti, che sono invece subordinati all'iniziativa della persona offesa.

Non può spiegarsi altro che in questi termini la regola che consente l'annullamento del contratto per dolo soltanto su istanza del contraente raggirato (94), mentre tale disciplina sarebbe difficilmente comprensibile dalla prospettiva che attribuisce rilevanza decisiva all'esistenza di un interesse pubblico, la cui tutela, neppure sul piano dei rapporti civilistici, a rigore di logica potrebbe essere rimessa all'iniziativa del soggetto interessato.

L'individuazione delle norme imperative sulla base della disciplina prevista nel caso di violazione, non implica tuttavia l'adesione a un modello puramente positivistico, nella misura in cui l'autonomia contrattuale è assistita da garanzia costituzionale, sia pure indiretta (95), come strumento per l'esercizio della proprietà e dell'iniziativa economica privata, di tal che eventuali limiti posti da norme imperative sono legittimi solo in quanto conformi ad altri valori, riconosciuti dalla costituzione e ritenuti prevalenti in base a un bilanciamento comunque soggetto a un sindacato di ragionevolezza (96).

Per converso, la ricostruzione della nullità e della norma impera-

---

(94) In tal senso la giurisprudenza esclude la nullità del contratto attraverso il quale si consuma la truffa di uno dei contraenti ai danni dell'altro e riconosce a quest'ultimo l'azione di annullamento per dolo: Cass., 10 dicembre 1986, n. 7322, in *Corr. giur.*, 1987, 208 con nota di V. MARICONDA, *Truffa e contrarietà del contratto a norme imperative*.

(95) Sulle ragioni che spiegano la mancanza di un espresso e diretto riconoscimento costituzionale dell'autonomia contrattuale vedi, da due prospettive complementari, MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 2 e C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 29 s.

(96) In tal senso vedi la valutazione di legittimità costituzionale compiuta da Corte cost., 27 febbraio 1962 n. 7, in *Giur. cost.*, 1962, 93 che ritiene ammissibile, in base agli artt. 41 e 42 cost., la modifica o l'eliminazione *ex lege* di clausole contrattuali quando esse contrastino con l'utilità sociale. Analogamente si sono inoltre espresse Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30, *ivi*, 1965, 283 s. e 287; Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 159 (est. Mengoni), *ivi*, 1988, 553 s.; Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, *ivi*, 1990, 1467 s. e Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268 (est. Mengoni), *ivi*, 1994, 2188 s. e 2192.

tiva come categorie dogmatiche unitarie assume un significato di garanzia dell'autonomia contrattuale rispetto a soluzioni autoreferenziali dell'interprete, che non essendo universalizzabili in base ad un criterio sistematico, potrebbero concretizzare il rischio di un positivismo ben più arbitrario, in quanto legato alle valutazioni contingenti del quotidiano (97).

Parimente, le scelte mutevoli e contingenti compiute dal legislatore nei diritti secondi, proprio attraverso la partecipazione a un sistema normativo unitario, recuperano razionalità e coerenza, conformandosi così a un superiore principio di uguaglianza e giustizia, in grado di fronteggiare i condizionamenti provenienti dal contesto sociale che spingono verso la realizzazione di interessi particolari e di settore.

Nel contempo, l'impiego dei risultati raggiunti nell'elaborazione delle categorie dogmatiche del diritto primo per la soluzione di questioni che sorgono nell'applicazione del diritto secondo garantisce un livello di certezza superiore a quello offerto dal solo principio di legalità, sempre più spesso messo in crisi dal susseguirsi di interventi legislativi che richiedono un'opera di razionalizzazione da parte dell'interprete.

È del resto evidente che proprio l'unità e la coerenza del sistema favoriscono il funzionamento efficiente del mercato, regolando gli scambi secondo un ordine, che tanto più facilmente è prevedibile quanto più sia fondato su criteri razionali e non arbitrari. Solo collocando le singole norme in una prospettiva sistematica si può, infatti, evitare il rischio che la politicità connaturata al diritto trascenda in decisionismo occasionale, incapace di assicurare quella prevedibilità e regolarità dei criteri di soluzione dei conflitti su cui si fonda la stessa continuità degli scambi.

##### 5. *Le norme imperative tra conservazione del mercato e garanzia dei diritti della persona.*

Le considerazioni svolte si rivelano decisive per la soluzione al problema classico relativo all'individuazione delle norme imperative. A essa l'interprete provvederà previamente accertando, sulla base di una indagine di stretto diritto positivo, la sussistenza di un preciso elemento

---

(97) Al riguardo vedi le considerazioni di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, 143, riprese da L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 125.



di indisponibilità nella fattispecie legale o nella disciplina applicabile in caso di violazione della norma.

Non sembra invece condivisibile l'opinione che desume l'imperatività di tali norme dall'interesse della collettività alla tutela del contraente debole, indipendentemente dal carattere indisponibile dei rimedi normativamente previsti (98). Tale tesi finisce per considerare tendenzialmente imperative tutte le norme di protezione (99), introducendo arbitrariamente in alcuni settori dell'ordinamento un criterio interpretativo inverso rispetto a quello del diritto privato generale. Ma ancora una volta il distacco dal diritto primo trova un ostacolo insuperabile in una esigenza di razionalità e coerenza dell'ordinamento giuridico. È chiaro, infatti, che solo la lesione di un interesse che la legge sottrae al potere di disposizione del suo titolare può giustificare la nullità del contratto, mentre non vi sarebbe ragione di negare al soggetto stesso la facoltà di disporre validamente di un interesse che sia privo di qualsiasi connotazione normativa di indisponibilità.

Da questa prospettiva, non si può ad esempio dubitare del carattere generalmente imperativo delle norme che regolano rapporti connotati da forti disparità di potere contrattuale, ma questa è una conclusione alla quale si deve giungere in base ad un esame del diritto positivo, non già un postulato.

Pertanto, là dove la nullità non sia espressamente prevista, l'imperatività della norma non potrà che ricavarsi dalla previsione di sanzioni e rimedi applicabili a prescindere da una contraria volontà del soggetto tutelato, che realizzano una tutela indisponibile dell'interesse leso.

In tal senso un esempio emblematico di norma imperativa è offerto dall'art. 3 l. n. 287/90 che ha per oggetto la « *tutela della concorrenza e del mercato* ». La norma, dopo aver previsto in via generale il divieto d'abuso di posizione dominante all'interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante, specifica alcuni comportamenti vietati, tra i quali la conclusione di contratti che impongano prezzi o altre condizioni ingiustificatamente gravose (lett. *a*), che costituiscano, a danno dei consumatori, limiti alla produzione, all'accesso al mercato o allo svi-

---

(98) Così ad esempio DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 25 s., il quale con specifico riferimento alle norme di diritto del lavoro teorizza una vera e propria identificazione degli interessi del lavoratore subordinato con quelli generali della comunità statale (p. 28).

(99) Cfr. ancora DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 49.



luppo tecnologico (lett. *b*); che stabiliscano condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, tali da consentire all'impresa dominante ingiustificati vantaggi nella concorrenza (lett. *c*); ovvero siano subordinati all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi (lett. *d*).

L'osservanza del divieto è poi garantita dall'intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha il potere di accertarne e sanzionarne le infrazioni a prescindere dall'iniziativa in tal senso assunta da soggetti eventualmente interessati, al fine di realizzare un'effettiva tutela del mercato e della concorrenza, sottraendola alla disponibilità delle parti private.

L'esempio proposto chiarisce come il carattere imperativo della norma debba desumersi anche dalla previsione di un sistema di controlli e sanzioni idonei a giustificare sul piano razionale la nullità del contratto che ne viola il disposto, pur in difetto di una previsione testuale in tal senso. Nel caso di specie peraltro il fondamento della norma non si esaurisce nella tutela della vittima dell'abuso, in quanto questa costituisce a sua volta il mezzo per garantire il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali. La fattispecie legale di abuso si caratterizza, infatti, non solo per la qualificazione soggettiva dei contraenti, entrambi imprenditori, ma altresì per la posizione dominante assunta da uno di essi nel mercato di riferimento e consente quindi di affermare che oggetto di tutela è il regolare esercizio della concorrenza e il buon funzionamento del mercato (100). Gli accordi che integrano l'abuso sono, infatti, vietati solo in quanto siano posti in essere da imprese in grado di influenzare l'andamento del mercato e siano perciò produttivi di effetti distorsivi della concorrenza ritenuti inammissibili dalla legge (101).

---

(100) Cfr. al riguardo PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 44 s., il quale pur ravvisando già nell'intitolazione della legge l'espressione del « disegno di una generale tutela del mercato » rileva come la disciplina ivi prevista realizza « una protezione immediata dell'interesse singolare del contraente che subisca l'abuso dell'altrui posizione dominante: interesse, rispetto al quale, la tutela della funzionalità del mercato assume rilievo soltanto mediato ».

(101) In tal senso ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., 2345 s., il quale ritiene estranei alla normativa in esame i contratti tra imprese che siano privi di effetti sugli equilibri del mercato. Analogamente M. MELI, *L'abuso di posizione dominante attraverso comportamenti aventi carattere negoziale*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 321 s., evidenzia la non completa riconducibilità della valutazione di illiceità al contenuto dell'accordo

La mera situazione di squilibrio nei rapporti tra i contraenti non è invece sufficiente a integrare la fattispecie vietata né è di per sé in grado di giustificare una disciplina funzionale a realizzare un interesse generale, che solo nella sua concreta attuazione coincide con quello di una parte, ma che da esso resta concettualmente distinto (102). La limitazione che la legge in questo modo pone all'autonomia negoziale mira pertanto a impedire che questa si svolga in contrasto con l'utilità collettiva.

La possibile coesistenza d'interessi pubblici e privati, ampiamente riconosciuta dalla dottrina anche con riferimento alle norme che prevedono la nullità del contratto (103), non esclude tuttavia che analoghe restrizioni al potere di disposizione delle parti possano essere stabilite anche da norme che sono volte a garantire valori della singola persona e che non di meno devono ritenersi imperative, pur in mancanza di un'espressa previsione di nullità, ove l'interesse da queste protetto, proprio in considerazione della disciplina al riguardo dettata dalla legge, assuma carattere indisponibile.

Questo è ad esempio quanto avviene nell'appalto e interposizione nelle prestazioni lavorative, originariamente vietati in termini assoluti dall'art. 1 l. n. 1369/60 e oggi in gran parte ammessi dal d.lgs. n. 276/03, che tuttavia, secondo l'opinione largamente prevalente nella dottrina giuslavorista, presuppone la residua permanenza nel nostro ordinamento di un divieto al di fuori delle ipotesi consentite (104).

---

e la necessità di verificare in concreto la portata degli effetti da questo prodotti sulla concorrenza attraverso l'analisi del mercato.

(102) Ne costituisce riprova il fatto che la tutela del mercato rispetto ad altre fattispecie contrattuali, quali le intese restrittive della concorrenza, si realizza addirittura in contrapposizione all'interesse di entrambi i contraenti.

(103) Cfr. al riguardo P. BARCELONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 21, secondo il quale è possibile che « l'interesse della collettività esiga, per essere tutelato e realizzato, la realizzazione e la tutela dell'interesse del singolo ». Sulla possibile interferenza e concorrenza tra interesse pubblico e privato vedi S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 743 e in tempi più recenti M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 87 e DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 27.

(104) In tal senso cfr. da ultimo M. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali* a cura di M. Magnani e P. A. Varesi, Torino, 284. Sottolinea il carattere residuale e non generale del divieto nella nuova disciplina R. ROMELI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2006, 435-436.

Lo svolgimento di tale attività in mancanza dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla legge determina infatti l'applicazione di specifiche sanzioni penali dirette a garantire l'osservanza della proibizione a tutela dei soggetti che eseguono concretamente le prestazioni lavorative appaltate, i quali, pur essendo terzi rispetto al contratto concluso tra interposto e interponente, vengono in considerazione non in termini generici, come meri componenti della collettività sulla quale si ripercuotono le esternalità negative dell'accordo, ma come singoli personalmente danneggiati dal mancato riconoscimento delle garanzie previste dalla legge a loro favore. La norma in questione assume pertanto carattere imperativo non in ragione di un interesse generale che essa persegua, ma proprio per le modalità con le quali l'ordinamento attua la tutela del lavoratore, sottraendola al suo potere di disposizione, di tal che la violazione del divieto, oltre a determinare le sanzioni civili e penali specificamente previste, rende altresì nullo il contratto concluso tra interposto e interponente secondo la regola generale dell'art. 1418 c.c. (105).

La nullità rappresenta del resto un ulteriore disincentivo alla stipula di contratti che restano privi di ogni tutela giuridica tanto nel caso di mancato o inesatto adempimento (106) quanto nell'ipotesi in cui l'attuazione spontanea del rapporto determini l'applicazione dei rimedi relativi all'indebito e all'ingiustificato arricchimento (107).

In altri casi, invece, l'imperatività della norma può ricavarsi anche dal contenuto stesso della proibizione, a prescindere dalla previsione di specifiche sanzioni, allorché questa sia volta proprio a limitare l'autonomia dei contraenti, impedendo loro di realizzare un determinato effetto.

In questo senso è imperativa la disposizione con la quale l'art. 1

---

(105) Cfr. con riguardo alla disciplina previgente ANTONIO GUARNIERI, *L'interposizione ingiustificata nei rapporti di lavoro: la problematica civilistica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, 439, secondo il quale il contratto per la fornitura di mere prestazioni di lavoro stipulato in violazione dell'art. 1 l. n. 1369/60 è nullo per illiceità della causa o dell'oggetto. In senso analogo vedi anche Cass. s.u., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro it.*, 1992, 523.

(106) A tale riguardo G. BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 1546 rileva che da un lato l'interposto non è tenuto ad adempiere all'obbligo di fornire la manodopera promessa, dall'altro l'interponente non è tenuto al pagamento del corrispettivo pattuito.

(107) Così, nel vigore della vecchia norma ANTONIO GUARNIERI, *La posizione dell'interposto nell'appalto di manodopera*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, 107.

d.lgs. n. 368/01 esclude che le parti possano pattuire un termine al contratto di lavoro al di fuori dei casi previsti dalla norma stessa. In mancanza di adeguate ragioni tecniche, produttive o sostitutive, la temporaneità del vincolo non potrebbe, infatti, dirsi funzionale a soddisfare esigenze oggettive dell'impresa che possano giustificare il sacrificio del contrapposto interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto. È quindi evidente che l'interesse tutelato non è quello generale della collettività (108), bensì quello che fa capo al contraente debole (109), al quale la legge impedisce di disporre validamente dei propri interessi attraverso accordi che, pur essendo da lui voluti, secondo una valutazione legale, sarebbero pregiudizievole oltre il limite di ciò che è lecito, in quanto traggono origine da una disparità di potere contrattuale.

Né d'altra parte la mera esistenza di un interesse generale e superindividuale alla tutela del singolo contraente è sufficiente a connotare come imperativa una norma. La generica finalità pubblica che giustifica ogni intervento del legislatore, anche quando non si manifesta in norme imperative che rendono invalido il contratto, non va, infatti, confusa con l'interesse specificamente tutelato dalla singola norma che, ove riguardi uno dei contraenti, prevale sull'atto di autonomia solo quando sia dalla legge sottratto al suo potere di disposizione.

In questi casi non sarebbe peraltro corretto sostenere che l'interesse protetto si tramuta in « generale » nel momento in cui l'ordinamento lo considera meritevole di particolare protezione (110). In tal modo si finirebbe, infatti, per trasfigurare indebitamente in valori dell'intera collettività interessi di parte che il legislatore protegge rendendoli indisponibili.

Né d'altra parte la mera appartenenza del contraente tutelato a una categoria generale ed astratta può ritenersi sufficiente a sostanziare un

---

(108) Sembra invece ricondurre l'imperatività della norma alla natura pubblica dell'interesse tutelato M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenza della violazione dei limiti formali e sostanziali alla conclusione di un contratto a tempo indeterminato*. Il lavoro a termine in Italia e in Europa a cura di A. Garilli e M. Napoli, Torino, 2003, 77.

(109) Cfr. sul punto L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, 2002, V, 39.

(110) Diversamente DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 29, ritiene che la tutela del singolo lavoratore, « poiché assume una dimensione superindividuale, diviene inderogabile anche da parte del soggetto protetto ».

interesse pubblico, qualitativamente diverso dalla sommatoria di quelli individuali, dato che in queste ipotesi la legge non persegue alcun risultato utile per la società, autonomamente apprezzabile rispetto alla tutela di una parte.

La ricostruzione dell'imperatività in termini d'indisponibilità di un interesse, che fa capo al singolo contraente e non già all'intera collettività, assume peraltro una concreta rilevanza applicativa in quelle ipotesi nelle quali l'adozione di un regolamento contrattuale in contrasto con quello imposto dalla legge, sia diretto a soddisfare un altro interesse, prevalente su quello tutelato dalla norma.

Le singole disposizioni di legge non realizzano, infatti, una tutela globale della persona nella sua unità, ma selezionano specifici interessi che a essa fanno capo (111). Ma proprio il fondamento etico, che accomuna le scelte di politica del diritto compiute dalle singole norme nella finalità di promuovere il pieno sviluppo della persona umana nelle sue diverse manifestazioni, esige che il conflitto tra interessi del medesimo soggetto trovi una composizione equilibrata e razionale nella soluzione del caso concreto.

Da questa prospettiva, il bilanciamento tra gli interessi contrapposti del soggetto tutelato può risultare decisivo al fine di escludere che l'asimmetria di potere contrattuale, che pur giustifica astrattamente il limite posto all'autonomia privata, abbia realmente condizionato il contenuto concreto dell'accordo raggiunto dalle parti. In particolare tale valutazione diviene rilevante nelle ipotesi in cui l'abuso di potere contrattuale costituisce il presupposto implicito della nullità di protezione, a prescindere da un suo concreto accertamento giudiziale.

Anche in questo caso, infatti, l'approfittamento della situazione d'inferiorità del contraente debole, pur non assumendo rilevanza in modo diretto ed espresso come elemento della fattispecie legale, proprio in quanto connota la *ratio* di protezione della norma vale anche a definirne l'ambito di applicazione rispetto al caso concreto.

In questa logica deve, infatti, negarsi la nullità del contratto e delle clausole che, astrattamente in contrasto con la norma imperativa, presentano connotazioni specifiche da questa non previste, tali da renderne inaccettabile l'applicazione secondo una valutazione di ragionevolezza fondata sui medesimi punti di vista della legge. In tal senso

---

(111) IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 102 nota 121.

può essere opportunamente richiamata la giurisprudenza che ritiene valido il patto, con il quale il prestatore di lavoro accetta di essere adibito a mansioni inferiori per evitare un licenziamento legittimo (112), e che autorevolissima dottrina ha ricostruito e reso celebre in termini di riduzione teleologica della regola dettata dall'art. 2103, ult. co., c.c. (113).

Questa conclusione trova peraltro un significativo riscontro sistematico nell'art. 4, co. 11, l. n. 223/91, che per favorire il « riassorbimento totale o parziale » dei lavoratori posti in mobilità, proprio nella logica del bilanciamento degli interessi che fanno loro capo, ammette che essi, in alternativa al licenziamento, possano essere assegnati a mansioni inferiori a quelle precedentemente svolte, sulla base di accordi nei quali la partecipazione delle associazioni sindacali è garanzia di scelte non condizionate dalle disparità di forza contrattuale che invece sussistono tra le parti individuali.

Il carattere non assoluto del divieto di demansionamento è del resto ancora più evidente in quelle ipotesi in cui la salvaguardia di interessi del lavoratore, prevalenti sulla conservazione della posizione professionale, prescinde da un accordo tra le parti e forma addirittura oggetto di specifici obblighi di protezione che la legge pone a carico del datore di lavoro.

In questo senso l'art. 3 l. n. 1204/71 stabilisce che durante la gravidanza e fino a sette mesi di età del figlio, le lavoratrici debbano essere adibite a mansioni diverse ed eventualmente inferiori rispetto a quelle abituali, allorché queste siano pregiudizievoli alla loro salute. Parimente i lavoratori, divenuti invalidi per effetto d'infortunio o malattia sopravvenuta nel corso del rapporto di lavoro, non possono essere licenziati nel caso in cui possano (e quindi debbano) essere adibiti a mansioni diverse anche se inferiori.

Il divieto di mutamento *in peius* delle mansioni tutela quindi la professionalità, che in esse si esprime, non in termini astratti e assoluti, ma in ragione della situazione soggettiva in cui concretamente si trova

---

(112) Un'ipotesi abbastanza frequente è quella della sopravvenuta inidoneità del lavoratore a svolgere le mansioni assegnateli (Cass., 7 settembre 1993 n. 9386, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 639, con nota di A. RICCARDI, *Ristrutturazione aziendale e modifica in peius delle mansioni*), ma la nullità è stata esclusa anche rispetto a patti modificativi *in peius* conclusi per soddisfare un interesse del lavoratore diverso da quello alla conservazione dell'impiego e connesso, ad esempio, al trasferimento ad altro luogo di lavoro (Cass., 2 maggio 1993, n. 5693, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 101 s.).

(113) MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 93 nota 4.

il prestatore di lavoro e delle possibilità che concretamente può offrirgli la struttura aziendale nella quale è inserito.

In quest'ottica si può ammettere la validità di eventuali patti in deroga, allorché questi non trovino origine in una disparità di forza tra le parti, ma siano effettivamente diretti a soddisfare un interesse apprezzabile del lavoratore, prevalente su quello tutelato dalla norma (114).

Analogamente, anche in altri casi diversi da quello appena esaminato, è possibile escludere la nullità dell'accordo che sia il risultato non dell'asimmetria di potere contrattuale, ma di una scelta del lavoratore, condizionata da fattori esterni che non hanno alcuna attinenza con la *ratio* di « protezione » della norma.

Nella logica del paternalismo contrattuale, infatti, il limite posto all'autonomia contrattuale è giustificato « solo quando tende a superare una disuguaglianza derivante dall'incapacità di una parte di fronteggiare razionalmente, con relativa probabilità di successo, le esigenze e i problemi con cui viene a confrontarsi nel rapporto con l'altra » (115). Diversamente, infatti, non vi sarebbe ragione per impedire al soggetto protetto di disporre validamente dei propri interessi.

A tale conclusione si dovrebbe invece pervenire sempre e comunque in una logica differente che ravvisi il fondamento delle norme imperative di protezione in un interesse superindividuale della collettività, di cui le parti non potrebbero in alcun caso disporre, in quanto è estraneo alla loro sfera di competenza a prescindere dalle circostanze soggettive che, secondo la valutazione astratta della legge, possono menomare l'autonomia di una di esse, favorendo l'approffittamento dell'altra. Nell'ottica dell'interesse generale perderebbe, infatti, rilevanza ogni considerazione relativa alla situazione particolare del c.d. contraente debole, che possa far ritenere inadeguata l'applicazione della norma nei casi in cui l'esigenza di protezione da questa astrattamente prefigurata non abbia ragion d'essere nella vicenda concreta.

Viceversa, proprio il riconoscimento di un fondamento unitario di tutte le norme imperative nel carattere indisponibile dell'interesse tutelato, anche quando non fa capo all'intera collettività ma a categorie

---

(114) Considerazioni analoghe in L. CASTELVETRI, *Libertà contrattuale e subordinazione*, Milano, 2001, 172 s.

(115) Così L. MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, ne *Il contratto di lavoro*, cit., 116.



di individui, consente di coniugare le esigenze di certezza e coerenza del sistema funzionali all'efficiente funzionamento del mercato con le ragioni che fanno capo al singolo contraente come persona.

In quest'ottica la corretta ricostruzione della natura, pubblica o privata, dell'interesse protetto non vale come criterio per individuare il carattere imperativo della norma, ma per determinarne l'ambito di operatività, escludendo che possa applicarsi al contratto concretamente stipulato, in quelle situazioni in cui risulterebbe incompatibile con la stessa finalità di protezione a essa sottesa. Per altro verso, la nullità, anche quando discende dalla violazione di tali norme, conserva comunque un suo specifico ruolo in quanto mira a proteggere un contraente da possibili abusi contrattuali in situazioni strutturalmente connotate da disuguaglianza sostanziale, non già, come invece avviene per l'annullabilità, rispetto a fatti contingenti e occasionali che possono condizionarne indebitamente la libertà di compiere le proprie scelte negoziali.

Da questo punto di vista continua a trovare giustificazione un regime differenziato, che consente alla parte tutelata di decidere la sorte del contratto annullabile, anche mediante una convalida che ne consolidi definitivamente gli effetti, qualora li ritenga ancora conformi al proprio interesse una volta recuperata la piena capacità di autodeterminarsi.

Diversamente, attraverso la nullità di protezione l'ordinamento non soltanto nega fin dall'inizio valore vincolante al regolamento negoziale, ma prevede altresì una disciplina del contratto nullo, che è a sua volta sottratta al potere di disposizione dello stesso soggetto protetto, in ragione di una situazione di debolezza contrattuale che caratterizza in modo costitutivo e non transitorio quel determinato rapporto.

#### 6. *La nullità parziale e la correzione dell'accordo iniquo.*

In questa logica, che tiene conto della perdurante disparità di potere contrattuale, si spiega anche la crescente previsione di nullità che non investono l'intero contratto, ma che incidono quasi chirurgicamente su una parte di esso. È evidente, infatti, che la nullità totale e la conseguente mancata produzione degli effetti negoziali non realizzerebbe alcun riequilibrio del rapporto, ma rimetterebbe semplice-



mente le parti nella medesima posizione nella quale esse si trovavano prima di concludere il contratto (116).

Ne deriva che, quand'anche si riconosca al contraente debole la legittimazione esclusiva a far valere la nullità, questi si troverebbe nell'alternativa tra sottostare a un accordo ingiustamente svantaggioso o rinunciare alla soddisfazione dell'interesse che lo aveva indotto a contrarre (117). In ogni caso resterebbe però immutato il presupposto della sostanziale disuguaglianza tra i contraenti, data proprio da quel diverso bisogno dello scambio, che ha consentito a una parte di avvantaggiarsi indebitamente ai danni dell'altra.

Da questa prospettiva non avrebbe invece senso la previsione di regole ispirate a finalità analoghe di riequilibrio e protezione, che limitino necessariamente l'estensione dell'annullamento a una parte del contratto, ancorché di rilevanza essenziale nella formazione della volontà complessiva dei contraenti. Il parziale invalidamento del regolamento negoziale determinerebbe, infatti, un'alterazione dell'assetto originario degli interessi, che non potrebbe però giustificarsi in base alla necessità di conservare gli altri effetti contrattuali per riequilibrare il rapporto a favore del contraente protetto.

Questi, infatti, una volta ottenuto l'annullamento (integrale), potrà comunque soddisfare il suo bisogno attraverso la conclusione di un nuovo contratto, che non presenti più i vizi che inficiavano il precedente, anche senza l'intervento della legge, che invece è necessario, in situazioni di disparità strutturale e non contingente tra i contraenti, per correggere gli abusi di potere contrattuale sanzionati dalla nullità di protezione.

Resta, peraltro, impregiudicata la diversa questione se si possa configurare un annullamento soltanto parziale non già per soddisfare eventuali esigenze di riequilibrio del rapporto contrattuale, ma, analogamente a quanto previsto dagli artt. 1419, co. 1, 1420 e 1446 c.c., in ragione delle caratteristiche dello specifico vizio, ove questo incida su un elemento del contratto, che secondo le circostanze concrete debba considerarsi non essenziale. Tale possibilità è, infatti, ammessa dalla giurisprudenza (118) e da una parte della dottrina (119), le quali sono

---

(116) In questo senso ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 1184 s.

(117) Decisivi al riguardo i rilievi di PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 202 s.

(118) Cass., 4 settembre 1980, n. 5100, in *Giur. agr. it.*, 1981, 479 s. e Cass., 16 dicembre 1982, n. 6935, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1530 s.

(119) G. CRISCUOLI, *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio*

però concordi nel ritenere che « il giudice può utilizzare il detto istituto soltanto allorché occorra amputare una parte del contratto senza la quale i contraenti avrebbero egualmente raggiunto l'accordo » (120). L'annullamento parziale costituisce quindi in queste ipotesi mera espressione del principio di conservazione, inteso nella sua valenza tradizionale, secondo una logica neutrale che non differenzia le parti, ma che anzi, mediante il riferimento alla loro ipotetica volontà, impedisce alterazioni essenziali dell'assetto che esse hanno originariamente dato ai propri interessi.

Viceversa, finalità protettive del contraente debole giustificano una disciplina speciale che, in deroga all'art. 1419 c.c., esclude l'estensione della nullità all'intero contratto, a prescindere da una volontà ipotetica dei contraenti in tal senso e dalla sostituzione automatica delle clausole nulle con norme imperative di legge. In questi casi la sopravvivenza del contratto depurato della parte colpita dalla nullità non costituisce manifestazione di un principio generale di conservazione nell'interesse generale della collettività, ma assolve una precisa funzione di riequilibrio a favore del singolo contraente svantaggiato.

Appare quindi chiaro che, con riguardo alla nullità di protezione, l'inderogabilità viene ad assumere un significato diverso come strumento di politica del diritto. Il limite posto all'autonomia privata, infatti, non può più dirsi funzionale alla conservazione dell'ordine giuridico preesistente, secondo una logica di giustizia puramente commutativa, ma assume un compito nuovo di correzione del regolamento convenzionalmente pattuito nella parte in cui esso riflette una disparità strutturale di potere contrattuale (121).

In questi casi, infatti, l'intervento congiunto della legge e del giudice, non è funzionale a verificare in termini neutrali l'equivalenza oggettiva dei valori scambiati, come requisito essenziale per la valida manifestazione della volontà (122), ma introduce un limite oltre il quale

---

*giuridico in rapporto ai vizi della volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 364 s. In senso contrario si è espresso tuttavia A. DALMARTELLO, *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 16 s., che ritiene l'annullamento parziale incompatibile con le condizioni di rilevanza dei vizi della volontà.

(120) Cass., 16 dicembre 1982, n. 6935, cit.

(121) In tal senso l'opinione di SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 469 s.

(122) Così, invece, PONTIROLI, *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts*, cit., 601 s., che richiama il pensiero di J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991, 94 s.

lo scambio deve ritenersi iniquo non in senso assoluto, bensì relativamente a un preciso obiettivo di politica del diritto, che si realizza correggendo il risultato di un esercizio improprio dell'autonomia negoziale. Questa viene così conformata a un criterio di equità, che si pone come « via di mezzo tra giustizia commutativa e giustizia distributiva, commutativa nella forma, distributiva nella sostanza » (123).

Proprio in questa logica, che attribuisce rilevanza allo scopo di protezione della norma, si può giungere al medesimo risultato in via interpretativa pur in mancanza di una espressa previsione legislativa che circoscriva la nullità alla singola pattuizione che ne è affetta e a prescindere dall'esistenza di norme imperative sostitutive o da una ipotetica volontà in tal senso dei contraenti.

La presenza di una pluralità di regole che espressamente dispongono la conservazione del contratto parzialmente nullo a tutela del contraente debole induce una parte della dottrina a escludere il carattere eccezionale di tali norme e a estenderne analogicamente l'applicazione ad altre fattispecie nelle quali la garanzia di una parità sostanziale tra i contraenti esige comunque che la nullità sia necessariamente limitata alla parte di regolamento negoziale che ne è colpita (124).

Se il risultato così ottenuto è senz'altro auspicabile, non si possono però nascondere le difficoltà legate all'individuazione della specifica disposizione da applicare analogicamente.

Nelle diverse ipotesi previste dalla legge, infatti, la disciplina speciale della nullità di protezione, al di là del generico obiettivo di riequilibrare rapporti caratterizzati da sostanziale disparità di potere contrattuale, risponde a finalità diverse caso per caso, che impediscono l'accertamento di quella identità di *ratio* sulla quale si fonda l'analogia (125). Basti ad esempio pensare alle differenti connotazioni che lo

---

Ma vedi RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 99 s., il quale sottolinea l'utopia insita nella pretesa di individuare un criterio oggettivo, valido in assoluto, per misurare il valore dei beni.

(123) In tal senso CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, cit., 47 s. preferisce parlare di giustizia « correttiva ». Per considerazioni analoghe vedi inoltre F. SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, Perugia, 2007, 85 s.

(124) Questa è, invece, la soluzione proposta da PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 233.

(125) Cfr. sul punto quanto già avevamo rilevato, con riferimento rispettivamente ai problemi della nullità parziale e della nullità relativa, in ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., 1999, 1191 e in Id., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 89. In senso analogo

scopo di protezione assume a seconda che la nullità parziale disposta dalla legge riguardi contratti conclusi da soggetti appartenenti a tipologie differenti di « contraente debole ». In questo senso, l'estraneità del contratto rispetto all'attività professionale di una delle parti, che caratterizza la protezione del consumatore, si contrappone radicalmente alle ragioni che invece giustificano la tutela del lavoratore subordinato o dell'impresa economicamente dipendente e che hanno riguardo a situazioni di disuguaglianza apprezzabili esclusivamente nell'ambito di rapporti intrinsecamente connotati dalla professionalità.

Ai fini dell'estensione analogica di tali norme non è quindi sufficiente la generica somiglianza tra la fattispecie regolata e quella da regolare, ma è necessario che in entrambe sussistano gli stessi elementi specifici che spiegano sul piano razionale quella determinata disciplina (126).

Diversamente, la tutela del contraente debole rischierebbe di distruggere il sistema del diritto privato, introducendo arbitrariamente deroghe alla disciplina generale, che, ove prescindano da ogni valutazione di compatibilità con la specificità del caso concreto, sarebbero prive di giustificazione razionale.

Da questa prospettiva la finalità di protezione che giustifica la nullità di singole clausole non costituisce tanto il presupposto per applicare analogicamente un'altra norma che disponga il mantenimento del contratto parzialmente nullo, quanto piuttosto manifesta un'esigenza di coerenza e razionalità del sistema che porta a ritenere inaccettabile un'estensione della nullità che pregiudichi proprio l'interesse che attraverso di essa si dovrebbe tutelare.

In mancanza di una disposizione espressa in tal senso, spetterà

---

vedi ora le osservazioni di C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti « reticolari »*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 568.

(126) Cfr. al riguardo per tutti N. BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, 603 e R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993, 433, secondo il quale la somiglianza tra la fattispecie da regolare e quella disciplinata non può essere asserita apoditticamente, essendo al riguardo necessario dimostrare che il tratto ad esse comune costituisce altresì la « ragione sufficiente » per cui alla fattispecie disciplinata è stata attribuita quella e non altra conseguenza giuridica. Precisa, inoltre, A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2007, 428 che il giudizio di somiglianza va condotto « ponendo a confronto, da un lato, il conflitto di interessi tipizzato nella norma della cui estensibilità si discute ... e, dall'altro, la complessiva dialettica degli interessi in gioco nel caso non regolato ».

allora all'interprete individuare le ipotesi nelle quali, secondo una valutazione degli interessi protetti dalla norma che dispone la nullità, quest'ultima resta circoscritta alle singole pattuizioni che ne sono colpite, senza travolgere l'intero contratto (127). A differenza di quanto avviene per l'analogia, la lacuna legislativa, che egli è chiamato a colmare, si configura in termini necessariamente assiologici (128) come mancata previsione di una deroga alla regola generale con riguardo a casi che, se il legislatore li avesse previsti, avrebbe regolati diversamente, in conformità con le medesime scelte di tutela compiute nella norma speciale.

L'interprete completa così la protezione del contraente debole attraverso soluzioni che sono coerenti con le stesse scelte compiute dal legislatore, quali emergono dalla *ratio* specifica della norma che stabilisce la nullità (129), a prescindere da quanto previsto in altre norme relative a fattispecie diverse. La deroga al diritto privato generale non dipende quindi dalla generalizzazione di regole dettate per altre e diverse ipotesi speciali, ma da un'inadeguatezza dello stesso a disciplinare determinate situazioni in modo coerente con le finalità del c.d. diritto secondo. Anche per questi profili di disciplina, quindi, norme generali e norme speciali concorrono a definire il sistema nel suo

---

(127) Cfr. sul punto già G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 489. A un risultato analogo giunge peraltro anche la giurisprudenza, la quale, muovendo dal presupposto che l'effetto estensivo della nullità può essere dichiarato dal giudice soltanto in presenza di una richiesta in tal senso formulata dalle parti, ha ritenuto inammissibile l'eccezione proposta dal contraente che dalla nullità parziale sarebbe stato invece avvantaggiato: Cass., 3 febbraio 1995, n. 1306, in *Giur. it.*, I, 1, 252 s.

(128) Tali sono le lacune di valore (*Wertlücken*) che C. W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1964, 132 s. contrappone alle lacune di prescrizione (*Anordnungslücken*), le quali diversamente dalle prime presuppongono la mancanza assoluta di una previsione normativa direttamente applicabile al caso considerato.

(129) Il riferimento alla *ratio legis* non è pertanto funzionale a stabilire se la nullità sia o no lo strumento più idoneo per realizzare le finalità della norma violata, ma, sul presupposto che una valutazione in questo senso sia stata già compiuta dal legislatore, attraverso la proibizione imperativa di un determinato regolamento negoziale, consente di esercitare un controllo sistematico sulla coerenza delle soluzioni normative e di conformare la disciplina della nullità allo scopo di protezione che essa persegue. Diversamente da quanto opina D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, cit., 24-25 nota 24, si configura un procedimento ermeneutico fondato esclusivamente su criteri di compatibilità logica delle scelte legislative, che non lascia spazio a considerazioni di opportunità diverse da quelle fatte proprie dal diritto positivo.

complesso, garantendone l'unità e la coerenza; le prime colmando le lacune del diritto secondo in quanto siano compatibili con gli interessi da questo tutelati, le seconde adeguando le categorie dogmatiche all'evoluzione dell'ordinamento.

In questo senso si può allora dire che la tutela del contraente debole, a prescindere dalle connotazioni specifiche che essa assume nelle diverse fattispecie e che impediscono di configurarla come categoria normativa unitaria, costituisce comunque un obiettivo che deve guidare l'interprete nella ricerca della disciplina applicabile. A tal fine, però, il ricorso all'analogia implica un'attività dell'interprete che risulta sovrabbondante rispetto allo scopo della conservazione del contratto parzialmente nullo, in quanto il medesimo risultato può realizzarsi, prescindendo dall'individuazione di una specifica disposizione da applicare analogicamente, attraverso un'operazione ermeneutica di « riduzione teleologica » dell'art. 1419, co. 1, c.c., che ne escluda l'applicazione nelle ipotesi in cui l'estensione della nullità all'intero contratto sarebbe in contrasto con la stessa *ratio* della norma che la dispone.

L'estensione della nullità, del resto, secondo la stessa previsione dell'art. 1419, co. 1, c.c., non configura una regola assoluta, che non conosca deroghe, ma è a sua volta un'eccezione al principio di conservazione, di tal che, in difetto di elementi sufficienti per apprezzare l'intento in ipotesi contrario al mantenimento del contratto, l'invalidità resta circoscritta a quella parte dell'accordo che ne è colpita.

In tal senso si è peraltro espressa anche la giurisprudenza dominante, la quale accolla alla parte che ha interesse a far valere la nullità dell'intero contratto l'onere di provare e di argomentare l'ipotetica volontà contraria al suo mantenimento (130).

Questa conclusione trae inoltre argomento dal confronto comparatistico con il § 139 BGB, che prevede in via di principio la regola opposta dell'estensione dell'invalidità all'intero contratto, considerando invece eccezionale la limitazione della nullità alle sole clausole che ne sono interessate (131). Di fronte a una regola contraria alla conservazione del contratto parzialmente nullo, appare infatti significativo che nell'esperienza tedesca si sia affermata un'autorevole opi-

---

(130) Cass., 1 marzo 1995, n. 2340 e Cass., 13 novembre 1997, n. 11248, entrambe in *Foro it* on line.

(131) La norma riflette così il convincimento diffuso al tempo della sua redazione dell'indivisibilità della volontà negoziale (cfr. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, 570).

nione secondo la quale il carattere parziale della nullità può desumersi anche dalla ratio della norma che dispone la nullità per mezzo di una *teleologische Reduktion* del § 139 BGB (132).

Analogamente nel nostro ordinamento risulta incompatibile con le finalità di protezione della nullità parziale la sua estensione all'intero contratto, pur quando risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso se ne avessero conosciuto l'invalidità. Non trova pertanto applicazione la regola con la quale l'art. 1419, co. 1, c.c. esclude che le parti si trovino vincolate a un regolamento negoziale che, privato delle clausole nulle, finirebbe per realizzare un assetto d'interessi significativamente alterato rispetto a quello inizialmente pattuito. Tale disciplina è, infatti, diretta a garantire l'equilibrio spontaneamente raggiunto nel contratto sul presupposto che questo sia da preservare come risultato dell'esercizio paritario dell'autonomia d'entrambi i contraenti. Essa perderebbe invece significato nelle ipotesi, nelle quali la nullità è finalizzata proprio a correggere gli squilibri determinati dall'abuso del potere contrattuale di un contraente a tutela di un interesse particolare, che rimarrebbe frustrato se l'invalidità investisse l'intero contratto, tanto più che questa evenienza dovrebbe ragionevolmente verificarsi proprio in quelle ipotesi in cui, essendo nulla la parte del regolamento negoziale che realizza lo squilibrio, è logico pensare che il contraente avvantaggiato non si sarebbe vincolato contrattualmente senza di essa.

Questa conclusione non potrebbe tuttavia ritenersi conforme alla *ratio* dell'art. 1419, co. 1, c.c., che è bensì quella di bilanciare la conservazione del contratto con il rispetto della volontà dei contraenti, ma soltanto in situazioni in cui questa possa effettivamente dirsi manifestazione della libera scelta di entrambi.

Proprio la finalità protettiva del divieto evidenzia un esercizio non corretto di potere contrattuale, in ragione del quale si giustifica il carattere soltanto parziale della nullità e la conseguente integrazione del regolamento negoziale con la corrispondente disciplina legale (133).

In questi casi, del resto, difetta il presupposto stesso della nullità

---

(132) Vedi al riguardo K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts*, München, 1980, 424-425.

(133) Cfr. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 1193 ove è criticata l'opinione contraria di D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, ne *La subfornitura* a cura di G. De Nova, Milano, 1988, 83-84, il quale fonda l'estensione della nullità sulla mancata previsione di una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 1469-*quinquies*, co. 1, c.c. (oggi art. 36 cod. cons.).



totale, dato dalla necessità di garantire comunque una residua rilevanza all'autonomia dei contraenti, impedendo che essi si trovino vincolati a un regolamento, che sarebbe diverso non soltanto rispetto a quello che hanno concretamente convenuto, ma anche rispetto a quello che avrebbero ipoteticamente adottato in alternativa a esso, se ne avessero conosciuto l'invalidità.

In quest'ottica la valutazione del carattere non eccezionale delle diverse disposizioni, che a tutela di uno dei contraenti limitano l'estensione della nullità alla singola clausola che ne è interessata, non costituisce tanto il presupposto per l'applicazione analogica di una specifica norma ritenuta la più idonea a fondare la conservazione del contratto, ma è piuttosto espressione di un principio generale immanente nell'ordinamento secondo il quale, ogni qual volta la soddisfazione degli interessi tutelati lo esiga, si deve escludere l'estensione della invalidità all'intero contratto, a prescindere da ogni considerazione in merito alla ipotetica intenzione dei contraenti.

Il connotato dell'eccezionalità del resto non può essere riferito alla singola norma isolatamente considerata, ma dipende sempre dalla relazione esistente tra questa e un'altra regola (134), onde la previsione della nullità (necessariamente parziale), sebbene configuri una eccezione rispetto alla disciplina dettata dall'art. 1419, co. 1, c.c., nella parte in cui consente la conservazione del contratto, pur quando questa si traduca in una significativa alterazione dell'assetto che i contraenti hanno volontariamente dato ai loro interessi, potrebbe non essere più tale ove costituisca manifestazione di un diverso principio, che l'ordinamento stesso reputa assiologicamente prevalente in situazioni connotate da rilevante disparità di potere contrattuale e che invece postula la correzione del regolamento inizialmente convenuto, in funzione di riequilibrio di un rapporto, che non potrebbe comunque dirsi manifestazione di effettiva libertà di entrambe le parti.

Allo stesso modo, pur quando il limite posto all'autonomia privata a tutela di una parte dipende non già dal carattere abusivo che il suo concreto esercizio eventualmente assume secondo la valutazione effettuata *ex post* dal giudice, ma da una scelta astrattamente compiuta dalla legge, che si traduce nel divieto o nell'imposizione di un assetto

---

(134) M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, II, in *Jus*, 1942, 65. Per una applicazione di questo criterio vedi F. REALMONTE, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, ne *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, 636-637.



d'interessi determinato *ex ante*, l'estensione della nullità parziale all'intero contratto non potrà comunque realizzarsi ove risulti in contrasto con lo stesso interesse protetto.

Così ad esempio nel caso d'illegittima pattuizione del termine nel contratto di lavoro, il regime della conseguente nullità potrà essere conformato agli scopi di protezione che la legge persegue mediante un'operazione ermeneutica di riduzione teleologica dell'art. 1419, co. 1, c.c., che ne escluda l'applicazione in quanto incompatibile con la *ratio* della specifica norma violata (135). A tale risultato non si potrà, invece, giungere attraverso la sostituzione della pattuizione nulla con la norma imperativamente stabilita dalla legge ai sensi dell'art. 1419, co. 2, c.c. (136).

L'art. 1, d.lgs. 368/2001, infatti, nega semplicemente alle parti il potere di stabilirne preventivamente la scadenza al di fuori delle ipotesi previste dalla legge stessa, senza imporre la durata a tempo indeterminato del contratto. Tale regola è quindi la conseguenza e non la causa della nullità, la quale a sua volta deriva dal difetto dei presupposti oggettivi che legittimano la pattuizione del termine e non dalla contrarietà a un precetto legale positivamente formulato che si sostituisce alla clausola nulla. A tal fine sarebbe, infatti, necessaria una norma che imperativamente imponga una determinata disciplina del rapporto (137), mentre un mero divieto, se vale ad interdire determinati effetti, non potrebbe esprimere alcuna regola in grado di integrare il regolamento contrattuale, come dimostra, in perfetta aderenza all'argomento logico appena esposto, il testuale riferimento dell'art. 1339 c.c. alle clausole e ai prezzi « imposti » dalla legge.

Non v'è dubbio, però, che la nullità integrale del contratto, pur

---

(135) Potrebbe così estendersi a tutte le ipotesi di nullità di protezione la soluzione proposta con riguardo alla nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza: cfr. al riguardo ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., 1191. Si tratta peraltro di un risultato già acquisito nella dottrina tedesca, con riguardo alla corrispondente norma del § 139 BGB, da K. LARENZ, *Methodenlehre der Wissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York-Tokyo, 1983, 378-379.

(136) Ammette invece tale soluzione MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenza della violazione dei limiti formali e sostanziali alla conclusione di un contratto a tempo indeterminato*, cit., 80.

(137) In questo senso va corretta l'affermazione, altrimenti equivoca oltre che scontata, di F. BIANCHI D'URSO -G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 123, secondo i quali mancherebbe nel caso in esame una norma imperativa che preveda la « conversione » a tempo indeterminato del rapporto e che sia suscettibile di sostituire la clausola nulla.

quando si facciano salve le prestazioni già eseguite ai sensi dell'art. 2126 c.c., negherebbe comunque al lavoratore qualsiasi pretesa giuridicamente rilevante alla conservazione del posto di lavoro e finirebbe perciò per contraddire la stessa finalità di protezione della norma che, nell'interesse del dipendente alla prosecuzione del rapporto a tempo indeterminato, non consente l'apposizione del termine fuori dei casi in essa stabiliti.

Del resto, quand'anche si ritenga che soltanto il lavoratore sia legittimato a far valere la nullità, quest'ultimo, come la dottrina giuslavoristica ha rilevato, non avrebbe interesse ad agire per far dichiarare illegittima la previsione del termine, tutte le volte che la conservazione del contratto sia esclusa (o anche soltanto messa in dubbio) da una ipotetica volontà contraria delle parti, che renderebbe sostanzialmente privo di applicazione pratica l'art. 1 d.lgs. 368/2001 (138).

Questa interpretazione, oltre che incoerente, risulterebbe altresì contraria al diritto comunitario nella misura in cui l'abbassamento del livello di tutela offerto al lavoratore configurerebbe una violazione della clausola di non regresso (139). Ne deriva che la nullità, coerentemente con le finalità a essa sottese, non si può comunque estendere all'intero contratto in base alla regola del primo comma, ancorché risulti che parti non lo avrebbero concluso senza quella clausola (140). È, infatti, evidente che l'interesse protetto può dirsi pienamente soddisfatto solo ove la nullità sia limitata a quella parte del regolamento contrattuale che contrasti con il divieto legale. Non vi è del resto ragione di tutelare l'assetto che le parti hanno dato ai loro interessi, in quanto questo fin dal suo momento genetico risulta squilibrato per effetto di una significativa disparità di potere contrattuale.

Proprio in ragione di tale esigenza di protezione, la legge impedisce alle parti di determinare preventivamente il momento finale del rapporto, ma non esclude che queste possano porre limiti temporali alla facoltà di recesso dei contraenti. Pertanto, a differenza di quanto avverrebbe se la clausola nulla fosse automaticamente sostituita da una

---

(138) L. MENGHINI, *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato. Introduzione*, ne *La nuova disciplina del lavoro a termine* a cura dello stesso Menghini, Milano, 2002, 34.

(139) In questo senso l'argomento utilizzato da DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, cit., 40.

(140) Così A. VALLEBONA-C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, 35 s. e F. BIANCHI D'URSO-G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, cit., 123-124.

previsione legale di durata a tempo indeterminato, la pattuizione di un termine conserva sempre una qualche validità nei limiti in cui risulta compatibile con la norma violata e quindi, pur non determinando la cessazione del rapporto alla scadenza, vale comunque ad individuare un periodo minimo durante il quale il licenziamento, ai sensi dell'art. 2119 c.c., non può aver luogo se non per giusta causa (141).

---

(141) In tal modo si giungerebbe ad una soluzione corrispondente alla disciplina attualmente vigente nell'ordinamento tedesco, con riferimento alla quale vedi M. CORTI, *L'esperienza tedesca: la persistente centralità del lavoro a tempo determinato*, ne *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., 250.



CAPITOLO TERZO  
IL RIEQUILIBRIO  
DEL REGOLAMENTO D'INTERESSI  
TRA EFFICIENZA E GIUSTIZIA DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. L'intervento pubblico nei rapporti privati: dall'efficiente allocazione all'equa ripartizione delle risorse. — 2. L'abuso di dipendenza economica: le finalità e l'ambito di applicazione del divieto a confronto con la disciplina delle clausole vessatorie. — 3. Il controllo del giudice nella contrattazione tra imprese: le ragioni dell'economia e le scelte del diritto. — 4. L'iniziativa economica privata e le garanzie contro le disparità di potere contrattuale e le alterazioni della concorrenza. — 5. Il riequilibrio negoziale in conformità con la *ratio* di protezione della norma violata. — 6. La tutela del consumatore come obiettivo autonomo rispetto al funzionamento efficiente del mercato. I limiti dell'approccio economico al diritto delle obbligazioni. — 7. Le finalità del diritto antitrust: dal benessere collettivo dei consumatori alla libertà « nel » mercato. — 8. Interesse protetto e interpretazione « razionale » della norma. La dipendenza economica del creditore come presupposto implicito per l'applicazione della disciplina contro i ritardi nei pagamenti. — 9. La riduzione della penale manifestamente eccessiva: bilanciamento di interessi contrapposti e tutela del debitore rispetto al comportamento scorretto del creditore. Inammissibilità di un intervento *ex officio* da parte del giudice. — 10. Meritevolezza degli interessi privati e limiti dell'esercizio dell'autonomia contrattuale in un mercato di liberi scambi. Disponibilità *ex post* della tutela legale e riequilibrio del rapporto su istanza della parte interessata. — 11. Correzione giudiziale e nullità parziale dell'assetto negoziale: due diverse tecniche a confronto. — 12. Inderogabilità e indisponibilità *ex ante* della disciplina prevista dall'art. 1384 c.c.

1. *L'intervento pubblico nei rapporti privati: dall'efficiente allocazione all'equa ripartizione delle risorse.*

L'esame delle nullità speciali di protezione ha confermato, anche dal punto di vista dell'interpretazione della legge, l'inammissibilità di una lettura riduttiva delle norme che regolano i rapporti economici come funzionali esclusivamente a soddisfare l'interesse della collettività all'efficiente funzionamento del mercato.

Viceversa, la necessità che l'iniziativa privata non si svolga in

contrasto con valori della persona quali la sicurezza, la libertà e la dignità umana, legittima anche la previsione di norme imperative che tutelano l'interesse indisponibile di un singolo contraente.

In questi casi l'imperatività della disciplina legale si giustifica non in ragione dello scopo di pubblica utilità che essa persegue, ma in base a una precisa scelta del legislatore che nega valore vincolante a determinati accordi, in quanto pregiudizievoli per uno dei contraenti, ritenuto non in grado di esercitare un'effettiva autonomia contrattuale (1).

Da questa prospettiva, accanto alle tradizionali ipotesi di annullabilità e rescindibilità del contratto, assumono rilevanza, nell'ambito di specifiche fattispecie di nullità, alcune situazioni normativamente previste di disparità di potere contrattuale, che limitano la libertà di scelta di una delle parti, rendendo possibile l'imposizione abusiva di un contenuto negoziale squilibrato oltre il limite consentito. In quest'ottica l'intervento correttivo sull'atto di autonomia non si realizza in funzione di una maggiore efficienza allocativa, ma come strumento per impedire una distribuzione iniqua delle risorse economiche attraverso il divieto di accordi che siano espressione del potere unilaterale esercitato da una parte.

In alcuni casi la tutela del contraente debole si attua proprio sottraendo determinati rapporti alla logica del mercato, attraverso la proibizione o l'imposizione di un determinato regolamento d'interessi (2). Altre volte invece il riequilibrio del rapporto e la correzione del contratto non avviene in antitesi bensì in conformità con i parametri e i criteri di valutazione espressi dal mercato. Questo si verifica proprio nell'ipotesi in cui lo squilibrio contrattuale, pur essendo conseguenza dell'abuso del contraente più forte, prescinde da un suo « potere di mercato », e trova ragion d'essere in una situazione che riguarda solo una delle parti dello scambio, senza quindi impedire il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali in altri rapporti. In tal caso vi è una parte che subisce l'abuso perché non è in grado di accedere al mercato e quindi di godere dei benefici della concorrenza che invece

---

(1) Così ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali dell'invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, cit., 933 s.

(2) Ne costituiscono la disciplina eteronoma del rapporto di lavoro, la fissazione di un tasso soglia oltre il quale gli interessi sono comunque usurari e la previsione di clausole tipizzate dalla legge come vessatorie, che sono pertanto sempre e comunque nulle, quantunque oggetto di trattativa individuale.

caratterizza altri scambi. Conseguentemente il contenuto del contratto si presenta squilibrato non già perché riflette una restrizione della concorrenza, che impedisce il corretto funzionamento del mercato, ma perché si sottrae alle sue regole, collocandosi al di fuori di esso. In quest'ottica l'intervento pubblico mira a tutelare il contraente debole che subisce l'imposizione abusiva di condizioni ingiustificatamente gravose, riconducendo lo scambio alla logica del mercato, il quale non riesce a governare tutti rapporti in conseguenza di una situazione particolare che riguarda singoli soggetti.

L'abuso, infatti, non si manifesta in termini di dominio assoluto sul mercato, ma come approfittamento della debolezza economica di una parte, nei confronti della quale l'altra può vantare un potere negoziale che invece non ha rispetto ad altri potenziali contraenti, ai quali non è in grado di imporre le medesime condizioni di contratto (3). Si configura in altre parole una situazione che può essere in qualche modo assimilata a quella che dà luogo alla rescissione del contratto per stato di bisogno o di necessità. Diversamente da tali ipotesi, però, nelle fattispecie di abuso la disparità di forza contrattuale dipende da condizioni meramente economiche che riguardano esclusivamente i rapporti reciproci tra le parti.

Costituisce al riguardo un esempio emblematico la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, nella quale un'impresa di fatto è costretta a sottostare alle condizioni imposte dall'altra parte non in ragione di una posizione dominante che questa vanta nel mercato, ma per effetto di ostacoli economici che le impediscono in concreto di usufruire delle possibili alternative che pure la concorrenza astrattamente le offre, ma che in realtà si rivelano per essa inaccessibili o comunque meno vantaggiose rispetto a quelle offerte dalla controparte.

In tal caso si può infatti ritenere che un'impresa è economicamente dipendente in quanto, secondo uno dei criteri stabiliti dall'art. 9, co. 1, l. n. 192/1998, non ha la « reale » possibilità di reperire sul mercato alternative « soddisfacenti ».

Questo ad esempio accade nell'ipotesi classica nella quale un'impresa si sia resa economicamente dipendente dall'altra, effettuando

---

(3) Rilevano al riguardo R. CASO-R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 734 che, diversamente dal potere di mercato, la dipendenza economica si radica necessariamente in una relazione bilaterale.

investimenti specifici (c.d. *asset specificity*) non facilmente convertibili (4) per adeguare la propria attività agli standard richiesti dal contratto per l'esecuzione della prestazione (5). Ne deriva che, sulla base di un calcolo meramente economico, può risultare non conveniente rivolgersi ad altri potenziali controparti, che pure offrano condizioni più vantaggiose, ogni volta che questa scelta renda necessario affrontare costi di conversione (c.d. *switching costs*) (6) superiori ai vantaggi che ne conseguirebbero. Proprio la specificità degli investimenti rende, infatti, prigioniera (*locked in*) del contratto la parte che li ha effettuati, esponendola al rischio di comportamenti opportunistici di estorsione post-contrattuale (*hold up*) (7), mediante i quali la controparte si appropria delle utilità economiche ricavabili dagli investimenti stessi (8). Di tale situazione potrebbe approfittare l'altra parte per

---

(4) La specificità dell'investimento ha riguardo alla diversa misura in cui esso può essere convertito ad usi alternativi o può essere sfruttato da altri operatori senza diminuirne il valore produttivo. In tal senso vedi O. E. WILLIAMSON, *Comparative Economic organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in 36 *Administrative Science Quarterly*, 1991, 281 s. il quale ne evidenzia la rilevanza come fattore determinante nelle scelte dell'impresa.

(5) Si tratta in altre parole d'investimenti effettuati nel corso di un determinato rapporto commerciale, che avrebbero un valore inferiore a quello iniziale ove fossero successivamente destinati ad usi alternativi in altre relazioni contrattuali: in tal senso vedi P. L. JOSKOW, *Asset specificity and vertical integration*, in *Palgrave Dictionary of Law and Economics*, Oxford, 1998, I, 107-108.

(6) Questi sono in buona sostanza i costi aggiuntivi che un soggetto deve sostenere o i benefici ai quali egli deve rinunciare per impiegare in una diversa relazione contrattuale gli investimenti effettuati nel corso di un primo contratto. Per un'analisi dei diversi costi di commutazione vedi P. KLEMPERER, *Competition when consumers have switching costs: an overview with applications to industrial organization, macroeconomics and international trade*, in *Review of Economic Studies*, 1995, 515 s.

(7) In tal senso vedi B. KLEIN, R. G. CRAWFORD, A. A. ALCHIAN, *Vertical Integration, appropriable rents and the competitive contracting process*, in *Journal of Law and Economics*, XXI, 1978, 297 s. Il rischio di comportamenti opportunistici nell'ambito di relazioni commerciali di lunga durata (c.d. relating contracts) era stato peraltro rilevato già da WILLIAMSON, *Comparative Economic organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, cit., 281 s.

(8) Queste sono le c.d. *quasi rents*, secondo l'espressione utilizzata già da A. MARSHALL, *Principles of economics*<sup>8</sup>, New York, 1948 e ripresa da O. E. WILLIAMSON, *The economic institution of capitalism*, New York, 1985, 52 nota 10, per indicare il reddito che non ha riscontro in costi direttamente sostenuti per produrlo, ma deriva proprio dagli investimenti effettuati da un altro soggetto che partecipa a un determinato processo produttivo.



imporre, senza valide ragioni, condizioni peggiori in fase di rinegoziazione alla scadenza del contratto (9).

In questo caso il divieto di abuso di dipendenza economica tutela la parte che ha effettuato investimenti specifici non facilmente convertibili e vale in pari tempo a neutralizzare quelle condotte scorrette che potrebbero ostacolare la formazione di scambi efficienti e impedire uno sfruttamento razionale delle risorse disponibili, inducendo le imprese a non effettuare quegli investimenti che, pur ottimizzando i costi di esecuzione, le esporrebbero successivamente a possibili estorsioni post-contrattuali (10).

Allo stesso modo l'applicazione dei rimedi previsti per la violazione del divieto di abuso consente di porre correttamente a carico dell'impresa gli oneri economici che questa aveva abusivamente trasferito su altri soggetti (ad esempio i subfornitori), con la conseguenza che il prezzo dei beni e servizi da essa offerti sul mercato sarà più efficiente in quanto terrà conto dei reali costi di produzione e distribuzione. Venuta inoltre meno la possibilità di riversarne una parte sulle imprese subfornitrici, potrebbe risultare più conveniente internalizzare la corrispondente fase del processo produttivo, ove questa scelta consenta uno sfruttamento più razionale delle risorse (11).

Ma i comportamenti opportunistici vietati dalla norma non esauriscono il novero dei c.d. costi di transazione, ossia dei fattori che in ipotesi potrebbero impedire un'allocazione ottimale delle risorse economiche (12); e pertanto solo limitatamente a determinate situazioni i

---

(9) Un esempio in tal senso può essere rappresentato dalla situazione di dipendenza economica in cui vengono a trovarsi i concessionari automobilistici in seguito agli investimenti effettuati per predisporre e mantenere un servizio di assistenza e riparazione specializzato: sul punto vedi il caso *Opel-Blitz* deciso da BGH 2491, 2493, in *WuW/E*.

(10) Sulla perdita di ricchezza conseguente all'abuso di dipendenza economica o al semplice rischio del suo verificarsi vedi KLEIN, CRAWFORD, ALCHIAN, *Vertical Integration, appropriable rents and the competitive contracting process*, cit., 301 e JOSKOW, *Asset specificity and vertical integration*, in *Palgrave Dictionary of Law and Economics*, cit., 109.

(11) Da questa prospettiva anche CASO-PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale)*, cit., 716, ravvisano nel divieto di abusare dell'altrui dipendenza economica uno strumento di efficienza allocativa.

(12) Secondo l'insegnamento di R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, in 4 *Economica*, 1937, 386, il mercato è in grado di garantire il raggiungimento di un'allocazione efficiente delle risorse solo in assenza di costi transattivi, che lo stesso Autore in un successivo studio individua più specificamente nei costi necessari per la ricerca

rimedi previsti dalla legge contro l'abuso di dipendenza economica contribuiscono a favorire una migliore efficienza allocativa (13). Questa non è invece garantita rispetto ad altri fatti, che pure potrebbero impedire scelte imprenditoriali efficienti, ma che non rientrano nell'ambito di applicazione del divieto, il quale ha come obiettivo essenziale la garanzia di un'effettiva libertà negoziale di entrambe le parti.

Non sarebbe del resto corretto sostenere che finalità della norma sia quella d'impedire azioni che potrebbero disincentivare determinati investimenti e corrispondentemente di promuovere nell'interesse dell'intera collettività la concorrenza dinamica, come valore in grado di favorire l'innovazione nella produzione e distribuzione di prodotti e servizi (14).

Questa conclusione non renderebbe, infatti, pienamente ragione del divieto di abuso che secondo la norma vale anche nei casi in cui gli investimenti specifici effettuati dall'impresa, che viene così a trovarsi in una situazione di dipendenza economica, non siano funzionali all'innovazione tecnica, in quanto non sono destinati a tradursi in un miglioramento qualitativo della produzione o distribuzione dei beni e servizi.

Lo sviluppo della concorrenza dinamica rappresenta quindi un obiettivo solamente eventuale della norma e non una conseguenza necessaria della sua applicazione sicché non può costituirne la giustificazione razionale.

## 2. *L'abuso di dipendenza economica: le finalità e l'ambito di applicazione del divieto a confronto con la disciplina delle clausole vessatorie.*

Una dipendenza economica può del resto derivare anche da altre

---

dell'altro contraente, per l'assunzione e la divulgazione delle informazioni relative allo scambio, per la stesura del contratto e per il controllo del suo esatto adempimento: cfr. R. H. COASE, *Il problema del costo sociale*, in *Impresa mercato e diritto* a cura di M. Grillo, Bologna, 1995, 218.

(13) In questi termini è possibile riconoscere «una interazione tra valori, concorrenza da un lato, giustizia contrattuale dall'altro, ispirati da concezioni economico-politiche tendenzialmente divergenti»: così A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, ne *La subfornitura nelle attività produttive* a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1988, 300, il quale proprio da tale prospettiva assiologica riconosce rilevanza giuridica, nella disciplina in questione, ai profili di equità dello scambio.

(14) R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, 70 s.

situazioni che limitano la libertà contrattuale di un'impresa a prescindere dall'esistenza di rapporti pregressi (15). Né sarebbe corretto ricostruire il fatto oggetto di normazione esclusivamente sulla scorta delle teorie economiche che hanno esaminato i comportamenti opportunistici nelle relazioni tra imprenditori, contraddicendo le scelte di tutela effettuate dal diritto positivo. In tal caso si finirebbe, infatti, per incorrere in una particolare figura di *Inversionsmethode*, ricavando da altri ambiti del sapere significati giuridici del tutto privi di fondamento normativo (16).

Non si può quindi prescindere dalla norma prevista dall'art. 9 l. n. 192/98, che definisce la fattispecie di abuso in termini d'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose, senza limitarne l'applicazione alle sole ipotesi di rinegoziazione di un contratto già stipulato.

L'interpretazione restrittiva dell'abuso di dipendenza economica, che ne circoscrive l'ambito ai soli casi di « degenerazione a valle di rapporti già instaurati », è parsa tuttavia trovare fondamento anche in un'esigenza di coerenza del sistema, che, nell'ambito dei rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori, ammette il sindacato giudiziale sull'equilibrio economico dell'affare soltanto nell'ipotesi in cui l'oggetto del contratto e il corrispettivo dei beni e dei servizi non siano stati individuati in modo chiaro e comprensibile. Sulla base di tale argomento sistematico si rileva allora che « l'abuso di dipendenza economica finirebbe (...) per costituire un'anomalia se dislocato a monte del rapporto contrattuale, come pure il tenore letterale della norma non esclude (...) giacché in tal modo si finirebbe proprio con il postulare un pieno controllo giudiziale del contenuto contrattuale ». Si ritiene pertanto che la norma in questione svolga plausibilmente la sua funzione nella « prevenzione del rischio di estorsioni nello svolgimento del rapporto, che prescindono dalla correttezza o meno della trattativa

---

(15) Così CASO-PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale)*, cit., 734 espressamente affermano che « l'operatività della norma non presuppone la sussistenza di un contratto già concluso », traendo in questo senso argomento dalle stesse fattispecie di abuso elencate dall'art. 9, co. 2, l. n. 192/98. In senso conforme vedi anche le ipotesi esaminate da OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 12 s.

(16) Vedi al riguardo l'indicazione di metodo di CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., 411, il quale ammonisce contro il rischio di sovrapporre le previsioni legislative modelli scervi da aspetti valutativi, erroneamente ritenuti autoevidenti.

pregressa e tipicamente si producono a causa dell'instaurazione del rapporto negoziale quale che sia l'originario contenuto di esso » (17).

In quest'ottica il divieto previsto dall'art. 9 l. n. 192/98 non sarebbe quindi volto a neutralizzare le disparità di potere contrattuale e a correggere gli squilibri che ne derivano, ma si limiterebbe a regolamentare la condotta delle parti in determinate situazioni contingenti che possono verificarsi alla scadenza del contratto, a prescindere dall'originario rapporto di forza che c'era tra di esse al momento della sua conclusione. Ne deriva una lettura restrittiva della norma, che in un certo senso riflette una più generale tendenza a escludere nei rapporti commerciali tra imprese la rilevanza di situazioni soggettive di disuguaglianza che non siano legate a disfunzioni della concorrenza e del mercato nel suo complesso (18).

Da questa prospettiva, infatti, si ritiene che la reazione dell'ordinamento rispetto ad approfittamenti post-contrattuali sia funzionale esclusivamente a favorire « il ricorso ad investimenti personalizzati, ma difficilmente convertibili che rappresentano comunque un vantaggio competitivo ed assolvono, quindi, una funzione oggettiva di stimolo concorrenziale, senza con ciò sconfinare in un incompatibile controllo totalizzante della giustizia contrattuale tra imprenditori » (19).

In realtà un controllo ampio e generalizzato sull'esercizio del potere contrattuale nei rapporti tra imprese e sull'equilibrio economico dei contratti da esse conclusi, pur quando l'abuso si verifichi nella fase genetica del rapporto, potrebbe ritenersi legittimato, oltre che dalla lettera dell'art. 9 l. n. 192/98, anche sulla base di un'interpretazione sistematica, che giustifichi razionalmente il diverso trattamento riservato dal legislatore al contraente debole, a seconda che si tratti di un consumatore o di una impresa economicamente dipendente. Il dato normativo sembra infatti mantenere la propria coerenza ove si consideri che la debolezza contrattuale del consumatore, a differenza della dipendenza economica, non sussiste rispetto a clausole che prevedono prestazioni sproporzionate, ove queste siano chiaramente individuate, in quanto in tal caso il corretto funzionamento dei meccanismi con-

---

(17) Così MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, cit., 59-60.

(18) In tal senso la ricostruzione di A. SCHWARTZ -R. E. SCOTT, *Contract Theory and Limits of Contract Law*, 113 *Yale Law Journal*, 2003, 541.

(19) In questo senso ancora l'opinione di MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, cit., 60.

correnziali è in grado di realizzare l'equità dello scambio, attraverso la possibilità che il mercato offre a tutti i consumatori di rivolgersi ad altri professionisti sia pure limitatamente a determinati ambiti territoriali.

Ne deriva che, quand'anche il singolo contraente non abbia tempo e informazioni sufficienti per valutare concretamente alternative più convenienti, egli trarrà comunque vantaggio dalla competizione che induce i professionisti a offrire beni e servizi migliori a prezzi più bassi per ottenere la preferenza dei consumatori come massa indistinta e generica di soggetti (20).

In tal senso svolgono un ruolo fondamentale la pubblicità e le altre pratiche commerciali attraverso le quali ciascun imprenditore fornisce al pubblico dei possibili acquirenti le informazioni relative alle caratteristiche dei prodotti e dei servizi che offre sul mercato. Il funzionamento effettivo della concorrenza presuppone, infatti, che i soggetti interessati allo scambio possano conoscere, senza sopportare costi eccessivi, le potenziali controparti e soprattutto che siano messi in grado di valutare comparativamente la convenienza delle diverse proposte (21). Quest'esigenza di trasparenza del mercato è accresciuta dalla sua dilatazione spaziale (22) e trova riconoscimento nelle norme che disciplinano la pubblicità e le altre pratiche commerciali, garantendo che queste si realizzino in conformità a criteri di chiarezza, verità e correttezza (23).

---

(20) Sono sul punto illuminanti le considerazioni generali relative ai rapporti tra società e mercato svolte da WEBER, *Economia e società*, cit., 174, secondo cui il mercanteggiare preparatorio è sempre un agire in comunità, in quanto i due aspiranti allo scambio orientano le loro offerte indistintamente in vista dell'agire potenziale di molti altri concorrenti reali o immaginari, e non soltanto di quello della controparte.

(21) La pubblicità e le altre attività promozionali pertanto si giustificano in termini di utilità collettiva solo nella misura in cui svolgono una funzione informativa strumentale rispetto alla produzione dei beni e servizi che vogliono promuovere. Viceversa, essa opera in contrasto con l'interesse sociale non soltanto quando sia falsa o ingannevole, ma altresì quando, deviando dal suo scopo fisiologico, rinneghi il proprio ruolo servente divenendo essa stessa fattore condizionante la produzione, in grado di creare falsi bisogni, assumendo forme suggestive che distraggono energie e risorse altrimenti da destinare al reale miglioramento qualitativo dei prodotti. Per considerazioni in parte simili vedi G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977, 15 s.

(22) Così JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, cit., 22 s.

(23) Vedi al riguardo la disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette prevista dagli artt. 20 s. cod. cons., introdotti dal d.lgs. n. 146/07, in attuazione della

Ma la mera informazione, per quanto chiara, veritiera e corretta, non è sufficiente a porre su un piano paritetico il professionista e il consumatore (24) né garantisce a quest'ultimo la possibilità di compiere un'adeguata valutazione della convenienza dello scambio, la quale dipende in buona misura anche dal regolamento contrattuale del rapporto (25). Appare allora evidente che le norme volte a promuovere la concorrenza attraverso l'eliminazione delle barriere informative, che ne ostacolano l'effettivo svolgimento, incontrano un limite insuperabile nella realtà effettuale dei rapporti umani e non riescono di per sé a garantire i consumatori dal rischio di abusi da parte del professionista nella predisposizione del "contenuto normativo" del contratto (26), rispetto al quale essi per definizione, in quanto privi della necessaria professionalità, non sono dotati della competenza tecnica necessaria per comprenderne l'esatto significato economico e giuridico (27), per cui anche in termini di scelte collettive, potrebbero non essere in grado di compiere una adeguata valutazione circa la convenienza del regolamento negoziale in relazione ai propri interessi. Si giustifica quindi un'ulteriore e distinto intervento normativo sul piano delle singole relazioni di scambio, mediante la correzione di eventuali squilibri del regolamento negoziale che riflettono le disparità tra le parti.

L'asimmetria informativa tra i singoli contraenti, infatti, non soltanto costituisce un ostacolo al funzionamento concorrenziale del mercato, ma si traduce anche in una limitazione della loro libertà di

---

dir. n. 29/05. Sui rapporti tra tutela collettiva, affidata ai poteri di controllo dell'Autorità garante della concorrenza, e tutela individuale dei consumatori vedi L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., III, 454-455.

(24) Così espressamente MAZZAMUTO, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, cit., 264.

(25) Per tale ordine di considerazioni vedi JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., 24 s.

(26) In tal senso non sembra condivisibile l'opinione di N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in *Istituzioni, mercato e democrazia*, Torino, 2002, 340, secondo il quale è sufficiente che il consumatore sia posto in grado di scegliere sulla base delle dovute informazioni i beni e i servizi che soddisfano i suoi bisogni, senza la necessità d'interventi protettivi ulteriori rispetto a quelli diretti a ridurre la disparità informativa.

(27) Sulla rilevanza dei « costi di transazione » come fattore che condiziona le scelte anche dei consumatori vedi F. DENOZZA, *Consumer Transaction Costs at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property*, in *Italian Intellectual Property*, 2003, consultabile sul sito: <http://www.unisi.it/lawandeconomics/working.html>.

scegliere tra alternative soddisfacenti, proprio in ragione del particolare bisogno che i consumatori intendono soddisfare attraverso il contratto, che non consente loro di rinunciarvi o di differirne la soddisfazione a un momento successivo (28).

In questo senso va pertanto correttamente intesa la regola secondo la quale lo squilibrio determinato da una clausola del contratto, benché significativo, non la rende vessatoria qualora essa sia stata oggetto di trattativa individuale. Per escludere l'abuso non sarebbe, infatti, sufficiente un'adeguata informazione, che, pur rendendo il singolo consumatore consapevole delle conseguenze della propria scelta non impedirebbe comunque alla disparità di potere contrattuale tra le parti, data proprio dal diverso bisogno dello scambio, di condizionare il contenuto del contratto.

A tal fine è invece necessaria una vera e propria trattativa individuale, che, pur quando non si traduca nella modifica o nell'eliminazione della clausola unilateralmente predisposta dal professionista, offra al contraente debole un'adeguata contropartita in termini di riduzione del corrispettivo o di equivalenti concessioni su altri punti dell'accordo. Solo a queste condizioni si può, infatti, escludere che il professionista abbia abusato della propria posizione di vantaggio, pur quando la clausola determini un significativo squilibrio di diritti e di obblighi a suo favore.

In questo caso peraltro il giudice non dovrà soltanto tenere genericamente conto delle altre clausole del contratto, secondo la regola prevista dall'art. 34, co. 1, cod. cons., ma dovrà senz'altro escluderne la vessatorietà in base alla decisiva considerazione che alcune di queste non sono state unilateralmente predisposte dal professionista, ma sono state concordate con il consumatore, che quindi ne ha concretamente valutato la conformità al proprio interesse.

È peraltro chiaro che la debolezza contrattuale del singolo consumatore in alcuni casi ovvero la possibilità di esercitare un'effettiva libertà contrattuale in altri casi dipendono comunque da fattori che, da un lato riguardano la sua sfera soggettiva e individuale, differenziandolo rispetto ai soggetti che professionalmente acquistano i medesimi

---

(28) Si rivela da questo punto di vista insufficiente la spiegazione offerta da RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 66, secondo cui «l'esigenza di tutelare il consumatore nei confronti delle condizioni contrattuali imposte non è determinato dalla sua inferiorità economica, bensì dall'impossibilità di pretendere che egli comprenda appieno il formulario a cui presta il proprio consenso».



beni o servizi, dall'altro però lo accomunano a tutti i consumatori che concludono il contratto per scopi estranei alla propria attività professionale. Ne deriva che il singolo consumatore, nonostante la posizione d'inferiorità in cui si trova rispetto alla controparte professionale, può comunque trarre beneficio dalla pressione che altri consumatori esercitano sulle imprese concorrenti e che si traduce in una maggiore equità nello scambio delle (cor)rispettive prestazioni.

Diversamente, può accadere che un'impresa sia economicamente dipendente proprio in ragione della situazione particolare in cui essa si trova (29), che la differenza rispetto ad altre imprese operanti nel medesimo settore, impedendole concretamente di trarre beneficio dalla concorrenza in termini di equilibrio economico dello scambio. Il differente trattamento normativo riservato a tale ipotesi rispetto a quello previsto per i contratti dei consumatori trova quindi spiegazione in una significativa differenza tra le due situazioni.

Da questa prospettiva risulta pienamente giustificato un sindacato giudiziale che investa l'intero contenuto del contratto ove questo sia il risultato di un abuso di dipendenza economica, a prescindere da rapporti pregressi e da investimenti specifici effettuati in attuazione degli stessi. Tale situazione può ad esempio verificarsi quando i limiti dimensionali e/o strutturali di un'impresa non le consentono di svolgere in termini economicamente efficienti una parte essenziale della propria attività, avvalendosi della sua organizzazione, ma rendono necessario il ricorso a fornitori o distributori esterni per acquisire beni o servizi specifici, che non costituiscono oggetto di scambi standardizzati (30). Questa scelta, non essendo determinata da un'esigenza generale di specializzazione e divisione sociale del lavoro, ma da una situazione particolare del singolo soggetto che la compie, espone quest'ultimo al rischio di possibili abusi che traggono origine dal potere contrattuale che la controparte può vantare indipendentemente da una posizione dominante sul mercato.

---

(29) Sottolinea questo aspetto BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., 300.

(30) Si verifica quindi una situazione particolare, diversa da quella fisiologica, nella quale la combinazione più efficiente dei fattori produttivi è data dall'acquisto sul mercato delle risorse standardizzate e dalla produzione interna all'impresa di risorse specifiche, il cui reperimento all'esterno comporterebbe la necessità di affrontare elevati costi di transazione: cfr. al riguardo DENOZZA, *Norme efficienti*, cit., 85.



3. *Il controllo del giudice nella contrattazione tra imprese: le ragioni dell'economia e le scelte del diritto.*

Diversamente, quindi, da quanto avviene per il contraente che resta prigioniero del contratto in seguito a investimenti specifici, effettuati in esecuzione dello stesso e che non possono essere facilmente convertiti ove il rapporto non sia rinnovato alla scadenza, l'impresa dipendente già prima di stipulare il contratto si trova in una posizione di svantaggio, in quanto deve ricorrere al mercato per esternalizzare una fase della propria attività che non può efficientemente gestire « in proprio » (31). La scelta di un modello organizzativo decentrato costituisce pertanto la conseguenza e non la causa della dipendenza economica in cui il soggetto già si trovava prima di concludere il contratto.

Questa disparità di potere contrattuale peraltro caratterizza l'organizzazione imprenditoriale del contraente debole, a prescindere da un difetto della concorrenza nell'offerta delle prestazioni scambiate, tanto che l'esistenza di un « eccessivo » squilibrio emerge in termini di discriminazione proprio dal confronto tra la concreta pattuizione e i valori correnti di mercato.

Del resto, quand'anche vi sia effettiva concorrenza dal lato dell'offerta dei beni o servizi, i potenziali fornitori potrebbero comunque approfittare della debolezza economica dell'acquirente per imporre condizioni più vantaggiose rispetto a quelle offerte ad altri soggetti, che invece possono in alternativa decidere d'internalizzare quella stessa fase della produzione o della distribuzione a costi, che sono in grado di competere con quelli necessari per ottenere la collaborazione di estranei. In quest'ultimo caso, infatti, la valutazione di convenienza riguarda non solo le soluzioni offerte dai potenziali contraenti, ma anche le scelte che la parte interessata può fare con riguardo alla sua organizzazione interna, in quanto entrambe le opzioni rispondono a criteri di efficiente e razionale impiego delle risorse, sia pure con diversi gradi di convenienza e soddisfazione.

Ne deriva che l'impresa che opera in tale situazione ha la « reale possibilità » di scegliere tra « alternative soddisfacenti », ossia di decidere se svolgere in proprio una certa attività, espandendo la sua

---

(31) La scelta tra « *make or buy* », infatti, secondo l'autorevole insegnamento di COASE, *Impresa, mercato, diritto*, cit., 47 e 77 s. è condizionata da costi transattivi che possono riguardare non soltanto la conclusione di contratti di fornitura, ma anche le decisioni relative all'organizzazione interna dell'impresa.

organizzazione, ovvero ricorrere al mercato e affidarla mediante contratto a soggetti estranei: e una soluzione sarà preferita all'altra in base a una valutazione comparativa dei rispettivi costi, in ragione della quale essa deciderà di avvalersi di un fornitore o di un distributore autonomo quando questa scelta si riveli più conveniente rispetto alla produzione o commercializzazione diretta.

Diversa è invece la posizione dell'impresa che non possa optare per un modello organizzativo accentrato, per la mancanza di economie di scala sufficienti a garantire costi adeguati ai ricavi e/o a causa di altri fattori, che le impediscono comunque di ovviare ai propri limiti dimensionali, reperendo i finanziamenti a tal fine necessari o coinvolgendo altri soggetti nella propria organizzazione (32). Essa non riuscirà pertanto a emanciparsi dalla dipendenza economica nei confronti di terzi distributori, i quali potranno approfittare della situazione in cui si trova e determinare unilateralmente il contenuto del contratto alla stregua di criteri opportunistici corrispondenti a quelli che ne connotano il comportamento concorrenziale sul mercato, ma che in ragione dell'asimmetria di potere rendono lo scambio iniquo.

In ogni caso però la scelta d'internalizzare o esternalizzare una certa fase dell'attività d'impresa non è in alcun modo condizionata dalla condotta abusiva della controparte, ma al contrario costituisce il presupposto che la rende concretamente possibile. Sotto quest'aspetto, quindi, «l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie» non determina alcuna perdita di efficienza, ma soltanto uno spostamento di ricchezza nell'ambito del singolo rapporto.

La norma che vieta l'abuso non tutela quindi la funzionalità del mercato nel suo complesso, che non è compromessa rispetto ad altri scambi, ma il singolo soggetto che, per ragioni che attengono alla sua sfera economica, non può accedervi usufruendo dei relativi benefici.

La repressione dell'abuso del resto non sempre favorisce un migliore utilizzo delle risorse, ma anzi talvolta può determinare anche l'effetto contrario. Se da un lato, infatti, il divieto di abusare a proprio

---

(32) Vengono in particolare in considerazione gli ostacoli costituiti dallo scarso patrimonio informativo dei soggetti e dalla loro razionalità limitata. Rileva O.E. WILLIAMSON, *The Economics of Antitrust: Transaction Cost Considerations*, 122 *U. Pa. L. Rev.*, 1974, 1439 e 1444, che la capacità della mente umana di affrontare problemi complessi è molto ridotta rispetto all'ampiezza delle questioni da risolvere per uniformarsi nel mondo reale a un modello di comportamento obiettivamente razionale.

vantaggio dell'altrui dipendenza economica vale a correggere gli effetti di condotte opportunistiche, che potrebbero disincentivare scelte efficienti (ad esempio investimenti specifici), dall'altro lato è altresì vero che tale norma in alcune situazioni potrebbe favorire comportamenti opportunistici dello stesso soggetto tutelato, consentendogli di continuare a svolgere la propria attività in condizioni economicamente inefficienti, senza indurlo a cercare soluzioni alternative, pur quando queste siano possibili e non ostacolate, bensì « incentivate » dalla condotta abusiva della controparte.

Ma anche in questi casi l'ordinamento nega valore vincolante ad accordi che impongono un assetto d'interessi iniquo oltre la misura ritenuta tollerabile, in quanto non vuole che l'efficienza allocativa si realizzi — in contrasto con le esigenze di giustizia — a danno di determinati soggetti, attraverso scambi che solo in apparenza costituiscono esercizio di autonomia contrattuale, ma che in realtà sono espressione del potere contrattuale di una sola parte.

La norma quindi protegge in primo luogo l'interesse del contraente debole e soltanto in via eventuale e in modo riflesso soddisfa l'interesse generale alla massimizzazione del benessere complessivo (33). La proibizione legale, infatti, sanziona i comportamenti abusivi a danno della parte economicamente dipendente ed elimina gli effetti che ne sono derivati, a prescindere dalle conseguenze che tale intervento correttivo determina sull'efficienza del sistema.

La razionalità economica del resto non rappresenta l'unico né il principale criterio di legittimazione delle scelte compiute dall'ordinamento (34), che trovano il proprio fondamento etico nei valori della libertà individuale (di cui l'autonomia contrattuale è una manifestazione) e della giustizia, anche sotto forma di equità dello scambio, in relazione ai quali si giustificano, secondo una valutazione discrezionale del legislatore, soluzioni normative che pure si traducono in perdite di

---

(33) Da un punto di vista più generale TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, cit., 7-8 sottolinea l'impossibilità di giustificare in termini di ricerca di una maggiore utilità complessiva la correzione autoritativa delle scelte contrattuali delle parti.

(34) Vedi in tal senso BALEKJIAN, *Legal Reasoning and Economic Reasoning*, cit., 375-377 e SUMMERS, *Economics and the Autonomy of Law. Legal Analysis and Legal Theory*, cit., 399 s.

efficienza, entro limiti compatibili con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità (35).

Si pone quindi la necessità di coniugare l'obiettivo dell'allocazione efficiente con quello di un'equa distribuzione delle risorse, attraverso giudizi di valore che non sempre convergono nella medesima direzione, ma che talvolta possono trovarsi in conflitto tra loro (36). In tal senso il problema politico-costituzionale non riguarda la legittimità in sé di eventuali interventi normativi restrittivi delle scelte individuali, ma i limiti entro cui questi sono ammissibili e la misura accettabile dei costi che essi comportano in termini di perdita di efficienza del sistema (37).

Da questa prospettiva la tutela del contraente debole e il riequilibrio del regolamento negoziale costituiscono le ragioni che giustificano gli interventi correttivi sull'atto di autonomia privata, non in attuazione di un principio generale destinato a operare in modo assoluto e indiscriminato, ma in risposta a specifiche esigenze, che si manifestano solo in determinate situazioni normativamente previste, nelle quali una parte abbia approfittato di una rilevante disparità di potere contrattuale per imporre all'altra un regolamento d'interessi che risulti iniquo oltre la misura considerata accettabile, anche in un mercato fondato sulla libera contrattazione.

In questi termini si legittima pertanto una regolazione degli scambi, che non è tanto funzionale a realizzare un'efficiente allocazione delle risorse economiche, quanto a garantire che la distribuzione delle stesse avvenga in modo conforme a criteri di giustizia sostanziale e nel rispetto di un'effettiva autonomia di entrambi i contraenti.

#### 4. *L'iniziativa economica privata e le garanzie contro le disparità di potere contrattuale e le alterazioni della concorrenza.*

La previsione di una norma imperativa che vieta l'abuso di dipendenza economica, indipendentemente da un'alterazione della dimen-

---

(35) Cfr. al riguardo L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, in *Scritti in memoria di M. D'Antona*, IV, Milano, 2004, 4177 s., secondo il quale l'efficienza economica non costituisce un principio giuridico autonomo, ma è espressione di un più generale principio di razionalità, in relazione al quale essa va resa compatibile con altri valori dell'ordinamento.

(36) A. GAY-A. PETRETTO, *Introduzione a K. J. Arrow, Equilibrio, incertezza, scelta sociale*, cit., 35 e 48 s.

(37) Vedi l'autorevole opinione di MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., 4182-4183.

sione concorrenziale del mercato, va dunque intesa come un chiaro rifiuto da parte del diritto positivo della teoria secondo la quale la disciplina dei contratti tra imprese deve essere orientata al raggiungimento della massima efficienza allocativa, mediante il riconoscimento della più ampia libertà delle parti di determinare, in assenza di esternalità negative, le regole dello scambio (38). Proprio dalla prospettiva economica essa appare funzionale alla tutela del contraente debole e non alla massimizzazione dell'utilità collettiva (39).

L'obiettivo primario, che giustifica in modo essenziale l'applicazione del divieto, è infatti la tutela della libertà di scelta del singolo contraente, ove questa risulti minacciata in modo significativo, mentre non è necessario che l'abuso costituisca altresì una limitazione della libertà complessiva del sistema.

Ne deriva che la garanzia di un effettivo esercizio dell'autonomia contrattuale si realizza mediante un intervento volto direttamente a correggere lo squilibrio abusivamente imposto nel singolo rapporto e non già, secondo la logica che invece ispira la disciplina antitrust, attraverso misure dirette a preservare la concorrenza come strumento che indirettamente garantisce una maggiore libertà di scelta tra le diverse alternative genericamente offerte dal mercato a tutti i soggetti, che a esso di rivolgono per soddisfare i propri bisogni.

Questa conclusione trova del resto conferma anche nella collocazione del divieto di abuso di dipendenza economica all'interno della legge sulla subfornitura anziché, come era stato inizialmente proposto, tra le norme che tutelano la concorrenza.

La norma, come espressamente riferisce la Relazione al Senato (40), ha precisi referenti comparatistici nella legge tedesca contro

---

(38) Da questa prospettiva SCHWARTZ-SCOTT, *Contract Theory and Limits of Contract Law*, cit., 541 propongono di valorizzare la distinzione tra contratti commerciali tra imprese e altri contratti di uso comune, attribuendo alla disciplina dei primi il compito di massimizzare il benessere collettivo, attraverso interventi che non limitino le scelte dei contraenti ma eliminino i costi di transazione che impediscono di stipulare contratti efficienti.

(39) Non sembra perciò condivisibile la tesi di A. GEMMA, *Abuse of economic Dependence between Competition and Contract Law*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 364 s., secondo il quale la norma che vieta l'abuso di dipendenza economica e più in generale la disciplina dei contratti perseguono obiettivi di efficienza degli scambi comuni a quelli del diritto della concorrenza.

(40) Vedi la relazione al Senato 637-A, riportata da G. CRESCI, *I contratti di subfornitura. Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., 721, nota 47.

le limitazioni della concorrenza (§ 26, Abs. 2, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) (41) e nella disciplina antimonopolistica francese (art. 8, lett. *b*, *ordonnance* n. 1243/86), che estendono la tutela prevista contro l'abuso di posizione dominante alle ipotesi di c.d. « dominanza relativa », caratterizzate da uno squilibrio in singoli rapporti tra imprenditori (42).

A tali disposizioni si era ispirato il legislatore nel disegno di legge presentato all'esame della X Commissione del Senato, allorché aveva previsto la collocazione del divieto all'interno della l. n. 287/90, accanto alla figura tradizionale dell'abuso di posizione dominante (43). L'opportunità di una scelta in questo senso, tuttavia, era stata messa in dubbio in due pareri resi, in conformità all'art. 22 l. n. 287/90, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (44), la quale aveva precisato che la norma in questione non mira salvaguardare corretto svolgimento del « processo concorrenziale in relazione all'assetto di mercato, ma « affonda (...) le radici nella tematica dell'equilibrio contrattuale », di tal che le « patologie di questi rapporti trovano rimedio nel divieto e conseguente invalidità, di clausole vessatorie (...) e nelle garanzie stabilite a favore della parte più debole », onde la loro disciplina deve essere più correttamente inquadrata « nell'ambito delle norme civilistiche relative all'obbligazione e ai contratti ».

La norma italiana, quindi, posta fuori della disciplina della concorrenza, persegue come obiettivo il riequilibrio dei rapporti contrattuali e si differenzia sensibilmente dalle corrispondenti previsioni dell'ordinamento tedesco e francese in quanto, ai fini dell'applicazione del

---

(41) Con riferimento alla normativa tedesca vedi BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., 317 s.

(42) Il § 26, Abs. 2, ravvisa i caratteri salienti della dipendenza economica nella mancanza di sufficienti e ragionevoli possibilità di rivolgersi ad altre imprese, analogamente alla legge francese, che tutela l'impresa cliente o fornitrice, che non possa reperire sul mercato soluzioni alternative equivalenti.

(43) Il disegno di legge in esame prevedeva, infatti, l'inserimento di un art. 3-bis nella l. n. 287/90, il quale vietava l'abuso di dipendenza economica in quelle situazioni in cui « il fornitore, nell'ambito di un mercato determinato in relazione alle caratteristiche del prodotto e alle dimensioni dell'impresa, non sia in grado di rivolgersi ad altre imprese ».

(44) Cfr. i pareri del 20 giugno 1995, in *Bollettino*, 1995, n. 23 e del 10 febbraio 1998, *ivi*, 1998, n. 5.

divieto, non richiede che l'abuso abbia origine in un difetto della concorrenza (45).

Questa situazione del resto si verifica soltanto in alcune delle ipotesi previste dall'art. 9 l. n. 192/98, quando ad esempio la dipendenza economica di un'impresa, pur non derivando da una posizione dominante dell'altro contraente, non è neppure legata a una situazione particolare in cui essa si trova, ma è connaturata alla struttura del mercato relativo a beni o servizi particolarmente abbondanti o scarsi.

La presenza di una domanda inferiore o superiore all'offerta determina rispettivamente la dipendenza del fornitore delle prestazioni nel primo caso e del destinatario di esse nel secondo (46). Così ad esempio si può ipotizzare che, nel mercato dei subappalti delle opere pubbliche, relative a un determinato ambito territoriale, l'offerta di prestazioni da parte delle imprese subappaltatrici sia superiore alla domanda. Da un lato, infatti, questa dipende da fattori esogeni, quali la decisione politica di commissionare una determinata opera, dall'altra l'offerta è comunque destinata a rimanere elevata nel breve e medio periodo, nonostante gli scarsi guadagni dei subappaltatori, potendosi addirittura pensare a una precisa strategia delle imprese subappaltanti volta consentire comunque la sopravvivenza dei soggetti economicamente dipendenti.

Tutti i rapporti sono quindi governati dal mercato, il quale però non garantisce ad alcuni dei partecipanti una reale possibilità di scelta tra una pluralità di alternative soddisfacenti. Ricorre, infatti, un'ipotesi in cui la concorrenza non riesce a realizzare immediatamente l'equilibrio tra domanda offerta per una serie di ragioni, legate alla razionalità limitata degli individui e/o al rischio di opportunismi, che impediscono la formazione di *joint venture* (47) tra le imprese subappaltatrici per accedere direttamente ad appalti pubblici o la concentrazione dell'of-

---

(45) Vedi le osservazioni di CASO - PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale)*, cit., 719 s. e MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., 48 s. e 92 s.

(46) Si configura una situazione analoga a quella della c.d. dipendenza da penuria, in cui viene a trovarsi l'impresa, che, per effetto di un improvviso e imprevedibile calo dell'offerta o aumento della domanda, sia privata di una fonte di rifornimento non sostituibile in modo accettabile nel breve periodo. Vedi in questo senso la fattispecie descritta da OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 14.

(47) Questo è del resto lo strumento contrattuale che consente a imprese troppo piccole di ovviare alla loro dipendenza economica nei confronti di fornitori o distributori, tutelandosi rispetto a possibili abusi. Cfr. sul punto anche R. PARDOLESI,



ferta in capo alle imprese più competitive, con l'uscita dal mercato di quelle meno efficienti. La disparità di potere contrattuale dipende quindi dall'incapacità del mercato di governare in modo efficiente le relazioni di scambio che s'instaurano al suo interno. Tale fattispecie resta comunque distinta rispetto ai fenomeni anticoncorrenziali disciplinati dalla legge antitrust e risulta dotata di una propria autonomia concettuale, che non viene meno neppure se si individua il mercato rilevante partendo dalla fattispecie di abuso concretamente realizzatasi e non dall'individuazione dei beni o servizi oggetto di scambio.

In base a tale criterio, infatti, l'esistenza di una posizione dominante, pur precedendo logicamente l'abuso, deve essere accertata in relazione alla situazione e al contesto nel quale questo si è realizzato, tipizzando il singolo rapporto in cui s'innesta la condotta abusiva e delimitando il mercato rilevante in modo da ricomprendervi tutte le imprese e gli operatori che possono eventualmente attuare reazioni contrarie al comportamento preso in considerazione (48).

Si deve quindi stabilire se tali soggetti sono costretti a subire le conseguenze della scelta effettuata dall'impresa, che si assume dominante, o se invece possono efficacemente reagire. Solo nel primo caso si potrà configurare una posizione dominante, secondo la nozione accolta dalla giurisprudenza comunitaria, come potere economico che consente a un'impresa di ostacolare la concorrenza effettiva attraverso comportamenti sostanzialmente indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e in ultima analisi dei consumatori (49).

In quest'ottica non sembra sufficiente a configurare una posizione dominante la situazione sopra ipotizzata, nella quale il mero disequilibrio tra domanda e offerta, se favorisce comportamenti opportunistici di alcuni soggetti, che possono vantare un potere sull'altro contraente, non esclude che questi operino in un regime di concorrenza, che, sebbene imperfetto, impone comunque a ciascun concorrente di tenere conto delle scelte (reali o potenziali) degli altri operatori.

Le imprese economicamente più forti sono, infatti, tutte ugual-

---

*Subfornitura industriale e Comunità europea*, in *Contratti di subfornitura, qualità e responsabilità*, Milano, 1993, 33.

(48) Così M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Studi in onore di A. Vanzetti*, Milano, 2004, 836 s.

(49) In tal senso Corte eur. giust., 14 febbraio 1978, *United Brands*; Corte eur. giust., 13 febbraio 1979, *Hofmann/La Roche*, le quali hanno rappresentato il punto di riferimento della successiva giurisprudenza europea.



mente in grado di condizionare le scelte della propria controparte e quindi possono esercitare tale potere in competizione tra loro, approfittando della propria posizione di vantaggio, sia pure secondo modalità e con risultati diversi, in base a una precisa strategia di mercato, autonomamente decisa.

La mancanza di una struttura di mercato oligopolistica e soprattutto la diversità e l'indipendenza dei comportamenti attuati dalle imprese dotate di maggiore potere contrattuale escludono che possa ravvisarsi una posizione dominante « collettiva » o « plurima », le quali, secondo la prospettazione offertane dalla stessa dottrina che ne ammette la rilevanza nel nostro ordinamento, presupporrebbe una collusione tacita tra imprese oligopolistiche, che si realizza rispettivamente mediante il parallelismo spontaneo o l'interdipendenza delle relative condotte nel mercato (50), che, pur in mancanza di un cartello tra le imprese oligopolistiche, metterebbero i partner commerciali e i consumatori finali in una situazione di soggezione corrispondente a quella in cui essi si troverebbero se avessero di fronte un'unica controparte in posizione dominante (51).

È pertanto innegabile, proprio in base a quanto si è finora detto, che nel caso esaminato la disparità di potere contrattuale non deriva dalla posizione dominante (individuale o collettiva) di una o più imprese rispetto ai concorrenti, ma da una situazione di dipendenza economica, che però a sua volta non è legata a fattori relativi alla sfera economica del singolo contraente, ma è strutturalmente connaturata alla posizione che tutti i soggetti appartenenti a una determinata categoria professionale hanno nel mercato di riferimento.

In questi casi la norma che vieta l'abuso di dipendenza economica, diversamente da quanto avviene nelle altre fattispecie esaminate, non mira a ricondurre alla logica del mercato rapporti che si collocano fuori di esso, ma intende piuttosto correggerne le disfunzioni, anche quando queste non dipendono dalla presenza di uno più soggetti economica-

---

(50) Sulla posizione dominante collettiva cfr. C. OSTI, *Antitrust e oligopolio*, Bologna, 1995, 186 s. Con riguardo alla posizione dominante plurima non collettiva vedi altresì LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, cit., 835 s.

(51) Sul punto Corte eur. giust., 16 marzo 2000, C-395/96, in *Foro it.*, 2001, IV, 258, afferma — sia pure in *obiter dictum* — che l'esistenza di un accordo o di altri vincoli espressamente assunti non è necessaria per configurare una posizione dominante collettiva.

mente dominanti, che si sostituiscono al mercato, ma da una inadeguatezza di questo a svolgere in modo efficiente il proprio compito (52).

A tale situazione fa del resto riferimento il comma 3 *bis*, aggiunto dall'art. 11 della l. n. 57/01, nell'art. 9 della l. n. 192/98, che attribuisce un potere sanzionatorio all'Autorità antitrust, « qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato ».

Né questa previsione, come si è visto, può ritenersi limitata alle sole fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 3 della l. n. 287/90, secondo un'interpretazione che di fatto priverebbe di qualsiasi significato pratico la disposizione in esame (53).

Questa assolve invece una specifica funzione che consiste nell'estendere il potere di intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a situazioni diverse da quelle già previste dalla legge antitrust, la quale, come espressamente prevede il comma 3 *bis* dell'art. 9, è applicabile soltanto in via eventuale.

In quest'ottica la collocazione della norma sull'abuso di dipendenza economica nella legge sulla subfornitura trova la sua ragion d'essere non già in un difetto di competenza dell'AGCM, che invece in alcune ipotesi sussiste, bensì nel carattere non necessariamente anti-concorrenziale del comportamento che viola il relativo divieto (54). La lettura del comma 3 *bis* dell'art. 9 alla luce della casistica concretamente riconducibile alla previsione ivi contenuta, consente infatti di distinguere tre fattispecie di abuso di dipendenza economica (55):

1) quella che integra nel contempo la fattispecie di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3 l. n. 287/90;

2) quella che, pur non essendo riconducibile a tale disposizione, abbia comunque rilevanza per tutela della concorrenza e del mercato;

---

(52) Sulla possibilità che l'abuso, pur non trovando origine in una posizione dominante, sia conseguenza dell'incapacità del mercato di mettere a disposizione alternative che consentano all'impresa « debole » di sottrarsi alle prevaricazioni della controparte, vedi anche CASO -PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale)*, cit., 733.

(53) Non sembra invece condivisibile la conclusione di G. MANGIONE, *Abuso di dipendenza economica, servizi pubblici e sanzioni: le modifiche introdotte dall'art. 11 della legge 5 marzo 2001*, in *Concorrenza e mercato*, 2001, 229, la quale ritiene priva di rilievo pratico la modifica introdotta dalla l. n. 57/01.

(54) In senso contrario NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 17 s.

(55) Cfr. in tal senso LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, cit., 841.

3) quella che, non rientrando in nessuna delle due ipotesi sopra indicate, non ha alcuna rilevanza, quanto meno diretta e immediata, per la tutela della concorrenza del mercato.

L'assoggettamento di tutte le fattispecie indicate alla medesima disciplina civilistica, quindi, per un verso conferma che la disparità di potere tra imprese non implica sempre un'inefficienza del sistema di scambi nel suo complesso, per altro verso dimostra che, ove tale situazione si verifichi concretamente, anche l'interesse generale della collettività al buon funzionamento del mercato è tutelato soltanto nella misura in cui coincide con l'interesse del contraente protetto al riequilibrio del rapporto contrattuale.

In quest'ipotesi peraltro il divieto dell'abuso di dipendenza economica non vuole soltanto impedire che l'asimmetria di potere contrattuale si traduca nell'imposizione di uno scambio iniquo, ma intende altresì eliminare dal mercato gli effetti prodotti dall'imperfetto funzionamento della concorrenza.

In tal caso, infatti, la norma mira a correggere uno squilibrio negoziale che non risulta dal confronto con i valori reali di mercato, in quanto questi non divergono sostanzialmente da quelli espressi dall'assetto complessivo di interessi che i contraenti più forti, sia pure con modalità e comportamenti differenti, impongono alle imprese economicamente dipendenti. È invece possibile accertare l'iniquità dello scambio soltanto mediante una valutazione ipotetica di quello che sarebbe stato il giusto contratto in un sistema di scambi perfettamente concorrenziale, corrispondente a quello considerato (56).

La legge, quindi, tutelando l'interesse (privato) alla libertà e alla giustizia contrattuale soddisfa in misura corrispondente anche l'interesse (pubblico) all'efficienza allocativa degli scambi, attraverso la previsione sia di rimedi azionabili dalla vittima dell'abuso sia di poteri sanzionatori che l'AGCM può esercitare d'ufficio.

È del resto evidente che allocazione e distribuzione delle risorse conservano un'autonoma rilevanza pratica solo con riguardo a scelte e comportamenti che siano scarsamente rilevanti dal punto di vista quantitativo, in quanto incidono su singoli individui in sé considerati e non in quanto appartenenti ad un gruppo sociale.

Viceversa, quando una certa quantità di ricchezza viene spostata da un'intera categoria di soggetti ad un'altra, l'impoverimento e il corre-

---

(56) Vedi PONTIROLI, *La protezione del contraente debole*, cit, 595 e ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

lativo arricchimento determinano una modifica generalizzata nei comportamenti, che, proprio in ragione della sua estensione, si riflette necessariamente sull'allocazione complessiva delle risorse (57).

Ma, diversamente da quanto avviene nelle ipotesi disciplinate dalla legge antitrust, l'abuso di dipendenza economica è comunque vietato, pur quando la disparità di potere contrattuale non assuma rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato nel suo complesso (58). Finalità primaria ed essenziale della norma non è quindi quella di massimizzare il benessere collettivo mediante strumenti diretti a preservare in astratto la concorrenza nel mercato, ma quella di garantirne il corretto esercizio in quelle ipotesi nelle quali esso non è concretamente in grado di disincentivare comportamenti opportunistici che possono rendere eccessivamente iniquo il contenuto degli scambi.

Da questa prospettiva il riequilibrio del regolamento privato d'interessi non rappresenta uno strumento di cui l'ordinamento si avvale per realizzare scopi di utilità collettiva ulteriori e distinti, ma costituisce esso stesso l'obiettivo finale di una disciplina che proprio alla giustizia e alla libertà contrattuale fa riferimento come criterio decisivo per valutare il funzionamento del mercato.

5. *Il riequilibrio negoziale in conformità con la ratio di protezione della norma violata.*

L'individuazione dello scopo di protezione, che contraddistingue la norma, costituisce un prezioso strumento a disposizione dell'interprete chiamato a darle attuazione. Coerentemente con la ricostruzione finora proposta dell'istituto in questione è chiaro che per accertare l'esistenza di una situazione di dipendenza economica si deve valutare se lo squilibrio di diritti e obblighi, che una parte è in grado di determinare nel rapporto con un'altra impresa, sia eccessivo oppure no, avendo riguardo proprio all'interesse del singolo contraente protetto, indipendentemente da ogni considerazione relativa agli effetti che

---

(57) DENOZZA, *Norme efficienti*, cit., 26.

(58) Deve pertanto respingersi in base agli argomenti appena esposti la conclusione cui giunge, da una prospettiva di *law and economics* G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, 13 s., secondo il quale *condicio sine qua non* della fattispecie di abuso è il verificarsi di un fallimento del mercato.

l'abuso possa spiegare nella sfera economica di altri soggetti indirettamente interessati.

Parimente, le condizioni contrattuali dovranno ritenersi abusivamente imposte in quanto ingiustificatamente gravose o discriminatorie, esclusivamente in relazione a un criterio di giudizio che attiene ai rapporti tra le parti, a prescindere da ogni valutazione legata alle eventuali conseguenze sull'efficienza complessiva del sistema.

In entrambi i casi l'interprete deve quindi desumere dal contesto sociale i parametri di ragionevolezza e proporzionalità in base ai quali compiere un bilanciamento, che resta però limitato agli interessi contrapposti di cui sono portatori i soggetti del rapporto (59). Si configura quindi un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 1384 c.c. con riguardo alla riduzione della penale, quando questa risulti manifestamente *eccessiva* avuto riguardo all'*interesse* che il creditore aveva l'adempimento. Anche in questo caso il giudice è infatti chiamato a compiere una valutazione quantitativa che però, in virtù dell'espressa disposizione della legge, è commisurata all'interesse di un soggetto diverso da quello che si intende tutelare mediante la correzione dell'atto di autonomia, che prescinde comunque da considerazioni relative alla funzionalità del mercato nel suo complesso (60).

Allo stesso modo per dimostrare l'abusività di una determinata condotta non sarà necessario accertare che essa sia in contrasto con l'utilità sociale. Da questo punto di vista, se appare senza dubbio eccessivo elevare il contraente debole a beneficiario esclusivo degli interventi di protezione (61), sarebbe viceversa riduttiva una lettura che all'opposto ne funzionalizzi la tutela alla realizzazione di un obiettivo

---

(59) Non potrebbe pertanto trovare applicazione rispetto alla fattispecie in esame il criterio interpretativo utilizzato da una parte della dottrina per circoscrivere l'ambito d'illiceità dell'abuso del diritto di proprietà alle sole ipotesi in cui esso si traduca in effetti dannosi per la società. Al riguardo vedi, da una prospettiva però limitata all'analisi economica del diritto, P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un Saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Diritto privato*, 1997, 119-120, secondo il quale « la compressione senza compensazione del diritto di una delle parti sarebbe giustificata sono se si mostrasse un guadagno sociale *diverso* dal vantaggio perseguito dalla controparte ».

(60) Sull'interesse tutelato da tale norma vedi *infra* in questo capitolo il § 9.

(61) In tal senso i rilievi mossi da MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata*, cit., 54 s. e G. BENEDETTI, *Negozi giuridico e iniziativa economica privata*, ne *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. Studi*, Napoli, 1991, 97 s.

più generale. In realtà proprio l'esame finora condotto in tema di abuso di dipendenza economica dimostra che talvolta la regolazione del mercato è finalizzata a realizzare una maggiore giustizia contrattuale nell'interesse del contraente tutelato e solo eventualmente e indirettamente a migliorare l'efficienza del sistema nel suo complesso.

6. *La tutela del consumatore come obiettivo autonomo rispetto al funzionamento efficiente del mercato. I limiti dell'approccio economico al diritto delle obbligazioni.*

Un analogo discorso può peraltro farsi anche con riguardo alle norme poste a protezione del consumatore. In tal caso, peraltro, l'inferiorità di una parte non trae origine dalla situazione particolare, in cui essa viene a trovarsi e che la differenzia dagli altri consumatori, che stipulano contratti analoghi, ma costituisce una posizione di svantaggio, che tipicamente caratterizza un'intera categoria di soggetti, non soltanto in termini di asimmetria informativa rispetto al professionista, ma anche e soprattutto in funzione della rilevanza che i beni e servizi acquistati con il contratto assumono per la soddisfazione dei bisogni vitali della persona.

A differenza quindi dell'impresa economicamente dipendente, il consumatore « in quanto tale » manifesta un'esigenza strutturale di tutela, che prescinde da situazioni contingenti che possono impedirgli di trarre beneficio dal funzionamento concorrenziale del mercato. La concorrenza, infatti, pur in assenza di limitazioni derivanti da posizioni dominanti o da cartelli tra imprese, non è di per sé in grado di scoraggiare eventuali abusi del professionista.

In questo senso la tutela del consumatore si realizza attraverso interventi autonomi distinti, anche dal punto di vista degli obiettivi perseguiti, rispetto a quelli diretti a garantire il funzionamento dei meccanismi concorrenziali e a impedire che a essi si sostituisca il potere economico esercitato da uno o più imprese. A tal fine si giustifica un'ulteriore disciplina di protezione, che però non è limitata ai singoli rapporti connotati da disparità di forza contrattuale, ma investe tutte le relazioni di scambio relative a determinati beni o servizi offerti ai consumatori.

Da questo punto di vista il riequilibrio del rapporto tra le parti si realizza attraverso la previsione legislativa di rimedi e tutele, che sono

anche volte a conformare giuridicamente il mercato (62), ma secondo un ordine orientato al perseguimento di obiettivi e finalità determinati in base a precise scelte politiche. Ne deriva che la stessa efficienza del mercato non va misurata secondo un criterio assoluto puramente economico, ma in relazione alla sua capacità di realizzare i compiti che ad esso assegna il legislatore, nazionale ed europeo (63). In questo senso il consumatore « in quanto persona » deve essere considerato un fine e non un semplice mezzo del quale l'ordinamento strumentalmente si avvale per i propri scopi di governo dell'economia.

Appare al riguardo significativa la disciplina della nullità delle clausole vessatorie, che può essere rilevata d'ufficio dal giudice solo ove risulti conforme all'interesse del consumatore (64). In questo senso viene infatti intesa la disposizione dell'articolo 36, co. 3, cod. cons., secondo la quale « la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore », con una formula che risulterebbe del tutto priva di significato normativo, ove si partisse dal preconcetto che la clausola nulla, in quanto vessatoria, per definizione determina « un significativo squilibrio dei diritti degli obblighi derivanti dal contratto » (articolo 33, co. 1, cod. cons.) a carico del consumatore e che pertanto l'inefficacia di essa non può che risolversi a suo favore (65).

(62) MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata*, cit., 56.

(63) NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, cit., 98-99.

(64) È questa un'opinione diffusa in dottrina già con riguardo al precedente testo dell'art. 1469-*quinquies*, c.c. In tal senso vedi E. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1996, 10; F. D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, ne *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, 775; M. NUZZO, *Commento all'art. 1469 quinquies, co. 1 e 3, ibidem*, 1220 s., BELLELLI, *sub art. 1469-quinquies*, cit., 698 s.; S. MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei contratti del consumatore*, Torino, 1998, 155 s. e da ultimo G. CHINÈ, *Consumatore (contratti del)*, in *Enc. dir. (Agg.)*, IV, 2000, 421.

(65) Così G. CIAN, *Il nuovo capo XIV bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 417, ritiene preferibile, per ragioni di « chiarezza e certezza nei rapporti giuridici » l'interpretazione che considera meramente pleonastico il riferimento normativo al « vantaggio del consumatore » sul presupposto che, trattandosi di « clausole che per definizione svantaggiano il consumatore rispetto al professionista, non si capisce come la loro caducazione possa tornare a favore di quest'ultimo ». Lo stesso Autore prospetta peraltro una soluzione alternativa che è quella di « subordinare la rilevabilità d'ufficio dell'invalidità della clausola alla circostanza che il consumatore non abbia tenuto un contegno che sia espressione di una volontà "sanante" ».



In realtà la norma in esame non si esaurisce in una mera esplicitazione della nozione di clausola vessatoria, ma assolve una propria autonoma funzione, nella misura in cui riconosce solo al consumatore la legittimazione a far valere la nullità e impedisce al giudice di rilevarla d'ufficio allorché questa si traduca concretamente in uno svantaggio per il contraente tutelato.

Se, infatti, si considera che la vessatorietà della clausola deve essere accertata con riguardo alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto (articolo 34, co. 1, cod. cons.), non si può escludere che la medesima clausola nel successivo svolgimento del rapporto possa risultare conforme all'interesse del consumatore.

Questi ad esempio potrà far valere il recesso operato dal professionista in forza di una clausola vessatoria, qualora corrisponda a un suo preciso interesse porre fine al rapporto instaurato mediante la conclusione del contratto, senza che il giudice possa al riguardo rilevare che, essendo la clausola priva di effetti, il recesso non poteva essere validamente esercitato. Per fondare il rilievo giudiziale della nullità ed escludere l'efficacia del recesso non potrebbero infatti invocarsi ragioni economiche in relazione alle quali la prosecuzione del rapporto contrattuale risulti maggiormente conveniente, in quanto ad esempio la prestazione del professionista non possa essere più utilmente eseguita a favore di altri soggetti. Anche in questo caso, pertanto, la regola che pone limiti ai poteri d'ufficio del giudice esclude che la nullità della clausola sia funzionale a soddisfare interessi generali della collettività, che siano in contrasto con quello del consumatore a essere in ipotesi liberato del vincolo contrattuale.

Parimente, la disciplina della vendita di beni di consumo, riconoscendo al consumatore, che abbia acquistato beni non conformi, il diritto al ripristino della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, attribuisce rilevanza all'interesse specifico e non surrogabile che questi intendeva soddisfare con l'acquisto dei beni medesimi, secondo una logica diversa da quella che spiega le garanzie tradizionali della riduzione del prezzo e dell'*actio redhibitoria*, che invece tutelano il generico compratore rispetto al danno meramente patrimoniale rappresentato dalla minore convenienza dell'acquisto in ragione dei vizi che la cosa presenta o della mancanza delle qualità essenziali o promesse (66).

---

(66) Vedi al riguardo la ricostruzione sistematica offerta da NICOLUSSI, *Diritto*



Nella nuova disciplina, pertanto, la vendita non configura soltanto un mero scambio di valori economici (67), ma trova riconoscimento normativo come strumento per soddisfare un bisogno tipico del consumatore riguardo a un determinato bene o servizio, in relazione al quale si giustifica una tutela, che non si esaurisce sul piano dei rimedi contro la mancata realizzazione dell'affare, ma coerentemente si traduce nella previsione di garanzie « *in forma specifica del risultato atteso dal compratore* » (68).

In questa logica si giustifica anche la regola dell'art. 130, co. 4, cod. cons., che subordina l'ammissibilità dei rimedi tradizionali al fatto che quelli c.d. specifici nel caso concreto siano impossibili o eccessivamente onerosi rispetto ai primi (69), i quali rappresentano la tutela prioritaria.

Non sarebbe tuttavia corretto sostenere che la disciplina in esame, imponendo un ordine gerarchico tra riparazione e sostituzione da un lato e risoluzione del contratto e riduzione del prezzo dall'altro, comprima eccessivamente la libertà di scelta dell'acquirente per scopi che attengono alla tutela del mercato e non alla protezione del consu-

---

*europée della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., 548 s., secondo il quale « il fine specifico di consumo, cioè l'interesse direttamente rivolto al godimento dei beni e servizi oggetto del contratto, qualifica nei riguardi del contratto medesimo la posizione di una parte rispetto alla posizione dell'altra, quest'ultima essendo caratterizzata invece dall'inerenza a un'attività professionale o imprenditoriale e quindi da un atteggiamento inevitabilmente seriale e strumentale ».

(67) Con riguardo alla vendita nella *common law*, già J. A. JOLOWICZ, *The Protection of the Consumer and Purchaser of Goods under English Law*, in *Mod. L. Rev.*, 1969, 32, 8 osservava come essa si fosse sviluppata fondamentalmente come affare in senso economico, onde la relativa disciplina si rilevava non adatta a risolvere i problemi di tutela del consumatore.

(68) Così ancora NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., 549, il quale ha cura di precisare che, al di là delle differenze rispetto alla disciplina tradizionale della vendita, trova comunque conferma nelle disposizioni a tutela dell'acquirente di beni di consumo l'affermazione di L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi della vendita*, in *Studi in onore di A. De Gregorio*, II, Città di Castello, s.d., 129, secondo il quale la garanzia del venditore costituisce un « surrogato della pretesa all'adempimento ».

(69) Sottolinea, infatti, NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., 550 che i criteri in relazione ai quali valutare l'eccessiva onerosità sono principalmente il valore della cosa compravenduta e l'entità del difetto, in altre parole i costi che giustificano le garanzie restitutorie di natura economica, secondo la classificazione proposta da A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 3.

matore (70). In realtà la norma in questione trova il proprio fondamento razionale in un'esigenza di mantenimento del contratto finalizzato a garantire la piena realizzazione dello scambio in modo conforme a quanto pattuito, non già nell'interesse di entrambi i contraenti (71), ma principalmente nell'interesse dell'acquirente alla soddisfazione di un bisogno connesso all'acquisto di quel bene e solo indirettamente a vantaggio del sistema nel suo complesso.

Ne deriva che, laddove le caratteristiche del bene non consentono di realizzare tale risultato, il consumatore potrà avvalersi della tutela prevista dalla legge a prescindere dal fatto che il difetto derivi da un'anomalia del processo produttivo relativo a singoli beni, da un difetto di progettazione ovvero da qualsiasi altra caratteristica, anche relativa a una intera categoria di beni, che costituiscono pur sempre una specie di un più ampio genere. Per stabilire, infatti, se la cosa acquistata presenta « le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo », secondo l'espressione utilizzata dall'art. 129, lett. c), cod. cons., occorre assumere come parametro di valutazione non già gli standard qualitativi abitualmente adottati dai produttori, ma, coerentemente con le *specifiche* finalità di tutela della norma in questione, i requisiti presenti in beni del medesimo genere, anche se di specie diverse, che consentono di soddisfare il bisogno di consumo, che tipicamente ne giustifica l'acquisto.

La stessa legge stabilisce del resto che « le riparazioni o sostituzioni devono essere effettuate entro un congruo termine dalla richiesta e non devono arrecare inconvenienti al consumatore, tenuto conto della natura del bene e dello scopo per il quale il consumatore ha acquistato il bene » (art. 130, co. 5, cod. cons.), confermando così ancora una volta che quest'ultimo è il destinatario e beneficiario della tutela legale (72).

---

(70) In tal senso A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>4</sup>, Torino, 2003, 299 e 300 evidenzia che tale regola, invece di tutelare il consumatore, favorisce il professionista.

(71) Al riguardo ROSALBA ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 985-986 sostiene, invece, che « dietro regole che appaiono prioritariamente rivolte a protezione del consumatore si profila la realizzazione di un interesse comune di entrambe le parti (...) al mantenimento del contratto e alla sua esecuzione nei modi possibili e convenienti per entrambi », secondo una precisa tendenza del diritto europeo, che l'A. ravvisa in altre norme relative ai contratti del consumatore.

(72) Così NICOLUSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., 556 nota 57.

Tale conclusione è inoltre ulteriormente confermata dalla facoltà riconosciuta all'acquirente di richiedere *a sua scelta* la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, in via non esclusiva, ma *alternativa* alla riparazione o alla sostituzione, allorché tali rimedi siano azionabili (in quanto possibili e non eccessivamente onerosi) e il venditore non vi abbia provveduto entro un termine congruo o vi abbia già provveduto in precedenza con notevoli inconvenienti per il consumatore.

Da questo punto di vista, piuttosto che di rigida sopraordinazione gerarchica dei diversi rimedi (73), sembra preferibile parlare di priorità delle garanzie in forma specifica rispetto a quelle c.d. economiche in quelle situazioni in cui il ricorso alle prime consentirebbe un'adeguata soddisfazione dell'interesse primario del consumatore, senza eccessivi costi per il venditore e senza ritardi o altri inconvenienti per il compratore (74).

La garanzia di conformità e i rimedi specifici a essa connessi sono infatti funzionali alla conservazione del contratto non in modo assoluto e indiscriminato, ma condizionatamente al fatto che questa tutela non soltanto sia possibile e non eccessivamente onerosa rispetto all'altra, ma corrisponda altresì a un effettivo interesse dell'acquirente.

Se, peraltro, nella disciplina della vendita, la riparazione o la sostituzione del bene sono funzionali ad attuare lo scambio in modo conforme alle esigenze e ai bisogni a esso tipicamente connessi, in altre norme del medesimo codice del consumo il mantenimento del vincolo contrattuale non garantisce di per sé la protezione del consumatore, che invece richiede un intervento volto a correggere il regolamento convenuto dalle parti o a eliminarne quella parte che determina lo squilibrio. Ne costituisce un esempio significativo la disciplina della nullità parziale delle clausole vessatorie, che, in deroga all'art. 1419, co.

---

(73) Sulla c.d. gerarchizzazione dei rimedi esperibili dall'acquirente di beni di consumo « non conformi » vedi LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 200.

(74) In ogni caso peraltro il venditore sarà responsabile nei confronti dell'acquirente anche dei danni che questi abbia subito per non essere stato informato del difetto di conformità, prima della conclusione del contratto. A tal fine il consumatore dovrà però provare l'esistenza di un pregiudizio ulteriore rispetto alla mancata soddisfazione del bisogno di consumo garantito dalla legge o al minore valore di scambio del bene acquistato. A tali perdite, infatti, è consentito « rimediare » mediante la riparazione, la sostituzione, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, di tal che l'acquirente non potrebbe ottenere, in aggiunta a queste tutele, il risarcimento di un danno al quale la legge ha già posto « rimedio », ma soltanto di quello che residua in quanto sia conseguenza ulteriore del mero acquisto di un bene difettoso.

1, c.c. non si estende all'intero contratto, pur quando risulti un'ipotetica volontà in tal senso dei contraenti, là dove tale conseguenza sia in contrasto con le esigenze di riequilibrio del rapporto in senso più favorevole al contraente protetto (75).

Ma neppure la conservazione del contratto rappresenta una caratteristica costante e inderogabile della disciplina dei contratti stipulati dai consumatori, in quanto rispetto ad essa assume talvolta rilievo prevalente l'interesse del contraente protetto a liberarsi di un vincolo assunto in condizioni e secondo modalità che non garantiscono la formazione di un consenso sufficientemente libero e consapevole (76).

Tale interesse trova del resto specifico riconoscimento anche contro l'interesse del professionista alla conservazione del vincolo, nella disciplina dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali, che consente al consumatore di recedere dal contratto, senza penalità e senza specificarne il motivo, entro 10 giorni lavorativi (art. 64, cod. cons.), salvo il termine più lungo nel caso di mancato adempimento degli obblighi informativi previsti dalla legge stessa.

In tal caso, peraltro, la facoltà di recesso, se costituisce garanzia di effettivo esercizio dell'autonomia contrattuale del consumatore in situazioni nelle quali la scelta da questi effettuata potrebbe non corrispondere a una volontà formatasi liberamente, con la dovuta ponderazione e consapevolezza (77), rappresenta altresì un fattore d'incertezza che impedisce al professionista di programmare la propria attività secondo criteri di razionalità ed economicità e in definitiva si traduce in una perdita di efficienza del sistema, nella misura in cui quest'ultima dipende in gran parte proprio dalla fiducia di ciascun contraente nel rispetto dei reciproci impegni.

Da questa prospettiva sistematica, che tiene conto delle diverse modalità con le quali la legge dà attuazione nelle varie fattispecie alla

---

(75) Cfr. in tal senso la soluzione proposta *supra* nel Cap. II, § 6.

(76) La legge attribuisce pertanto al consumatore un diritto di « ripensamento » o di « pentimento », in ordine a una volontà che ritiene non formatasi in modo pienamente libero e consapevole, consentendogli in un momento successivo di confermare o revocare il consenso precedentemente manifestato: cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 65 s.

(77) Vedi in tal senso F. RICCI, *Contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, 320, il quale spiega la facoltà di recesso in base « all'esigenza di realizzare il più ampio recupero dell'autonomia privata proprio laddove essa sarebbe fortemente compromessa dal potere di predisposizione di chi opera professionalmente nel mercato ».

protezione del consumatore, la disciplina della vendita di beni di consumo, là dove prevede come rimedio prioritario il ripristino della conformità del bene, deve ritenersi finalizzata non tanto a preservare il valore economico dello scambio in nome di un'efficienza complessiva del sistema, quanto piuttosto a garantire che la cosa venduta presenti le qualità necessarie per soddisfare un'esigenza di consumo tipicamente connessa all'acquisto di essa. A tal fine la disciplina della vendita, attraverso il ripristino di conformità del bene, *garantisce* all'acquirente un surrogato dell'adempimento in natura, escludendo in radice la possibilità d'inadempimenti c.d. efficienti del venditore, pur quando risulti più conveniente risarcire i danni provocati piuttosto che sopportare i costi necessari per rendere i beni conformi alle attese del compratore (78).

La teoria, secondo la quale l'inadempimento di un contratto sarebbe auspicabile in termini d'incremento dell'utilità collettiva, ove il vantaggio che il debitore ne ricava sia comunque superiore alla perdita che ha subito il creditore e che costituisce oggetto dell'obbligazione risarcitoria, è stata elaborata nell'ambito degli studi di analisi economica del diritto (79) e sembra trovare riconoscimento nel principio del *common law* che esclude il diritto del creditore all'adempimento in natura, riservando alla discrezionalità del giudice la scelta di tale rimedio (80).

Questa impostazione finisce tuttavia per considerare il contratto come fonte di obblighi connotati dalla facoltà del debitore di estinguere il debito con modalità alternative rispetto alla prestazione pattuita (81)

---

(78) NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta dl diritto privato. Una retrospettiva problematica*, cit., 940 spec. nota 79, il quale sottolinea due gravi inconvenienti che rendono inaccettabile la teoria in esame dal punto di vista delle conseguenze che ne deriverebbero sul piano economico: da un lato, « il *vulnus* che una simile regola genererebbe nella fiducia, la quale è presupposto essenziale ai rapporti in generale e anche a quelli economici in particolare », dall'altro, la necessità di quantificare il danno subito dal contraente non inadempiente in relazione al minor valore che il suo diritto avrebbe ove fosse riconosciuta all'altra parte la facoltà di liberarsi senza adempiere.

(79) Cfr. A. SCHWARTZ, *Law and Economics: l'approccio alla teoria del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 443. Ma si tratta di una conclusione che in tempi più recenti è stata rivista criticamente: sul punto vedi M. A. EISENBERG, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, in *Michigan L. Rev.*, 2006, 570.

(80) C. CASTRONOVO, *Inadempimento ed esatto adempimento nei principi Unidroit*, in *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, a cura di M.J. Bonelli e F. Bonelli, Milano, 1997, 285 s.

(81) MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., 4175-4176.

e non può pertanto trovare fondamento nel nostro ordinamento, stante l'opposto principio di priorità dell'adempimento in natura, desumibile dal coordinamento degli artt. 1218 e 1256 c.c. (82) e ulteriormente confermato dall'art. 1197 c.c., che non consente al debitore di liberarsi dall'obbligazione eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, senza il consenso del creditore.

Analogamente nella disciplina della vendita dei beni di consumo la possibilità di massimizzare l'utilità complessiva attraverso un'analisi costi-benefici, che orienti il venditore verso la scelta economicamente più vantaggiosa, è chiaramente subordinata alla soddisfazione dell'interesse primario del consumatore alla prestazione, sia pure nei limiti in cui tale rimedio, oltre che possibile, sia non eccessivamente oneroso.

La tutela dell'acquirente di beni di consumo è pertanto funzionale alla realizzazione di valori, che sono espressione di bisogni specifici della persona e che non possono essere rinnegati in nome di una logica — meramente economica — di efficiente allocazione dei fattori produttivi (83).

In tale contesto normativo, chiaramente ispirato a finalità di protezione del contraente debole, anche la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità relativa si giustifica non in ragione di un interesse generale, che si sovrappone ed eventualmente contrappone a quello del consumatore, ma come conseguenza di una precisa scelta dell'ordinamento di realizzare una tutela sottratta al potere di disposizione dello stesso contraente protetto (84).

Da un punto di vista generale si può allora dire che la tutela del consumatore si realizza secondo modalità e tecniche differenti in ragione delle diverse situazioni e forme nelle quali tale esigenza si manifesta.

Talvolta, infatti, la legge corregge lo squilibrio del regolamento contrattuale, disponendo la nullità delle sole clausole vessatorie e subordinandone la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice a un

---

(82) L. MENGONI, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, 151.

(83) Al riguardo possono utilmente richiamarsi le critiche alla teoria dell'adempimento efficiente formulate da MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., 4176, il quale rileva che « il concetto di obbligazione non può essere separato dalla categoria dell'imperativo categorico senza intaccare le basi etiche del diritto », secondo « la logica utilitaristica dell'analisi economica, i cui strumenti concettuali, tutt'altro che assiologicamente neutri, non sempre sono in sintonia con la deontologia giuridica ».

(84) Vedi in tal senso le considerazioni svolte *supra* al Cap. II, § 4.

preciso interesse del consumatore alla conservazione totale o parziale del contratto. In altri casi invece l'ordinamento garantisce che lo scambio riceva attuazione in modo conforme alle aspettative e ai bisogni di consumo, che esso è abitualmente diretto soddisfare. Altre volte ancora l'intervento normativo opera in senso contrario al mantenimento del vincolo contrattuale, riconoscendo al consumatore una facoltà di ripensamento in alcune situazioni legislativamente previste, in cui maggiore è il rischio che questi non abbia manifestato un consenso effettivamente libero e consapevole. È peraltro evidente che in tutte queste ipotesi i diversi rimedi previsti dalla legge non possono ritenersi finalizzati a perseguire, in termini unitari e coerenti, alcun obiettivo di utilità sociale, che possa essere autonomamente realizzato, a prescindere dal conseguimento dell'unico scopo, che accomuna i vari interventi nel segno della tutela del singolo consumatore interessato. Né d'altra parte l'appartenenza di questi a una categoria omogenea di soggetti può ritenersi sufficiente a sostanziare un interesse pubblico distinto ed eventualmente contrapposto rispetto quello individuale del contraente protetto.

Vero è invece che la tutela del consumatore assume un significato ambivalente dal punto di vista delle conseguenze che ne derivano sull'economia generale. Per un verso, infatti, l'intervento normativo, correggendo le distorsioni prodotte nel mercato dalle asimmetrie informative e di potere contrattuale tra le parti, favorisce una maggiore efficienza economica, per altro verso, in quanto disciplina paternalistica, che interferisce con « l'autonomia delle preferenze », crea inefficienze di altro genere, nella misura in cui si sostituisce al consumatore nella scelta di una regolamentazione del rapporto a lui più favorevole, in cambio del pagamento di un corrispettivo maggiore per il bene o servizio acquistato (85).

7. *Le finalità del diritto antitrust: dal benessere collettivo dei consumatori alla libertà « nel » mercato.*

Diversamente da quelle appena esaminate, le norme antitrust

---

(85) In tal senso vedi MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., 4182, nota 29, il quale evidenzia come le garanzie previste dalla legge a protezione dei consumatori determinino un aumento del prezzo da essi pagato, sostanzialmente corrispondente ai costi di assicurazione necessari a coprire i rischi trasferiti in capo al professionista.



perseguono un obiettivo generale di funzionalità del mercato, che non sempre coincide con l'interesse particolare di un singolo contraente al riequilibrio del rapporto, ma da esso talvolta prescinde, contrapponendosi addirittura allo scopo perseguito da entrambe le parti, come ad esempio avviene per il divieto d'intese restrittive della concorrenza.

Ma anche quando la disciplina in questione — in altre fattispecie — tutela la parte vittima dell'abuso di posizione dominante, tale intervento è finalizzato a garantire il corretto svolgimento della concorrenza come obiettivo distinto e autonomo rispetto alla protezione del contraente debole, la quale trova riconoscimento limitato alle sole ipotesi in cui determinate condotte anticoncorrenziali, sostituendo al mercato il potere economico di una o più imprese, ne mettono in crisi il ruolo stesso come sistema di liberi scambi attraverso i quali si realizza l'incontro di domanda e offerta.

Finalità precipua di tale disciplina non è quindi la giustizia contrattuale, ma l'efficienza del mercato, come mezzo per massimizzare l'utilità collettiva, che solo indirettamente avvantaggia i singoli soggetti, incrementando la ricchezza complessiva da distribuire e ampliando la possibilità di scelta tra beni e servizi destinati a soddisfare diversi bisogni della persona (86).

Questo però non significa che il diritto antitrust garantisca soltanto l'allocazione ottimale delle risorse, disinteressandosi delle questioni relative al modo più o meno equo della loro ripartizione e alla sussistenza di un sufficiente grado di libertà degli scambi che a tal fine vengono posti in essere. Né può essere condivisa l'opinione che pretende di attribuire rilevanza scriminante all'assenza di una concreta diminuzione del c.d. « *consumer welfare* », dalla quale discenderebbe senz'altro la liceità della pratica considerata.

Questa impostazione, che caratterizza soprattutto gli studi della scuola di Chicago (87) non sembra del tutto persuasiva nei suoi

---

(86) Rileva al riguardo F. DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 1988, 7 che al di fuori dei casi in cui si giustifica l'intervento antitrust, l'efficienza del sistema risponde all'interesse comune dei consumatori e imprese, mentre il conflitto di interessi si ripropone quando si tratta di distribuire le risorse che il mercato ha efficacemente prodotto.

(87) Per un'esposizione degli assunti che caratterizzano questa corrente di pensiero vedi H. HOVENKAMP, *Antitrust Policy after Chicago*, 84 *Mich. L. Rev.*, 1985, 213, il quale esamina dalla prospettiva storica le finalità perseguite dal diritto antitrust.



fondamenti teorici (88) e in ogni caso non trova riscontro nel nostro ordinamento.

Dal divieto tanto delle intese restrittive quanto dell'abuso di posizione dominante discende, infatti, l'illiceità di tutte le pratiche attraverso le quali una o più imprese esercitano il proprio potere economico per accrescere i loro profitti a danno dei consumatori e degli altri soggetti che partecipano al processo economico, senza che sia al riguardo necessario dimostrare che tale comportamento anticoncorrenziale si è tradotto in una riduzione della quantità di beni e servizi offerti sul mercato o in altra forma di diminuzione del benessere complessivo.

Così ad esempio devono ritenersi vietate le discriminazioni contrattuali, mediante le quali il monopolista riesce a vendere il suo prodotto a prezzi differenti, corrispondenti esattamente a quanto ciascun consumatore è disposto a pagare, mantenendo così inalterata o addirittura aumentando la quantità di beni venduti rispetto a quanto avverrebbe in un mercato concorrenziale (89). Né tale condotta potrebbe giustificarsi sostenendo che essa determina un mero spostamento di ricchezza da alcuni soggetti ad altri, senza però diminuire, ma anzi accrescendo l'utilità complessivamente prodotta (90).

È vero invece che l'arricchimento dei monopolisti e l'impoverimento dei consumatori non sono del tutto privi di effetti sul funzionamento complessivo del sistema. Se, infatti, si considera il mercato da un punto di vista dinamico e non statico, non si può escludere che le restrizioni della concorrenza, anche se non determinano una perdita immediata di ricchezza, possono tradursi nel medio termine in una diminuzione del benessere generale (91). Così per esempio i consumatori, che hanno acquistato un prodotto a un prezzo superiore a quello

---

(88) Cfr. F. DENOZZA, *Contro l'utilizzazione dell'« approccio economico » nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, 563 s. e la letteratura ivi citata.

(89) Il maggior prezzo pagato da alcuni clienti, infatti, potrà in ipotesi consentire all'impresa di alletterne altri, praticando prezzi per essi più convenienti. In tal modo si avrà peraltro una redistribuzione di ricchezza a favore non solo delle imprese, ma anche di alcuni consumatori a scapito di altri.

(90) Sulla liceità delle discriminazioni di prezzo vedi R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, 1978, 397 s. e in termini meno netti R. A. POSNER, *Antitrust Law: an Economic Perspective*, Chicago-London, 1976, 176 s.

(91) Vedi in tal senso F. DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli Usa*, Bologna, 1988, 26.

concorrenziale, dovranno rinunciare a comprare altri beni, che avrebbero invece acquistato con il denaro residuo a loro disposizione con corrispondente riduzione dell'utilità collettiva sia pure in un mercato diverso da quello in cui è stato posto in essere il comportamento anticoncorrenziale. Alcuni consumatori saranno invece indotti a sostituire il bene reso più caro dal monopolista con un altro bene, che però in una situazione di concorrenza sarebbe meno competitivo rispetto al primo, con relativa perdita di efficienza dovuta al minore utilizzo della risorsa « migliore » (92).

Ma, a prescindere da queste considerazioni di ordine economico, una lettura riduttiva della disciplina antitrust, che attribuisca valore assoluto l'efficienza allocativa, al punto di sacrificare in suo nome le istanze di giustizia contrattuale, sarebbe inaccettabile ancor prima sul piano strettamente giuridico in quanto incompatibile, oltre che con il diritto antitrust, anche con le scelte di fondo del nostro ordinamento, che all'art. 41, co. 2, cost., espressamente richiamato dall'art. 1 l. n. 287/90, garantisce valori individuali della persona quali la sicurezza, la libertà e la dignità umana anche rispetto a possibili abusi dell'iniziativa economica privata. Si tratta allora di correggere il modello teorico neoclassico, considerando efficienza ed equità come obiettivi non più perseguibili separatamente (93).

È del resto chiaro che la tutela della concorrenza, nella misura in cui garantisce l'esistenza delle condizioni generali per l'esercizio di una più ampia libertà di scelta a tutti i contraenti, favorisce anche una maggiore giustizia contrattuale nei singoli rapporti. Questa normativa costituisce, infatti, parte integrante di un ordinamento unitario e coerente, nell'ambito del quale essa mira a realizzare finalità e obiettivi distinti e complementari, ma non contraddittori rispetto a quelli perseguiti da altre disposizioni che sono specificamente finalizzate alla tutela della parte debole e al riequilibrio del rapporto relativamente a fattispecie, che sono pregiudizievoli per la libertà individuale, ma non sono in grado di alterare i meccanismi concorrenziali.

In quest'ottica l'iniquità dello scambio non acquista rilevanza

---

(92) Su questo secondo aspetto vedi DENOZZA, *Contro l'utilizzazione dell'« approccio economico » nell'interpretazione del diritto antitrust*, cit., 10, il quale invece esclude che l'acquisto a un prezzo superiore, diversamente dalla sostituzione di un bene con un altro, possa incidere negativamente sul benessere complessivo della società.

(93) Utilizzando le parole di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982, 74, 82 occorre andare oltre la semplice efficienza, ma in modo compatibile con essa.

anticoncorrenziale in tutte le ipotesi in cui essa manifesta un'esigenza di protezione, ma soltanto laddove sia il risultato di un abuso di potere economico in grado di compromettere la funzionalità del mercato. Obiettivo primario e irrinunciabile del diritto antitrust è pertanto la difesa della concorrenza e della libertà complessiva del sistema, come presupposto della libertà dei singoli individui che lo compongono (94), e non già il c.d. *consumer welfare*, che non costituisce il risultato essenziale dell'intervento normativo (95).

L'applicazione del diritto antitrust peraltro non sempre è di per sé in grado di garantire la libertà e la giustizia contrattuale, ma a tal fine esige un necessario completamento da parte di altre norme, che assumano la specifica funzione di garantire l'equilibrio del rapporto nell'interesse dello stesso soggetto protetto, anche quando non sussista un interesse della collettività alla repressione dei comportamenti abusivi in ragione della rilevanza anticoncorrenziale che essi assumono.

In tal senso le norme a tutela del consumatore vanno correttamente ricostruite e interpretate in conformità con la finalità che ne costituisce la *ratio*. Ne deriva, in particolare, che lo squilibrio dei diritti e obblighi che una clausola vessatoria determina è rilevante solo ove risulti « significativo » ancora una volta proprio in relazione all'interesse del soggetto tutelato, a prescindere quindi una valutazione relativa all'efficienza del sistema.

La finalità di tutela del contraente debole, infatti, sebbene assuma connotazioni differenti a seconda del contesto normativo in cui trova riconoscimento e della specifica situazione di disparità che mira a riequilibrare, rappresenta in ogni caso un punto di riferimento costante dal quale l'interprete non può prescindere nell'applicare la norma.

8. *Interesse protetto e interpretazione « razionale » della norma. La dipendenza economica del creditore come presupposto implicito per l'applicazione della disciplina contro i ritardi nei pagamenti.*

Nella medesima logica, l'esatta individuazione dell'interesse tute-

---

(94) Così DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli Usa*, cit., 25.

(95) In tal senso invece un preciso orientamento dell'analisi economica, che tende a sostituire alla nozione di concorrenza e di correttezza dei processi competitivi quella di massimizzazione del benessere complessivo: vedi al riguardo W. J. KOLASKY, *What is competition?*, in *Antitrust Bulletin*, 2004, 31.

lato dalla legge consente talvolta di definirne correttamente l'ambito di applicazione entro limiti compatibili con la disciplina di protezione in essa prevista. Se ne può condurre una verifica con riguardo alla normativa relativa alla « lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali », introdotta dal d.lgs. n. 231/02 in attuazione della direttiva n. 35/00.

Si tratta di una disciplina chiaramente ispirata finalità di protezione del creditore rispetto a possibili abusi del debitore, come risulta dagli stessi obiettivi enunciati nella direttiva, che si propone bensì di migliorare il funzionamento del mercato unico, ma esclusivamente in termini di riduzione degli oneri finanziari per le imprese creditrici, imputabili a termini di adempimento eccessivamente lunghi o a ritardi nei pagamenti.

In questo senso la maggiore efficienza del mercato rappresenta un risultato che appare meritevole di essere perseguito non in termini assoluti, ma soltanto nella misura in cui coincide con la tutela del creditore, la quale costituisce invece la finalità primaria e irrinunciabile della disciplina in esame. Questa, se pure incide positivamente sul corretto funzionamento del sistema economico nel suo complesso, impedendo le distorsioni derivanti dal vantaggio che alcune imprese possono acquisire ritardando o dilazionando nel tempo il pagamento dei loro debiti, non è di per sé in grado di assicurare il corretto e ordinato svolgimento della concorrenza né di soddisfare, secondo una logica di tipo macroeconomico, interessi generali che trascendono quelli dei singoli contraenti (96).

Muovendo da tale assunto la direttiva ha pertanto stabilito livelli minimi di tutela dei creditori, vincolanti per i legislatori nazionali, salva la facoltà di conservare o introdurre norme per essi più favorevoli (art. 6, co. 2).

---

(96) Diversamente V. PANDOLFINI, *La nullità degli accordi "gravemente iniqui" nelle transazioni commerciali*, ne *I contratti*, 2003, 502 s. ritiene che in tali finalità debba ricercarsi la ratio dell'art. 7, che dispone la nullità dell'accordo sulla data del pagamento e sulle conseguenze del ritardo che risulti gravemente iniquo a danno del creditore. Analogamente D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, ne *I contratti*, 2003, 627 s. individua nella contrarietà all'ordine pubblico la causa di una nullità conseguentemente assoluta e rilevabile d'ufficio. Più cautamente, A. PERRONE, *L'accordo « gravemente iniquo » nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, 77-78 si limita a rilevare la possibilità « che un'incrementata giustizia contrattuale aumenti l'efficienza del mercato ».

L'armonizzazione delle normative nazionali e l'eliminazione delle differenze di disciplina che possono ostacolare il commercio tra gli Stati membri sono state così subordinate alla realizzazione della finalità di protezione di una parte del rapporto obbligatorio. Né sembra corretto affermare che il raggiungimento di tale risultato non sia adeguatamente garantito dal carattere tendenzialmente dispositivo del regime legale (97), che può essere bensì derogato dall'autonomia privata, ma soltanto nei limiti in cui l'accordo non risulti gravemente iniquo per il creditore (art. 7), sul presupposto quindi che quest'ultimo non soltanto sia il soggetto tutelato dalla norma, ma sia altresì la parte economicamente più debole, come tale non in grado di rifiutare condizioni contrattuali eccessivamente squilibrate.

Solo in questi termini può del resto giustificarsi una disciplina di favore, che, pur derogando all'art. 1183, co. 1, c.c. e al principio in esso codificato secondo cui *quod sine die debetur statim debetur* (98), introduce comunque un limite alla possibilità delle parti di stabilire un termine d'adempimento più lungo, ove questo risulti irragionevolmente gravoso per il creditore. Analoghe ragioni spiegano inoltre la previsione d'interessi moratori particolarmente elevati, che decorrono automaticamente dal momento della scadenza, senza la necessità d'un atto scritto di costituzione in mora, pur quando non ricorra il presupposto stabilito dall'art. 1219, co. 1, n. 3), c.c., in quanto la prestazione non deve essere eseguita al domicilio del creditore.

Ma, nonostante la chiara finalità di protezione del contraente debole, la disegualianza tra le parti non trova espresso riconoscimento come elemento costitutivo delle fattispecie regolate dalle norme in questione, di tal che vi è il rischio che queste possano essere paradossalmente applicate alla lettera anche a favore del creditore che abbia in realtà un potere contrattuale nei confronti del debitore.

Lo stesso legislatore cerca di scongiurare il concreto verificarsi di tale evenienza limitando l'applicazione di tale disciplina alle sole obbligazioni pecuniarie che nascono dalle c.d. «transazioni commerciali», ossia da contratti tra imprese, comunque denominati, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo. In tal modo si esclude, infatti, che i termini legali di adempimento e le conseguenze

---

(97) Cfr. in senso contrario PERRONE, *L'accordo « gravemente iniquo »*, cit., 64.

(98) Sottolinea tale aspetto L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 80-81.

gravose previste per il ritardo possano applicarsi alle obbligazioni nascenti da contratti di finanziamento, nell'ambito dei quali la parte contrattualmente avvantaggiata è proprio il creditore, mentre il debitore è evidentemente il contraente debole in considerazione del bisogno di denaro che lo induce a chiedere la concessione del prestito.

La norma in questione, se per un verso costituisce un'ulteriore conferma che la disciplina dei ritardi nei pagamenti persegue finalità di protezione del creditore come contraente debole, per altro verso non riesce a delimitarne l'ambito applicativo in modo efficace e coerente. In assenza di correttivi, che in via interpretativa ne escludano l'operatività, questa dovrebbe comunque regolare anche quei rapporti che nascono da transazioni commerciali nelle quali la parte forte è proprio il creditore: ad esempio la grande impresa che si avvale di un distributore integrato nella propria organizzazione per commercializzare i suoi beni e servizi e nei confronti del quale essa vanta un credito per il pagamento dei corrispettivi dovuti.

In tal caso il debitore in ritardo sarebbe comunque gravato dall'obbligo di pagare interessi moratori previsti dall'articolo 5 d.lgs. n. 231/02, posto che esso, proprio per i rapporti di forza in essere con il creditore, difficilmente riuscirà a ottenere un tasso inferiore a quello stabilito dalla legge, con il rischio di conseguenze rovinose proprio per quelle imprese di piccole e medie dimensioni (99), che, invece, ove creditrici, la direttiva dichiaratamente intende salvare dal rischio di insolvenza (100).

Si potrebbe realizzare così un risultato in contrasto con la *ratio* della normativa applicata, per evitare il quale si legittima un'interpretazione razionale che ne delimiti l'ambito di applicazione in conformità con le finalità di protezione che essa persegue.

Si tratta peraltro non soltanto di impedire, in termini meramente «negativi», che tale disciplina possa operare nell'ipotesi in cui il creditore sia il contraente forte, ma anche di stabilire «in positivo» quando, viceversa, la posizione d'inferiorità in cui esso in ipotesi venga trovarsi dal punto di vista economico, sia sufficientemente qualificata,

---

(99) Mette opportunamente in evidenza questo rischio MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE*, cit., 83. Sembra invece ammettere l'applicazione di tale norma alle ipotesi in esame PERRONE, *L'accordo «gravemente iniquo»*, cit., 64-65, rilevando il carattere non lineare del quadro normativo.

(100) In tal senso vedi le finalità espressamente indicate nel Considerando n. 7 dir. n. 35/00.

anche in termini giuridici, da legittimare la protezione che la legge gli accorda, rendendo altresì ragione della previsione d'interessi in misura, che potrebbe risultare superiore ai limiti stabiliti dalla legge sull'usura. In termini di coerenza del sistema non si potrebbe, del resto, ammettere un risultato pratico sostanzialmente equivalente a quello vietato, semplicemente escludendo l'applicazione di tale disciplina alla pattuizione convenzionale d'interessi moratori (101), posto che anche in questo caso il debitore sarebbe comunque tenuto a una prestazione, che, secondo la stessa valutazione legale, risulta oggettivamente usuraria, a prescindere da ogni apprezzamento relativo alle ulteriori connotazioni della condotta concreta dei soggetti coinvolti (102). Dal punto di vista delle finalità di protezione che la norma persegue, infatti, assume rilevanza non tanto la natura risarcitoria o compensativa degli interessi dovuti, quanto i limiti entro i quali le parti possono lecitamente determinarne la misura, come dimostra anche il fatto che per il perfezionamento del delitto di usura è sufficiente la promessa di vantaggi usurari, quale che sia la veste formale a essi data nel contratto.

Né si potrebbe obiettare che, applicando in queste ipotesi l'art. 1815, co. 2, c.c. ed escludendo l'obbligo di pagare gli interessi di mora anche nella misura legale, si consentirebbe di fatto al debitore di sottrarsi alle conseguenze del proprio inadempimento. Proprio la natura penale della relativa clausola induce invece a ritenere che, ove questa sia nulla, trovi comunque applicazione la disciplina generale in materia di responsabilità contrattuale e di risarcimento del danno, che spetterà però al creditore provare nel suo concreto ammontare, di tal che il comportamento illecito del creditore sarà sanzionato con la perdita degli interessi moratori, senza però consentire al debitore di ritardare impunemente l'adempimento della propria obbligazione (103).

---

(101) La giurisprudenza e la dottrina prevalente sono, infatti, orientate a equiparare, dal punto di vista del giudizio di usurarietà, le diverse tipologie d'interessi convenzionalmente pattuiti dalle parti, indipendentemente dalla natura compensativa o moratoria degli stessi. In tal senso vedi per la dottrina TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, cit., 482-483 e per la giurisprudenza Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, cit. e App. Roma, 22 novembre 2006, in *Dir. prat. società*, 2007, 73.

(102) Cfr. al riguardo le considerazioni svolte supra al Cap. I, § 4, in merito alle finalità macroeconomiche di contenimento del costo del denaro perseguite dalla legge sull'usura.

(103) Risulta pertanto infondata la preoccupazione in tal senso manifestata da G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale e interpreta-*



Anche in caso di ritardo, pertanto, la previsione legale d'interessi comunque sproporzionati rispetto a quelli mediamente praticati in operazioni commerciali della medesima tipologia deve essere coerentemente esclusa quando il debitore versi in situazione di difficoltà economica e finanziaria tale da giustificare dal punto di vista sostanziale il divieto di pattuire interessi usurari. Ma, a prescindere dalla situazione soggettiva del debitore, questi non potrebbe ritenersi comunque obbligato a pagare interessi, che potrebbero superare addirittura il limite fisso del tasso soglia (104), in base a una regola che, pur essendo conforme alla lettera del d.lgs. n. 231/02, sarebbe inaccettabile, là dove il creditore non versi in una situazione di debolezza contrattuale giuridicamente rilevante, che possa eventualmente giustificare in termini razionali e coerenti un risultato altrimenti incompatibile con le valutazioni desumibili dalla normativa in tema di usura.

A tal fine non sembra potersi negare la rilevanza sistematica della norma sull'abuso di dipendenza economica (105) come regola generale applicabile, in assenza di rimedi più specifici, a tutti rapporti tra imprese (106). In quest'ottica si potrebbe desumere dall'art. 9 l. n. 192/98 un preciso criterio normativo in base al quale la disparità di potere contrattuale tra imprenditori, ove non sia diversamente connotata da altra norma, è giuridicamente rilevante nella misura in cui una delle parti sia economicamente dipendente dall'altra.

Tale requisito, peraltro, assume una concreta rilevanza pratica, oltre che al fine di stabilire la misura degli interessi moratori, anche nelle ipotesi in cui la debolezza economica di uno dei contraenti costituisce il presupposto implicito di applicazione di altre norme che introducono un controllo sullo squilibrio oggettivo del regolamento negoziale, secondo una valutazione che non è rimessa a criteri rigidamente determinati dalla legge, ma è affidata alla discrezionalità del

---

zione "autentica", in *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., 74 s., sul presupposto indimostrato di un completo esonero da responsabilità del debitore.

(104) In tal senso vedi MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., 82 nota 11.

(105) Sulla necessità di coordinare con tale disposizione la disciplina dei ritardi nei pagamenti MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE*, cit., 80-81. In tal senso vedi anche M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, 80 s.

(106) L'ambito di applicazione di tale norma va, infatti, oltre quello dei contratti di subfornitura, come abbiamo già argomentato in ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 1182.



giudice. È evidente, infatti, che in queste ipotesi la stessa iniquità dell'accordo non si connota come mera difformità rispetto a determinati giudizi di valore espressi dalla legge, di per sé sufficiente a giustificare la correzione, ma riflette uno squilibrio soggettivo nei rapporti tra i contraenti, che però il giudice deve valutare in base a un criterio di rilevanza comunque desumibile dal sistema.

In questo senso un sindacato discrezionale del giudice sull'equità delle pattuizioni sarebbe incompatibile con la stessa ricostruzione dogmatica dell'autonomia contrattuale, ove prescindesse dall'accertamento di un suo esercizio abusivo (107). Al di fuori di questa ipotesi è, infatti, riservata alle parti ogni valutazione circa la convenienza dell'affare, mentre una correzione giudiziale potrebbe ammettersi soltanto quando uno dei contraenti non abbia potuto esercitare un'effettiva libertà contrattuale (108).

Ma la debolezza di una parte può rendere ragione della tutela a essa riconosciuta solo se assume aspetti tipizzabili come elementi della fattispecie, altrimenti degrada a mera situazione fattuale, riscontrabile in tutte le relazioni di scambio, alle quali è in una certa misura sempre connaturata una qualche disparità tra i contraenti (109).

A tal fine, proprio la rilevanza sistematica riconosciuta alla dipendenza economica tra imprenditori conferisce una precisa consistenza giuridica alla disuguaglianza sostanziale tra le parti, in assenza di diverso criterio espressamente previsto dalla specifica norma considerata, e consente di leggere il giudizio sulla giustizia del contratto in termini di garanzia (e non di limitazione) dell'autonomia contrattuale rispetto a possibili abusi del contraente economicamente più forte.

---

(107) Vedi in tal senso anche il Considerando n. 19 dir. n. 35/00, secondo il quale « la presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale ». Ad analoga conclusione giunge peraltro, in materia di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 30 s.

(108) Il sindacato sull'equità del regolamento negoziale viene così a configurarsi, anche nei rapporti tra imprese, secondo un modello sostanzialmente corrispondente a quello elaborato nel *common law* dalla teoria della *unconscionability* causata da *inequality of bargaining power*. Questa regola, che ha poi trovato riconoscimento in materia di vendita al § 2-302 del *Uniform Commercial Code (UCC)* statunitense, secondo l'opinione del giudice Wright nel noto caso *Williams v. Walker Thomas Furniture Co.* [350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965)] consente di rigettare le azioni fondate su un contratto concluso senza la piena volontà di una parte e in termini irragionevolmente vantaggiosi per l'altra.

(109) NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta*, cit., 929 s.

Costituisce in tal senso un esempio significativo proprio la norma con la quale l'articolo 7, co. 1, d.lgs. 231/02 stabilisce la nullità dell'accordo sul termine di adempimento o sulle conseguenze del ritardato pagamento (110), qualora questo risulti *gravemente iniquo* in danno del creditore, avuto riguardo alla *corretta prassi commerciale*, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla *condizione dei contraenti* e ai *rapporti commerciali tra i medesimi*. La norma, pur attribuendo rilevanza all'iniquità oggettiva della clausola (111), quasi contraddicendosi, esige che la relativa valutazione sia effettuata anche in relazione alla situazione dei soggetti e ai rapporti tra di essi, ponendo altresì a confronto il loro comportamento con le regole di correttezza proprie del commercio. La legge sembra quindi presupporre implicitamente che l'accordo gravemente iniquo sia il risultato di un abuso di potere contrattuale, che però non trova espresso riconoscimento tra gli elementi della fattispecie (112).

In tal senso la norma riproduce un errore della traduzione italiana della direttiva alla quale dà attuazione, differenziandosi rispetto al testo francese della medesima, che invece richiede che il creditore sia vittima di un abuso manifesto (113).

Da questo punto di vista si giustifica un'interpretazione adeguatrice che renda il diritto interno conforme alla direttiva, limitando il sindacato sull'equità della clausola alle ipotesi in cui questa sia in realtà manifestazione non di autonomia, ma del comportamento scorretto del debitore, che ha approfittato della propria posizione di vantaggio (114).

---

(110) L'ampia espressione utilizzata nella norma è peraltro tale da comprendere non soltanto le deroghe alle norme speciali sul termine di adempimento e sul saggio legale d'interessi moratori, ma anche le modifiche convenzionali alle regole generali sulla responsabilità del debitore e sul contenuto dell'obbligazione risarcitoria. In tal senso vedi G. 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 *Studium iuris*, 2003, 11.

(111) Rileva la riguardo MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE*, cit., 81 che nella versione italiana il concetto di « abuso di potere contrattuale (...) viene (...) arbitrariamente sostituito nel testo della norma col diverso concetto di "iniquità" della clausola nel quale si esprime una valutazione oggettiva indipendente dalla verifica di un'intenzione abusiva di una delle parti e dunque inidonea a fornire un indice inferenziale di tale intenzione ».

(112) Sul punto vedi anche PERRONE, *L'accordo « gravemente iniquo »*, cit., 67.

(113) Sottolinea quest'aspetto MENGONI, *La direttiva 2000 /35 /CE*, cit., 81.

(114) Una regola generale in tal senso è espressamente prevista dall'art. 4:109 dei *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II* trad. it. a cura di C. Castronovo,

A sostegno di tale conclusione depone peraltro lo stesso articolo 7, che al secondo comma considera gravemente iniquo in particolare «l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntive a spese del creditore». Tale norma, infatti, in quanto espressione di un più generale principio, configura un'ipotesi specifica della più ampia fattispecie di abuso che determina l'iniquità della clausola e che trae a sua volta origine da una rilevante disparità di potere tra i contraenti.

Così ricostruita nei suoi esatti termini, la tutela contro i ritardi nei pagamenti troverà applicazione soltanto nei casi in cui sussista una disuguaglianza sostanziale sufficiente a giustificare il riequilibrio coattivo del rapporto, mentre di essa non potrà avvalersi, contro la *ratio* stessa della norma, il contraente forte, pur quando sia creditore di una somma di denaro dovuta in esecuzione di una c.d. «transazione commerciale», astrattamente ricompresa nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 231/02. Non potrebbe pertanto mai ritenersi gravemente iniquo e quindi nullo l'accordo con il quale il produttore concede a una piccola o media impresa, che distribuisce i suoi prodotti, termini di pagamento più lunghi di quelli previsti dall'art. 4, co. 2, del decreto sui ritardi nei pagamenti (115).

Nel contempo il controllo del giudice sull'equità dell'accordo con il quale le parti derogano alla disciplina legale assume un significato compatibile con il sistema, in quanto volto a garantire l'autonomia privata rispetto a eventuali abusi di potere contrattuale, che, in mancanza di un'espressa previsione di legge, non può che configurarsi in termini di dipendenza economica del creditore ai sensi dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura. Risulta, invece, vaga e priva di consistenza normativa la ricostruzione di un abuso della libertà contrattuale che prescindendo dall'esistenza tra le parti di una situazione di dipendenza economica e di qualsiasi altro fattore giuridicamente rilevante che abbia

---

Milano, 2001, 289 s., che consente a una parte di ottenere l'annullamento o la modifica del contratto qualora l'altra parte abbia tratto un vantaggio iniquo o un ingiusto profitto dalla situazione di dipendenza o di bisogno economica in cui la prima si trovava. Una disciplina analoga è prevista dall'art. 3.10 dei *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*.

(115) Esclude l'esistenza di limiti giuridici ad accordi di questo genere anche MENGONI, *La direttiva 2000 /35 /CE*, cit., 80.

indotto il creditore a concludere un accordo gravemente iniquo a proprio danno (116).

9. *La riduzione della penale manifestamente eccessiva: bilanciamento di interessi contrapposti e tutela del debitore rispetto al comportamento scorretto del creditore. Inammissibilità di un intervento ex officio da parte del giudice.*

Un'analoga questione relativa ai limiti e alle modalità con le quali il giudice può correggere l'eventuale squilibrio del regolamento pattuito dai contraenti si è posta con specifico riguardo alla riduzione della penale, il cui ammontare sia manifestamente eccessivo ai sensi dell'art. 1384 c.c. In particolare le sezioni unite della Cassazione sono intervenute per risolvere il contrasto di giurisprudenza, che si era manifestato tra le sezioni semplici, in ordine alla possibilità per il giudice di ridurre d'ufficio la misura della penale convenuta dalle parti.

La Cassazione si era infatti inizialmente espressa in senso affermativo, ritenendo che la riduzione della penale costituisce espressione di un potere che il giudice deve esercitare anche in mancanza di una domanda o di un'eccezione di parte (117). Quest'orientamento, disat-

---

(116) In questi termini la soluzione elaborata da MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, cit., 627 s. Ad analoghe obiezioni va peraltro incontro PERRONE, *L'accordo « gravemente iniquo » nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, cit., 70 e 72, il quale per un verso riconduce la norma in esame alla « logica propria della repressione dell'abuso del diritto » per altro verso ritiene che « la rilevanza della grave iniquità non risulta necessariamente contare la compresenza di un'anomalia del procedimento di formazione del contratto (*sub specie*, appunto, di stato di pericolo o di bisogno, abuso di dipendenza economica, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità commerciale da parte del contraente pregiudicato) ». In tal senso vedi peraltro anche DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., 134, secondo il quale, indipendentemente dalle « modalità che ne hanno caratterizzato la formazione, l'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze dei ritardi, che risulti gravemente iniquo a danno del creditore, è dunque nullo ».

(117) Così Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929 s., ricostruisce l'intervento correttivo del giudice come un aspetto del normale controllo che egli esercita sugli atti di autonomia privata, in ragione di un interesse primario dell'ordinamento e non come rimedio eccezionale a tutela di una parte contro la volontà da essa manifestata.

teso in altre successive pronunce della Suprema Corte (118), è stato poi ripreso in una sentenza del 2003 (119) e infine confermato dalle Sezioni unite (120).

Al riguardo i giudici di legittimità hanno ritenuto che la norma di cui all'articolo 1384 c.c. non abbia lo scopo di proteggere uno dei contraenti dall'imposizione abusiva di una clausola per lui eccessivamente svantaggiosa, ma mira a garantire, nell'interesse generale e oggettivo dell'ordinamento, l'adeguatezza della penale rispetto alla funzione risarcitoria o sanzionatoria che questa è chiamata a svolgere (121). La riduzione della penale, essendo finalizzata alla tutela d'interessi superiori che trascendono quello del singolo debitore concretamente coinvolto, deve allora ritenersi coerentemente sottratta alla sua disponibilità e rimessa a un potere che il giudice esercita d'ufficio anche in mancanza di un'istanza di parte (122). Secondo questa lettura, il potere correttivo riconosciuto al giudice costituirebbe attuazione del dovere di solidarietà sociale previsto dall'articolo 2 cost., che, attraverso la clausola generale di buona fede, si traduce nei rapporti intersoggettivi nell'inesigibilità della penale manifestamente eccessiva.

---

(118) Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, I, 2924 e Cass., 19 aprile 2002, n. 5691, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1075.

(119) In tal senso Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 553 s. ha ritenuto che il giudice possa ridurre d'ufficio la penale, nell'esercizio di un potere-dovere attribuito dalla legge per la realizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento, in conformità con i valori costituzionali che presiedono all'autonomia privata.

(120) Cass. s.u., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corr. giur.*, 2005, 1534 s. con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*. A tale orientamento ha aderito Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 981.

(121) La riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, peraltro, è stata recentemente prevista dall'art. 1383, co. 1, dell'*Avant-projet de réforme du droit des obligations*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 241 s., che ha espressamente accolto una soluzione opposta a quella del § 343 BGB, che invece ritiene necessaria ai fini della riduzione giudiziale una espressa domanda di parte.

(122) Sottolinea al riguardo Cass. s.u., 13 settembre 2005, n. 18128, cit. la contraddittorietà implicita in quelle pronunce che escludono la riduzione d'ufficio, pur affermando che la norma dell'art. 1384 c.c. non ha la funzione di proteggere il contraente economicamente più debole, ma garantisce l'equilibrio oggettivo del contratto. In una logica solo in parte diversa A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 152 osserva che la riduzione della penale, rispondendo all'esigenza di giustizia della sanzione, per evitare che essa si risolva in un mezzo di sopraffazione della controparte, è sottratta, in linea di principio, al potere dispositivo dei privati ed è operata d'ufficio dal giudice.

In realtà, proprio la correttezza, come metro per stabilire la misura, entro cui il creditore può concretamente esigere il pagamento della penale, segnala che tale pretesa incontra un limite in un contrapposto interesse del debitore (123), in ragione del quale il conflitto tra le parti deve essere risolto attraverso un bilanciamento giudiziale, che, pur essendo fondato su criteri di ragionevolezza e proporzionalità desumibili dal contesto sociale, attiene esclusivamente alle posizioni individuali dei soggetti coinvolti. Ne costituisce del resto una conferma la lettera stessa dell'articolo 1384 c.c., che impone di valutare l'ammontare della penale con riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, senza fare alcun riferimento a un presunto interesse generale all'equilibrio contrattuale.

In questo senso è certamente condivisibile l'opinione di una parte della giurisprudenza, secondo cui le conseguenze dell'inadempimento stabilite dai contraenti devono essere valutate equitativamente secondo i parametri di giudizio offerti dai contrapposti interessi privati (124).

Tale affermazione, peraltro, diversamente da quanto le Sezioni unite della Cassazione criticamente imputano ai propri precedenti difformi, non trae argomento dall'onere del debitore di allegare i fatti, sui quali il giudice deve fondare l'accertamento dei presupposti necessari per la riduzione della penale, posto che tale regola trova applicazione generale, indipendentemente dal fatto che tale potere sia esercitabile d'ufficio oppure no (125). La necessità di una domanda o

---

(123) La contraddizione insita nella motivazione delle Sezioni unite risulta peraltro chiara ove si consideri che, come rileva DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, cit., 1541, « ricorrendo il principio della "inesigibilità" di una pretesa creditoria, perché ritenuta "manifestamente eccessiva" avuto riguardo all'interesse del creditore (...), a sollevare l'eccezione e ad essere giudice della sua convenienza non può non essere che il soggetto che di quella "inesigibilità" intende avvalersi ». In tal senso vedi anche il magistrale insegnamento di L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089-1090, il quale ravvisa nella regola di correttezza un limite al diritto del creditore, che opera quando il suo interesse all'adempimento entri in conflitto con un interesse anche non patrimoniale del debitore, che risulti prevalente nel sistema dei valori protetti dall'ordinamento.

(124) Rileva in tal senso Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, cit., 2926, che « il giudice nell'esercizio del potere equitativo diretto alla determinazione dell'oggetto dell'obbligazione della clausola penale, non dispone di altri parametri di giudizio che quelli dati dai contrapposti interessi delle parti, al fine esclusivo di verificare se l'equilibrio raggiunto dalle parti nella preventiva determinazione delle conseguenze fosse equo o sia rimasto tale ».

(125) Giova al riguardo evidenziare che la stessa Cass. s.u., 13 settembre 2005,

eccezione della parte interessata prescinde, quindi, da questioni probatorie e trova fondamento in una prospettiva sostanziale, nella quale la riduzione della penale si configura come limite ai vantaggi che da essa il creditore può legittimamente trarre.

Le parti, infatti, attraverso la previsione di una siffatta clausola, a seconda della funzione che ad essa si riconosca, determinano l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore (126) ovvero pongono a carico di questo una sanzione che opera come deterrente rispetto all'eventuale inadempimento (127). In ogni caso predispongono uno strumento di cui creditore può avvalersi soltanto nella misura in cui il ricorso a esso sia funzionale alla soddisfazione proprio dell'interesse, che ne ha originariamente giustificato la previsione, e non alla realizzazione di ulteriori vantaggi personali, che invece i contraenti non hanno ritenuto meritevoli di tutela.

In questo senso l'utilizzo nell'art. 1384 c.c. del tempo imperfetto per indicare « l'interesse che il creditore *aveva* all'adempimento », come criterio di valutazione ed eventuale riduzione della penale, vale a escludere la rilevanza d'interessi diversi da quello che le stesse parti intendevano soddisfare attraverso la pattuizione in esame, ma non significa che a esso il giudice debba far riferimento con riguardo solo al momento della conclusione del contratto (128), contraddicendo così la

---

n. 18128, cit., 1536 riconosce che « la rilevabilità d'ufficio della nullità di un contratto prevista dall'art. 1421 c.c. non comporta che il giudice sia obbligato ad un accertamento d'ufficio in tal senso, dovendo invece detta nullità risultare *ex actis* ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo ». Si tratta peraltro di un convincimento diffuso in giurisprudenza: cfr. Cass., 29 marzo 2004, n. 6191, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2763.

(126) Così A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, I, 521 ritiene essenziale la funzione di risarcimento svolta dalla clausola penale e soltanto eventuale quella di sanzione o pena privata.

(127) È largamente diffusa in dottrina l'opinione che riconosce alla penale una funzione sanzionatoria e di coazione indiretta all'adempimento e non di mera liquidazione anticipata del danno risarcibile: cfr. per tutti G. PONZANELLI, *Pena privata*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 2. Rileva peraltro GORLA, *Il contratto*, cit., 244 nota 8 e 250, che le diverse finalità che la penale può alternativamente o contemporaneamente perseguire dipendono in realtà dalla misura — inferiore o superiore al danno prevedibile — in cui essa sia stata convenzionalmente determinata e dalla pattuizione della eventuale risarcibilità del danno ulteriore.

(128) Così invece G. DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, X, Torino, 1997, 419, secondo il quale sarebbero irrilevanti le vicende successive alla conclusione del contratto. Analogamente Cass., 5 agosto 2002, n. 11710, ne *I contratti*, 2003, 336 s., ha affermato che, ai fini della



scelta della norma stessa di rinviare a un momento successivo il controllo sull'eccessività della penale in ragione di fatti sopravvenuti quali il ritardo o l'inadempimento totale o parziale. Ne deriva che, attraverso la riduzione della penale, la pretesa del creditore viene contenuta entro limiti, che non sono determinabili soltanto in base a un criterio di oggettiva proporzionalità, ma presuppongono necessariamente la valutazione di un elemento soggettivo, quale appunto, secondo la lettera della norma stessa, l'interesse del creditore.

Non sembra perciò condivisibile l'opinione delle Sezioni unite, secondo cui il giudice dovrebbe intervenire d'ufficio non tanto a tutela d'interessi individuali, quanto piuttosto per garantire un controllo dell'ordinamento sull'atto di autonomia privata, che riguardi alternativamente l'equilibrio contrattuale o l'adeguatezza della sanzione.

Al riguardo va anzitutto detto che, in mancanza di qualsiasi nesso di corrispettività tra la penale e le prestazioni dedotte nel contratto, la correzione giudiziale non può in alcun modo ricondursi a finalità di garanzia dell'equilibrio contrattuale, a prescindere dalla tutela del debitore (129). Se l'interesse del creditore alla prestazione, ai sensi dell'art. 1174 c.c., può essere di natura non patrimoniale, il giudice, nel rapportare a esso la valutazione della penale (130), non può limitarsi a verificarne la corrispondenza meramente oggettiva al valore della pre-

---

riduzione della penale, la valutazione del giudice va riferita al momento in cui si è concluso il contratto, e non a quello in cui ne viene chiesto il pagamento, sicché rimane priva di rilevanza la sopravvenienza di fatti che ridimensionano l'interesse del creditore alla prestazione o l'entità del pregiudizio che ne deriva. In senso contrario vedi però Cass., 3 settembre 1999, n. 9298, in *Foro it.* on line, secondo la quale il giudice, richiesto di ridurre la penale, deve valutare l'incidenza concreta dell'inadempimento sulla realizzazione dell'interesse del creditore, con riguardo non solo al momento della conclusione del contratto, ma anche a quello successivo in cui la prestazione da questi attesa è stata, sia pure in ritardo, eseguita o è definitivamente rimasta ineseguita. Tale decisione appare peraltro conforme all'opinione espressa da parte della dottrina: cfr. A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, 195 e MARINI, *La clausola penale*, cit., 159. Alla medesima conclusione, inoltre, era già pervenuto GORLA, *Il contratto*, cit., 257, pur ritenendo tale interpretazione in contrasto con la formulazione letterale dell'art. 1384 c.c.

(129) Così invece DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 418.

(130) Esclude, infatti, GORLA, *Il contratto*, cit., 257 che l'ampio riferimento contenuto nell'art. 1384 c.c. possa ritenersi limitato all'interesse soltanto patrimoniale del creditore. In senso conforme, tra le opinioni più recenti, MARINI, *La clausola penale*, cit., 145. Di diverso avviso L. GHEDINI FERRI, *La riduzione della clausola penale e i valori dell'ordinamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 556 e A. DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 236.



stazione (131), ma deve prendere in considerazione anche le altre ragioni, che hanno indotto le parti a predeterminare le conseguenze del mancato adempimento (132).

Parimente, dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'escludere che possa assumere rilevanza ai fini della riduzione della penale l'entità oggettiva del danno provocato dall'inadempimento (133), posto che l'art. 1384 c.c. espressamente stabilisce che il giudice nella sua valutazione equitativa debba fare riferimento a un diverso criterio soggettivo, che attiene all'interesse del creditore all'adempimento, indipendentemente dalle conseguenze dannose, patrimoniali e non, che siano concretamente derivate dalla sua mancata soddisfazione (134). Il risarcimento del danno, anche non patrimoniale (135), soddisfa, infatti, un interesse succedaneo del creditore che resta concettualmente distinto

---

(131) In senso conforme vedi GORLA, *Il contratto*, cit., 257 e tra le opinioni più recenti MARINI, *La clausola penale*, cit., 144.

(132) Questa soluzione è espressamente accolta dal § 343 BGB, secondo cui per valutare l'adeguatezza della penale occorre prendere in considerazione ogni legittimo interesse del creditore e non solamente quello patrimoniale.

(133) A tale conclusione giunge, tra le altre, Cass., 8 maggio 2001, n. 6380, in *Foro it.* on line, secondo la quale il giudice deve valutare l'ammontare della penale in relazione all'interesse patrimoniale che il creditore avrebbe avuto alla esecuzione della obbligazione, ritenendo corretta la sentenza con la quale i giudici di merito con riguardo a tale interesse avevano ridotto equamente l'importo pattuito. In senso analogo vedi anche Cass., 23 maggio 2002, n. 7528, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 407, la quale tuttavia, pur escludendo la necessità di « una rigida ed esclusiva correlazione con l'entità del danno subito », ritiene che la valutazione dell'interesse del creditore all'adempimento abbia « riguardo alla effettiva incidenza dello stesso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale ». In dottrina vedi per tutti DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 419.

(134) Con argomenti sostanzialmente conformi MAGAZZÙ, *Clausola penale*, cit., 187, rileva il carattere tassativo dei casi in cui l'art. 1384 c.c. consente la riduzione della penale.

(135) La risarcibilità del danno non patrimoniale in sede contrattuale è espressamente prevista dall'art. 7.4.2 dei Principi Unidroit e dall'art. 9:501 dei *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte III*, trad. it. a cura di C. Castronovo, Milano, 2005, 409 s. Alla medesima conclusione è peraltro giunta nel nostro ordinamento la dottrina: cfr. M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 s., secondo la quale non c'è ragione di negare il risarcimento del danno non patrimoniale quando l'inadempimento riguardi un'obbligazione diretta a soddisfare interessi di natura anche non patrimoniale del creditore ai sensi dell'art. 1174 c.c. Come rileva inoltre CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 603, la tutela risarcitoria di tali interessi in sede contrattuale appare coerente con una concezione allargata del rapporto obbligatorio, comprensivo di obblighi ulteriori rispetto a quello

rispetto a quello primario, che aveva invece per oggetto la prestazione rimasta inadempita e in ragione del quale si giustifica la previsione della clausola penale. Né d'altra parte si potrebbe ritenere che l'intervento correttivo sia espressione di un'esigenza oggettiva di adeguatezza della sanzione privata rispetto alla condotta del debitore inadempiente, come dimostra la mancanza di qualsiasi riferimento alla gravità dell'inadempimento.

Alla luce di tali considerazioni appare certamente condivisibile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, « quale che sia la funzione della penale, non v'è dubbio che la possibilità della riduzione della misura fissata dalle parti sia prevista nell'esclusivo interesse del debitore al quale soltanto è rimessa, nell'esercizio della tutela dei propri diritti, la valutazione dell'eccessività della penale pattuita ovvero della sua sopravvenuta eccessività in relazione alla parte di esecuzione che il contratto ha avuto » (136).

Non sembra d'altra parte sufficiente ad escludere un intento protettivo nei suoi confronti l'argomento che le Sezioni unite traggono dalla lettera dell'articolo 1384 c.c. nella parte in cui non prevede « che il giudice debba tener conto della posizione soggettiva del debitore e del riflesso che sul suo patrimonio la penale può avere » (137).

Al contrario, il carattere unidirezionale dell'intervento giudiziale, che può soltanto ridurre la penale eccessiva, ma non aumentare quella irrisoria (138), consente di affermare che funzione della norma è quella di riequilibrare la clausola a favore del debitore, correggendo l'eccessivo squilibrio che essa determina a vantaggio del creditore (139). Tale

---

che ha per oggetto la prestazione, volti a proteggere beni diversi, anche non patrimoniali, di entrambe le parti.

(136) Così Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, cit., 2926.

(137) Cass. s.u., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., 1536.

(138) In questi casi peraltro l'interesse del creditore può trovare tutela in norme diverse dall'art. 1384 c.c., che prevedono la nullità come rimedio per impedire alle parti di introdurre, sotto le mentite spoglie della clausola penale, una limitazione di responsabilità, che a seconda dei casi può configurarsi come accordo gravemente iniquo sulle conseguenze del ritardato pagamento ai sensi dell'art. 7 d.lgs. n. 231/02, come patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica vietato dall'art. 9 l. n. 192/98, come clausola vessatoria che riduce le garanzie del consumatore nei confronti del professionista inadempiente ovvero come patto che limita preventivamente il danno risarcibile, in quanto tale nullo ai sensi dell'art. 1229, co. 1, c.c. con riguardo alle ipotesi di dolo o colpa grave.

(139) Un'ulteriore conferma in tal senso è offerta dalla *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile*, n. 632, Roma, 1942, ove si afferma che la disposizione in

aspetto del resto non è messo in dubbio dalla sentenza della Suprema Corte, la quale tuttavia lo considera una conseguenza secondaria e riflessa del controllo che il giudice esercita sull'atto di autonomia per evitare che nel darvi esecuzione i contraenti realizzino interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (140). Ma in questo modo il sindacato di meritevolezza degli interessi perseguiti dai privati finisce per trasformarsi in un'inammissibile valutazione di conformità dell'intero contratto o della singola clausola ai fini generali della società.

10. *Meritevolezza degli interessi privati e limiti dell'esercizio dell'autonomia contrattuale in un mercato di liberi scambi. Disponibilità ex post della tutela legale e riequilibrio del rapporto su istanza della parte interessata.*

Il disegno politico economico delineato dalla Costituzione repubblicana impedisce di ravvisare un limite dell'autonomia contrattuale nella necessità che essa risponda ad un generico criterio di utilità sociale. Questa interpretazione, già proposta al momento della codificazione, trova le sue radici nella cultura giuridica di quel determinato momento storico, dominata dalla preoccupazione, condivisa dallo stesso legislatore, di garantire la conformità degli atti privati agli obiettivi posti « dalla coscienza civile e politica e dall'economia nazionale » (141). Da questa prospettiva il contratto è lecito e ottiene

---

esame « mira a contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario », con finalità di protezione analoghe a quelle alle quali si ispira l'art. 1526, co. 2, c.c., espressamente richiamato per chiarire il significato della disposizione in esame.

(140) In tal senso Cass. s.u., 13 maggio 2005, n. 18128, cit., 1536-1537 afferma che « pur sostanziosamente la riduzione della penale in un provvedimento che rende in concreto meno onerosa la posizione del debitore e che deve essere adottato tenuto conto dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento, 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 », al fine di « evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma ».

(141) In questo senso la *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, cit., n. 603, che è ampiamente influenzata dal pensiero di E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 222, secondo il quale « l'autonomia

riconoscimento giuridico a condizione non soltanto che non sia contrario all'ordine pubblico, al buon costume e alle norme imperative, ma anche che sia conforme alle finalità generali dell'ordinamento giuridico, della cui realizzazione diviene quindi strumento (142)

La fine dell'ordinamento corporativo ha determinato, tuttavia, un radicale mutamento nella posizione della dottrina, che, contestando il fondamento ideologico di tale orientamento, ha sostenuto l'impossibilità di distinguere, nelle sue applicazioni, il giudizio di meritevolezza da quello diretto ad accertare l'esistenza di una causa giustificativa del contratto e la sua liceità (143).

In una fase successiva, tuttavia, il richiamo ai principi della solidarietà e dell'utilità sociale, depurati dal riferimento all'interesse economico nazionale e inseriti nel quadro dei valori costituzionali, ha segnato un ritorno delle teorie che subordinano l'azionabilità dei vincoli contrattuali alla loro rispondenza a fini generali, reputando immeritevoli di tutela i negozi che perseguono risultati, che non siano anche socialmente utili (144).

Ma anche questa lettura è contestata da chi ritiene incompatibile

---

privata non è tutelata se non in quanto persegua funzioni utili socialmente e rispondenti all'economia nazionale e all'ordine pubblico, non essendo più sufficiente, come in regime liberale, il limite puramente negativo che la causa del negozio non sia illecita ».

(142) In questi termini vedi G. VETTORI, *Il controllo del contratto da parte del giudice*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., II, 588.

(143) STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 29, seguito da GORLA, *Il contratto*, cit., 199 s.

(144) A questa corrente di pensiero possono ricondursi una pluralità di opinioni dottrinali, tutte accomunate dal convincimento che il requisito della meritevolezza implichi l'idoneità dell'atto a realizzare finalità di carattere sovraindividuale quali la « creazione valori produttivi » (F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Milano, 1970, 171 e 178-179) ovvero il soddisfacimento delle esigenze della comunità rilevanti secondo i parametri costituzionali (NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 46 s.).

La necessità che il contratto assolva ad una funzione sociale è stata riconosciuta da App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81 s., che ha ritenuto immeritevole di tutela il contratto atipico con il quale il socio di maggioranza di una società aveva promesso ad un commercialista un indennizzo per compensarlo dell'impegno da questi assunto di abbandonare la propria attività professionale per meglio espletare il mandato ricevuto dalla medesima società. In quell'occasione la Corte, pur reputando perfettamente lecito l'accordo intervenuto tra le parti, lo ha ritenuto non conforme ai « fini economico-sociali immanenti nel sistema », motivando tuttavia contraddittoriamente la propria decisione in relazione alla elusione delle « normali e legislativamente ben individuate e delimitate vie attraverso cui il semplice socio ... può

con il nostro ordinamento costituzionale ogni tentativo di funzionalizzare il contratto alla realizzazione di valori collettivi, che sono estranei alla nozione di autonomia negoziale come potere delle parti di autoregolamentare i loro rapporti per soddisfare esigenze individuali e non della società (145). In caso contrario questa finirebbe infatti per perdere il significato che le è proprio, per cui è essa stessa criterio di qualificazione giuridica senza bisogno di giustificazione materiale, e si trasformerebbe in mera discrezionalità tecnica per l'attuazione dei programmi economici sotto il controllo della pubblica autorità (146).

Così, se taluno in dottrina propende per la sostanziale identità tra i criteri che presiedono al controllo di meritevolezza degli interessi e quelli sui quali invece si basa il giudizio di liceità (147), altri propongono una lettura circoscritta al piano della valutazione degli interessi privati e finalizzata a verificare l'equilibrio del regolamento contrattuale a tutela del contraente debole contro gli abusi della parte economicamente più forte (148). Prevale in ogni caso l'idea che la concreta esplicitazione dell'autonomia contrattuale, attraverso la determinazione

---

formalmente svolgere le proprie iniziative dirette ad influire nella gestione degli affari sociali ».

(145) Così G. B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1993, 321.

(146) In questi termini L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, 12-13.

(147) In tal senso vedi BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., 221; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 175-176; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, 212 nota 73 e G. B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, ora in *Saggi di diritto civile*, cit., 339-340, il quale pure esclude che l'art. 1322 c.c. sia un doppione dell'art. 1343 c.c., affermando il primo l'esigenza di meritevolezza e individuando il secondo i criteri per stabilire quando questa è soddisfatta. Ritiene invece necessaria una valutazione di conformità costituzionale, preventiva e distinta rispetto a quella di liceità M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, 430, la quale ne individua l'oggetto non nella causa del negozio, ma nello schema contrattuale (atipico) adottato dalle parti.

(148) Così R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, 333 s. Non sembra peraltro che attraverso la norma in esame si possa dare ingresso a un sindacato generalizzato sulla congruità delle reciproche prestazioni, che, invece, nel nostro ordinamento assume rilevanza soltanto in norme specifiche, connotate dalla presenza di ulteriori requisiti espressamente previsti dalla legge, così palesando l'insufficienza, ai fini dell'invalidità contrattuale, della mera iniquità delle condizioni pattuite dalle parti. In senso analogo vedi G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 754, il quale esclude che la

dei suoi contenuti e finalità, sia rimessa all'iniziativa e alla scelta dei privati (149). Corrispondentemente si elabora un concetto più ampio di causa, intesa come funzione concreta del singolo contratto, necessaria al raggiungimento del risultato voluto dai contraenti (150).

Tale conclusione sembra del resto trovare conferma nella previsione dell'art. 41, co. 3, cost., che riservando alla legge il compito di determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica, anche privata, possa essere indirizzata e coordinata ai fini sociali, implicitamente riconosce che, in mancanza di un'espressa previsione normativa in tal senso, il contratto non deve essere finalizzato al perseguimento di obiettivi distinti ed eventualmente contrapposti agli interessi dei contraenti né deve conformarsi a un criterio generale e astratto di utilità collettiva (151).

L'interesse sociale d'altra parte non ha mai realmente assunto il ruolo di criterio direttivo volto a guidare coattivamente l'attività d'impresa (152) neppure nell'epoca, ormai tramontata, in cui si teorizzava la necessità di un intervento pubblico, nelle forme della programmazione, come fattore in grado di indirizzare l'economia nazionale verso determinati risultati, anche mediante l'imposizione di vincoli all'autonomia contrattuale imperativamente determinati dalla legge (153). Questo

---

sproporzione tra le prestazioni possa assumere rilevanza al di fuori delle ipotesi normativamente previste.

(149) In questo senso A. PAVONE LA ROSA, *Autonomia privata e formazione eteronoma del regolamento contrattuale*, in *Riv. not.*, 1970, 220. Al riguardo cfr. altresì OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., 29, secondo il quale « meritevolezza del contratto è qualcosa di più che liceità, ma molto meno che perseguimento dell'interesse generale e anche meno che conformità all'interesse generale ». Da questa prospettiva potrebbe essere valorizzata la lettura proposta da F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 68 e 99, secondo il quale l'art. 1322 c.c. impone di accertare l'esistenza di una seria e definitiva volontà delle parti di vincolarsi giuridicamente.

(150) Vedi sul punto VETTORI, *Il controllo del contratto da parte del giudice*, cit., 589.

(151) In tal senso le osservazioni di F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto dallo stesso Galgano, I, Padova, 1977, 513-514.

(152) Così G. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 621 s. e GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, cit., 513.

(153) Osserva al riguardo MENGONI, *Programmazione e diritto*, cit., 7 che « la programmazione traduce o tende a tradurre il vincolo sociale della libertà di iniziativa privata in una componente strutturale della libertà medesima ».

argomento trova ulteriore risalto nell'attuale contesto normativo, nel quale la libera contrattazione si configura come valore in sé meritevole di tutela, in quanto strumento per la soddisfazione di bisogni leciti dei contraenti, anche quando non sia direttamente e specificamente finalizzata ad accrescere il benessere generale della collettività. La libertà delle parti di determinare i fini della loro attività negoziale ha, infatti, trovato ampio riconoscimento nel nostro sistema, che, in seguito al tramonto del modello dirigistico, caratterizza sempre più l'intervento statale in funzione di regolazione e garanzia dei meccanismi concorrenziali e del mercato, come istituzione alla quale è rimesso principalmente il compito di favorire attraverso liberi scambi l'allocatione ottimale delle risorse economiche (154). Da questa prospettiva non sembra più possibile contrapporre agli interessi lecitamente perseguiti dai contraenti un interesse generale della società tanto meno ove questo operi come limite all'esercizio della loro autonomia.

Parimente il controllo giudiziale sull'adeguatezza della penale pattuita dai contraenti è funzionale a risolvere un conflitto tra contrapposti interessi privati e non può pertanto intendersi alla stregua di uno strumento del quale l'ordinamento si avvale per condizionare positivamente le scelte dei privati verso il perseguimento di finalità generali della collettività.

Il potere del giudice di ridurre equamente la penale si configura allora come rimedio a protezione dell'interesse particolare del debitore che, in assenza di precisi indici normativi d'indisponibilità, è azionabile soltanto dal soggetto tutelato (155), alla cui iniziativa va pertanto subordinata la valutazione relativa all'ammontare manifestamente eccessivo della penale ovvero alla sua sopravvenuta onerosità rispetto alla parte di prestazione rimasta inadempita.

A favore di tale conclusione depone inoltre la considerazione che

---

(154) Su questo punto è condivisibile la teoria economica dei contratti, secondo la quale — in condizioni ideali di concorrenza — la contrattazione è lo strumento più efficiente per allocare le risorse. In tal senso vedi R. A. POSNER, *Some Uses and Abuses of Economics in Law*, 46 *U. Chi. L. Rev.*, 1979, 281 da una prospettiva che mette in evidenza il legame tra il modello classico della libertà contrattuale e la dottrina neoclassica della massimizzazione del benessere.

(155) Sulla rilevanza d'ufficio della nullità come regola processuale che sottrae gli interessi tutelati dalla norma sostanziale al potere di disposizione delle parti sia consentito rinviare ad ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 26 s. e 59 s. Ma si tratta di un principio che trova applicazione anche in altre ipotesi (cfr. art. 2969 c.c.).



la riduzione giudiziale della penale non ha riguardo a rapporti connotati da una disparità di potere contrattuale (156), ma tutela il debitore rispetto a eventuali abusi del creditore, che possono trarre origine anche da situazioni occasionali e contingenti che si verificano dopo la conclusione del contratto. Sarebbe pertanto priva di fondamento razionale, oltre che normativo, la ricostruzione che pretenda di affidare paternalisticamente al giudice il riequilibrio del regolamento negoziale, indipendentemente da un'iniziativa della parte interessata.

Né in senso contrario può attribuirsi rilevanza all'espressione con la quale l'articolo 1384 c.c. stabilisce che la penale « può » ma non « deve » essere ridotta dal giudice per desumere che non esiste un corrispondente diritto del debitore alla riduzione e che pertanto questa può essere effettuata anche d'ufficio (157).

In realtà, quest'argomento letterale finirebbe per provare troppo: il giudice, infatti, nel momento in cui ha un potere, « può » cioè compiere un determinato atto, ha anche il dovere di compierlo, ove ritenga, nell'esercizio della propria discrezionalità, che sussistono i presupposti e le condizioni previste dalla legge. Ma questa è proprio la domanda alla quale occorre dare risposta, se cioè l'esercizio di tale potere/dovere prescindia dall'iniziativa del debitore o se questi abbia facoltà di disporre a propria scelta.

Le considerazioni sino a questo momento svolte inducono a ritenere che il giudice « può » e quindi « deve » ridurre la penale soltanto su istanza di parte.

11. *Correzione giudiziale e nullità parziale dell'assetto negoziale: due diverse tecniche a confronto.*

In base ad argomenti analoghi va altresì respinto anche il tentativo compiuto in dottrina di far discendere la riducibilità d'ufficio della

---

(156) Tale aspetto è rilevato anche da Cass., 6 aprile 1978, n. 1574, secondo la quale il potere del giudice di diminuire equamente la penale non ha la funzione di proteggere il contraente economicamente più forte, bensì mira alla tutela e ricostituzione dell'equilibrio contrattuale, evitando che da un inadempimento parziale o, comunque, d'importanza non enorme, possano derivare conseguenze troppo gravi per l'inadempiente.

(157) Così Cass. s.u., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., 1535, nella quale peraltro si rileva che un diritto del debitore alla riduzione in caso di parziale adempimento della prestazione è escluso pure da sentenze che contraddittoriamente ritengono tale penale riducibile d'ufficio: cfr. Cass., 7 luglio 1981, n. 4425.



penale dalla nullità della clausola che ne stabilisce l'ammontare in misura manifestamente eccessiva (158). In questo senso si è sostenuto che l'art. 1384 c.c., disponendo la riduzione della penale in ragione delle sue caratteristiche oggettive, implicitamente ne vieta anche la pattuizione. Ne consegue che il giudice, rilevatane d'ufficio la nullità per contrarietà a norma imperativa, dovrebbe anche determinarne equitativamente l'ammontare in sostituzione della diversa volontà manifestata dalle parti. In tal modo la clausola nulla sarebbe sostituita da una diversa regola, che però, a differenza di quanto prevede l'articolo 1339 c.c. non è imposta « dalla legge », ma è stabilita dal giudice.

In realtà l'affermazione della nullità appare incompatibile con la stessa disciplina legale, che per un verso non contiene elementi sufficienti perché si possa ritenere indisponibile la tutela apprestata (159), per altro verso prevede la necessità di un intervento giudiziale per limitare gli effetti di una clausola, che pertanto non può neppure in parte considerarsi nulla e improduttiva di effetti (160). Diversamente, infatti, da quanto avviene nell'ipotesi di riduzione o sostituzione *legale* di clausole (161), nelle quali la pattuizione privata è automaticamente e originariamente improduttiva di effetti (162), che siano in contrasto con la previsione della legge ovvero che superino oltre i limiti quantitativi da essa stabiliti (cfr. ad es. art. 2596 c.c.), nel caso in esame il *giudice* interviene per impedire che possa ricevere integrale attuazione una clausola che altrimenti sarebbe pienamente efficace (163).

---

(158) Questa è la conclusione alla quale giunge T. FEBBRAJO, *La ridicibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 608-613 in base agli argomenti di seguito esposti.

(159) Vedi le considerazioni svolte *supra* nel Cap. II, §§ 4-5 sull'indisponibilità della tutela come criterio distintivo della norma imperativa, la cui violazione determina, pur in mancanza di un'espressa previsione in tal senso, la nullità del contratto.

(160) Cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 247.

(161) Sono queste le ipotesi alle quali fa riferimento E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, 151 s.

(162) Non sembra peraltro assumere rilevanza ai fini del nostro discorso la questione dibattuta in dottrina relativa al modo di operare della legge, che a seconda delle diverse opinioni si sostituisce alla volontà contrattuale (L. GERI, *Sul significato del termine "clausola" in relazione al comma 2° dell'articolo 1419*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 691) o ne riduce gli effetti (D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Milano, 1961, II, 300, 310, 345, 645).

(163) In tal caso, infatti, come rileva Cass. s.u., 1 settembre 2005, n. 18128, cit., 1537, « una inserzione automatica della disciplina legislativa, in sostituzione di quella pattizia, non è possibile perché non può essere determinata in anticipo la prestazione

Non è tuttavia escluso che la previsione convenzionale di una penale manifestamente eccessiva possa ritenersi nulla fin dall'origine per violazione di norme diverse dall'art. 1384 c.c., là dove però configuri un vero e proprio abuso di potere contrattuale che si traduca nella pattuizione d'interessi o di altri vantaggi usurari (164), nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie nei confronti di un'impresa economicamente dipendente ovvero nella predisposizione di una clausola vessatoria a carico del consumatore. Anche in quest'ultimo caso, peraltro, il differente trattamento riservato ai contratti dei consumatori si spiega non già in ragione di un concetto di « eccessività », che, ai sensi dell'art. 33, lett. f), cod. cons., è diverso da quello che invece giustifica la riduzione giudiziale della penale, ma sempre in una logica di temperamento degli interessi in conflitto e di riequilibrio del rapporto (165), che però si realizza attraverso un rimedio, quale è la nullità, tipicamente sottratto alla disponibilità del contraente debole e diretto a impedire in radice gli effetti del regolamento negoziale abusivamente imposto.

L'art. 1384 c.c. prescinde, invece, nella sua applicazione dall'accertamento concreto di una situazione strutturale di disuguaglianza tra i contraenti e presuppone soltanto che il regolamento, validamente pattuito, nella sua concreta attuazione evidenzi una pretesa eccessiva del creditore, rispetto alla quale il debitore possa eventualmente invocare l'intervento giudiziale in base a una valutazione che egli è in grado di compiere al riparo da indebiti condizionamenti della controparte.

In questo caso, peraltro, la riconduzione a equità si realizza, su istanza di una delle parti, direttamente e immediatamente in contrapposizione alla clausola da esse voluta e non sotto forma di integrazione

---

dovuta da una delle parti, che quindi non può essere automaticamente inserita nel contratto ».

(164) Vedi TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, cit., 483.

(165) In questo senso non sembra condivisibile la ricostruzione proposta da S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, sub artt. 1382-1384, Milano, 1999, 74, secondo il quale l'accertamento del carattere vessatorio della clausola penale inserita nei contratti dei consumatori presuppone una valutazione unilaterale del solo interesse protetto, a prescindere da qualsiasi giudizio circa l'adeguatezza di essa rispetto al contrapposto interesse del professionista. Tale conclusione contraddice, infatti, la stessa nozione di clausola vessatoria, che, ai sensi dell'art. 33, co. 1, cod. cons., presuppone necessariamente un significativo squilibrio di diritti e obblighi nei rapporti reciproci tra i contraenti, tenuto conto anche di altre clausole del contratto medesimo o di altro contratto a esso collegato (art. 34, co. 1, cod. cons.).

di un regolamento di interessi parzialmente nullo, secondo quella che è invece la tecnica di tutela predisposta a favore del creditore rispetto all'accordo gravemente iniquo sui termini di adempimento e sulle conseguenze del ritardo nelle transazioni commerciali. In quest'ultimo caso, infatti, l'art. 7, co. 2, d.lgs. n. 231/02 stabilisce espressamente che il giudice, rilevata d'ufficio la nullità « applica il termine legale ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo ».

La determinazione equitativa del giudice opera quindi in alternativa alla disciplina dispositiva di legge e svolge una funzione suppletiva rispetto alla volontà privata, là dove questa si sia tradotta in un accordo nullo in quanto gravemente iniquo. Non vi è, pertanto, incompatibilità logica tra la nullità dell'accordo e la sua riconduzione ad equità (166), da parte del giudice, il quale non corregge il regolamento contrattuale, ma lo integra nella parte in cui la legge *espressamente* lo dichiara nullo e privo di effetti.

Né sembra che vi siano valide ragioni per sostenere che, anche laddove questo sia parzialmente nullo, debbano necessariamente applicarsi le norme dettate in funzione suppletiva della regola convenzionale mancante (167), tant'è che lo stesso articolo 7, co. 3, ne prevede l'applicazione solo con riguardo ai termini di adempimento, in alternativa alla determinazione equitativa del giudice, al quale è invece affidato in via esclusiva il potere di stabilire le conseguenze del ritardo attraverso l'elaborazione di una regola concreta eventualmente diversa rispetto a quella prevista dalla legge. Così, mentre nel primo caso il giudice dovrà motivare la propria scelta di applicare termini di pagamento diversi da quelli legali (168), nel secondo caso potrà determinare la misura degli interessi moratori indipendentemente dal riferimento al

---

(166) Così invece U. PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 192 s. e DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 13.

(167) Prospetta, invece, questa soluzione in alternativa a quella che esclude la nullità PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale*, cit., 192 s.

(168) Vedi PANDOLFINI, *La nullità degli accordi "gravemente iniqui" nelle transazioni commerciali*, cit., 511 s. Per un esame delle ragioni che possono indurre il giudice a stabilire equitativamente un termine di adempimento diverso da quello previsto dalla legge vedi MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità*, cit., 632, il quale attribuisce rilevanza tra l'altro all'eventuale esistenza di una prassi commerciale corretta, che con riguardo ai rapporti tra le singole parti, a un determinato settore o a un certo luogo, si discosti dalla norma di *ius dispositivum*.

tasso previsto dalla legge, che troverà pertanto applicazione soltanto in mancanza di diverso accordo tra le parti.

Né per altro verso si potrebbe ritenere privo di giustificazione razionale il diverso trattamento che sarebbe riservato alle ipotesi in cui manchi una regolamentazione convenzionale rispetto a quelle in cui questa sia gravemente iniqua (169). In quest'ultimo caso, infatti, l'intervento giudiziale consente di attribuire rilevanza all'assetto che le parti hanno dato ai loro interessi e che, pur essendo invalidamente pattuito, non può essere completamente obliterato, in quanto costituisce significativa espressione della condizione dei contraenti e dei rapporti tra di essi, che lo stesso articolo 7, co. 3, opportunamente indica tra i criteri sui quali deve basarsi la riconduzione ad equità dell'accordo.

In tal caso del resto la rilevanza giuridica riconosciuta alla volontà manifestata dalle parti come indice di una situazione di fatto sarebbe comunque compatibile con la nullità della corrispondente pattuizione negoziale (170).

Viceversa, in mancanza di un accordo con il quale le parti abbiano inteso derogare, sia pure invalidamente e senza effetti, alla disciplina legale, questa troverà applicazione in via esclusiva e non alternativa alla determinazione equitativa del giudice. In tal caso, infatti, l'equilibrio del rapporto si realizza, secondo le modalità consuete, in conformità con la valutazione astratta espressa nella disciplina dispositiva di legge. Questa del resto non solo preclude il ricorso all'equità come fonte d'integrazione del contratto, in base alla regola generale dell'articolo 1374 c.c., ma costituisce altresì, per espressa scelta legislativa, l'unica fonte adeguata a regolare gli interessi in conflitto, non avendo le parti espresso alcuna volontà difforme.

Diversamente, nell'ipotesi di penale manifestamente eccessiva la determinazione equitativa del giudice non assolve una funzione inte-

---

(169) Così invece PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, cit., 193 spec. nota 21.

(170) Analogamente l'art. 1338 c.c. attribuisce rilevanza alla volontà manifestata, sia pure invalidamente dalle parti, come criterio di giudizio dal quale il giudice non può logicamente prescindere nel determinare il danno che una di esse, in ragione dell'omessa comunicazione delle cause d'invalidità contrattuale, ha subito per aver confidato senza sua colpa della validità del contratto. Per ulteriori considerazioni sulla rilevanza ed efficacia del contratto nullo e sui limiti del principio *quod nullum est nullum producit effectum* sia consentio rinviare ad ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 67 s.

grativa della volontà privata per la parte in cui questa manchi o sia nulla, ma mira direttamente a correggere l'assetto che le parti hanno dato ai loro interessi. La correzione del regolamento contrattuale si realizza così soltanto nella fase della sua attuazione in giudizio, secondo modalità diverse da quelle che postulano la nullità della clausola e l'applicazione della disciplina dispositiva di legge o la diversa regola elaborata dal giudice.

La differenza tra le due tecniche di tutela emerge peraltro non solo in relazione ai diversi poteri riconosciuti al giudice, ma anche con riguardo alla regola sostanziale che questi deve applicare. Così ad esempio, qualora la penale manifestamente eccessiva sia inserita nei contratti tra consumatori e professionisti, la nullità della clausola (vessatoria) e la conseguente applicazione della regola legale comportano che il risarcimento conseguente all'inadempimento del debitore sia comunque commisurato al danno effettivamente cagionato, anche quando questo, non potendo essere provato nel suo preciso ammontare, sia liquidato dal giudice secondo equità ai sensi dell'articolo 1226 c.c. Al di fuori di questa ipotesi, invece, la somma spettante al creditore è determinata equitativamente in relazione non al pregiudizio da questi subito, ma all'interesse che egli aveva all'adempimento della prestazione.

La possibilità di attribuire rilevanza all'interesse del creditore non solo come metro di valutazione dell'eccessività della penale, ma pure come criterio per ridurne equitativamente l'ammontare, trova conferma nel fatto che a esso il giudice, secondo la formulazione dell'art. 1384 c.c., deve avere *sempre* riguardo, anche quando l'esercizio del potere correttivo non richieda il preventivo accertamento di uno squilibrio del regolamento negoziale, ma sia *a priori* legittimato dall'adempimento parziale del debitore, onde si tratti di stabilire soltanto al misura entro cui questi è obbligato.

La volontà della parte, quindi, conserva comunque una residua efficacia, che è incompatibile con la nullità della clausola soggetta a riduzione. Né del resto questa potrebbe ritenersi comunque contraria a norma imperativa, ma non nulla, per effetto di una diversa disposizione di legge, fatta salva dall'articolo 1418, co. 1, c.c. (171). La configurabilità di un divieto legale della clausola, relativa alla penale

---

(171) In tal senso l'art. 1384 c.c. potrebbe astrattamente configurare un'eccezione legale alla regola della nullità, attraverso la previsione di un rimedio logicamente incompatibile con la radicale e originaria inefficacia della clausola penale.

oggetto di riduzione, è infatti smentita dalla constatazione che la prestazione a tal fine prevista dalle parti potrebbe risultare manifestamente eccessiva, non in ragione dell'intrinseco contenuto della pattuizione, ma in conseguenza dell'adempimento parziale del debitore, verificatosi successivamente alla conclusione del contratto.

L'applicazione della medesima regola in entrambe le ipotesi (172) mette in evidenza che il potere del giudice di ridurre la penale prescinde dal fatto che quel determinato regolamento contrattuale sia vietato dalla legge sin dal momento in cui fu stipulato. Proprio la rilevanza a tal fine attribuita a fatti sopravvenuti costituisce invece una conferma dell'opposta ricostruzione, che pone a fondamento del rimedio in esame l'inesigibilità anche sopravvenuta della penale e la scorrettezza del comportamento del creditore, che ne pretenda il pagamento nella misura pattuita, nonostante questa nella successiva fase esecutiva si riveli manifestamente eccessiva rispetto all'interesse originario alla prestazione ovvero ci sia stato un adempimento parziale (173).

Coerentemente con tale linea argomentativa le Sezioni unite della Cassazione hanno, infatti, affermato la validità della relativa clausola, rilevando che, nel disciplinare l'istituto in esame, la legge ha riconosciuto alle parti la possibilità di predeterminare in tutto o in parte l'ammontare del risarcimento dovuto dal debitore inadempiente ovvero di porre a suo carico una sanzione per l'inadempimento, ma nell'ampliare in tal modo l'autonomia privata ha comunque riservato al giudice il potere di verificare che il suo esercizio non abbia superato i limiti, oltre i quali risulterebbe manifestamente iniquo.

A tal fine l'ordinamento ha spostato il controllo giudiziale dalla fase formativa dell'accordo — che ha ritenuto comunque valido, quale che fosse l'ammontare della penale — alla sua fase attuativa, prevedendo la possibilità per il giudice di accogliere solo in parte la domanda del creditore a una prestazione, che risulti manifestamente eccessiva in ragione dell'interesse che ne ha originariamente determinato la previ-

---

(172) La possibilità di ridurre la penale era, infatti, riconosciuta dall'art. 1214 del codice civile del 1865 solo nell'ipotesi di adempimento parziale, alla quale è stato equiparato nel codice vigente il caso in cui essa risulti manifestamente eccessiva rispetto all'interesse del creditore.

(173) Si configura quindi un rimedio corrispondente a quello previsto dal § 275, Abs. II, BGB, che nel testo risultante dalla *Modernisierung des Schuldrechts* consente al debitore di rifiutare la prestazione qualora la sua esecuzione comporti oneri che sono gravemente sproporzionati rispetto all'interesse del creditore all'adempimento.

sione ovvero in conseguenza del suo parziale adempimento (174), secondo una valutazione che compete in primo luogo al debitore, alla cui richiesta è subordinato l'intervento giudiziale.

La scelta di siffatta tecnica di tutela risponde peraltro anche a un'esigenza di economia processuale, che limita la possibilità di invocare la riduzione giudiziale alle sole ipotesi nelle quali, verificatosi l'inadempimento, sia stato concretamente richiesto il pagamento della penale (175).

Da questa prospettiva è evidente che oggetto di disapprovazione non è il contenuto negoziale della clausola, che non può ritenersi di per sé squilibrato, ma la pretesa del creditore alla sua esecuzione integrale, nella misura in cui manifesta una condotta contraria alla buona fede (176). Corrispondentemente la violazione della regola di correttezza non si risolve nella mera sproporzione oggettiva dell'accordo, ma implica anche una valutazione del comportamento concreto del creditore in base a un criterio soggettivo, qual è l'interesse che egli aveva alla prestazione e in relazione al quale la sua richiesta si rivela abusiva (177).

---

(174) Cass. s.u., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., 1537.

(175) Si configura quindi una regola che, al di là della diversa formulazione letterale, corrisponde sostanzialmente a quella prevista dall'art. 1464 c.c., nella parte in cui ammette che un contraente possa chiedere al giudice di ridurre la prestazione dovuta, allorché questa sia divenuta eccessivamente onerosa per effetto della parziale impossibilità sopravvenuta della controprestazione. In tal caso peraltro l'espressa previsione di un « diritto » alla riduzione si spiega, oltre che in termini di migliore redazione della norma dal punto di vista tecnico, anche in ragione della previsione di una facoltà, alternativamente concessa alla medesima parte, di recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

(176) Il debitore che abbia pagato integralmente la penale non potrà pertanto pretendere la parziale restituzione. Tale conseguenza, corrispondente a quella prevista dal § 343 BGB, prescinde tuttavia dal riconoscimento del carattere disponibile della tutela in esame e dall'esclusione del potere del giudice di intervenire d'ufficio. Infatti, pur quando manchi una manifestazione, anche per fatti concludenti, della volontà di rinunciare alla riduzione, il pagamento dell'intera penale trova comunque idonea giustificazione nell'esistenza di un corrispondente diritto del creditore, al quale il debitore ha dato spontaneamente attuazione. L'impossibilità di ripetere quanto pagato nonostante l'inesigibilità rende pertanto inutile e priva di significato la pronuncia del giudice, sia essa meramente dichiarativa della misura entro cui la penale deve considerarsi equa, sia essa modificativa di una clausola che fino a quel momento resta comunque pienamente efficace.

(177) In questo senso buona fede ed equità restano distinte, pur assolvendo in maniera coordinata al medesimo compito di limitare il diritto del creditore nel suo esercizio, secondo un modello di tutela che può riscontrarsi anche nelle ipotesi in cui



Non si potrebbe del resto obiettare che nel caso di parziale adempimento « non vi è nulla di *scorretto* nel comportamento del creditore quando l'esigenza *riduttiva* nasce, non già dal suo essere originariamente *eccessiva*, bensì da una sproporzione oggettiva apprezzabile solo successivamente e per effetto pur sempre di un inadempimento del debitore e quindi, semmai, di un comportamento scorretto di quest'ultimo » (178).

In realtà la responsabilità della parte inadempiente trova fondamento sul piano oggettivo nella permanenza del vincolo obbligatorio e nella mancata realizzazione del programma che ne costituisce l'oggetto, a prescindere dalla violazione imputabile al debitore di una regola di condotta (179): le ragioni per le quali il debitore non ha adempiuto esattamente l'obbligazione possono eventualmente rilevare esclusivamente come causa che rende a esso imputabile l'eventuale sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione, impedendogli di liberarsi dell'obbligazione anche per la parte residua. Diversamente l'adempimento parziale, in quanto presuppone che sia in parte soddisfatto l'interesse alla prestazione (180), estingue parzialmente l'obbligazione e non può in alcun modo configurare un illecito, considerato anche che il creditore, accettandolo invece di rifiutarlo ai sensi dell'articolo 1181 c.c., lo ha concretamente ritenuto utile, onde egli scorrettamente chiede il pagamento integrale di una penale, che era stata in realtà pattuita per un inadempimento che però non si è verificato nei termini previsti.

Da questa prospettiva, la riduzione giudiziale si configura come rimedio alternativo alla nullità, il quale non limita la validità dell'atto di autonomia privata, ma mira ad impedire che la sua attuazione concreta avvenga in contrasto con la regola di buona fede.

---

l'ordinamento, mediante l'*exceptio doli*, impedisce al giudice di applicare lo *strictum ius* in contrasto con la *naturalis aequitas*. Su quest'ultimo aspetto vedi la ricostruzione di C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1332, il quale riprende il celebre passo di Trifonino, secondo cui « *bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem maximam desiderat* ».

(178) PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento*, cit., 191.

(179) Vedi al riguardo L. MENGONI, *Obbligazioni « di risultato » e obbligazioni « di mezzi »* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, 205.

(180) Vedi in tal senso C. TRANQUILLO, *L'esecuzione parziale del rapporto obbligatorio*, Milano, 2006, 109, il quale individua proprio nell'interesse creditorio tipico alla prestazione il criterio distintivo tra adempimento parziale, che ove accettato estingue parzialmente l'obbligazione, e atti meramente preparatori della prestazione, che come tali non possono comunque avere alcun effetto solutorio.



12. *Inderogabilità e indisponibilità ex ante della disciplina prevista dall'art. 1384 c.c.*

Escludere la nullità della clausola che prevede una penale manifestamente iniqua non significa tuttavia ammettere la derogabilità della relativa disciplina legale (181). In questo secondo caso, infatti, le parti non si limitano a determinare la misura della penale nei termini in cui l'art. 1384 c.c. ne consente la riduzione giudiziale, ma mediante un'ulteriore manifestazione di volontà convengono altresì che al verificarsi della fattispecie ivi prevista non trovi applicazione la corrispondente disciplina legale. La preventiva esclusione della possibilità di esperire il rimedio in esame è tuttavia preclusa dal carattere inderogabile della stessa regola che lo prevede, la quale consentendo a una delle parti di ottenere che la penale, pur convenuta d'accordo con l'altra, sia equitativamente ridotta, riconosce alla determinazione giudiziale effettuata su richiesta *unilaterale* del debitore valore prevalente sulla diversa volontà manifestata da entrambi i contraenti, in quanto espressione di un controllo che il giudice esercita sul regolamento contrattuale. Si tratta pertanto di un rimedio che per sua natura è essenzialmente destinato a determinare conseguenze diverse da quelle che le parti hanno inizialmente previsto nel contratto, onde sarebbe in contrasto con la stessa funzione a esso attribuita dalla legge la possibilità di sottrarsi validamente alla sua applicazione mediante un patto, con il quale il debitore rinunci preventivamente alla riduzione giudiziale.

In tal senso l'inderogabilità non discende dalla natura pubblica dell'interesse protetto (182), ma da una precisa scelta dell'ordinamento di impedire alle parti la possibilità di stabilire un regolamento convenzionale difforme dalla disciplina legale. L'indisponibilità in via preventiva dalla tutela apprestata dalla norma inderogabile non implica infatti in modo necessario che, verificatasi la fattispecie in essa prevista, i rimedi, che sono applicabili nonostante la contraria volontà manifestata al momento della conclusione del contratto, siano altresì sottratti all'iniziativa del soggetto tutelato (183).

---

(181) Sulla difformità del regolamento convenzionale rispetto alla disciplina inderogabile come fattispecie di nullità distinta da quella che consegue alla violazione di norme imperative vedi ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 243 s.

(182) Così invece MARINI, *La clausola penale*, cit., 150 s.

(183) Sulla distinzione tra indisponibilità *ex ante* ed *ex post* vedi ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, 243 s.

Così, ad esempio, la nullità delle clausole di esonero da responsabilità, prevista dall'articolo 1229, co. 1 e 2, c.c. con riguardo ai casi di dolo o colpa del debitore ovvero di violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico, pur manifestando una parziale inderogabilità della relativa disciplina, non esclude che, una volta verificatosi il danno in conseguenza dell'inadempimento, il creditore possa rinunciare ad agire per ottenerne il risarcimento. Analogamente, secondo l'articolo 1462 c.c. è nulla la clausola che limita in determinate situazioni la proponibilità delle eccezioni di annullabilità e rescindibilità del contratto, sebbene tali invalidità possano essere fatte valere soltanto dalla parte legittimata, con esclusione quindi del potere del giudice di rilevarle d'ufficio.

In definitiva attraverso l'inderogabilità di una determinata disposizione l'ordinamento intende assicurarne l'effettiva applicazione, quali che siano i rimedi da essa previsti e indipendentemente dall'esistenza di patti contrari, che sono pertanto immancabilmente affetti da nullità e privi di effetti in ragione della loro inidoneità a sostituirsi a una regola, che, essendo inderogabile, non consente i diversi effetti voluti dalle parti.

Allo stesso modo spetterà al debitore domandare oppure no la riduzione della penale, allorché si sia verificato l'inadempimento dedotto, sebbene prima di tale momento egli non possa validamente rinunciare a tale potere.

Tale conclusione appare del resto conforme alla ricostruzione dogmatica dell'art. 1384 c.c. come espressione del principio generale di buona fede, che si traduce in regole di condotta la cui violazione non genera normalmente invalidità negoziale, ma dà luogo soltanto a rimedi (risarcitori e non) azionabili esclusivamente dalla parte interessata, pur quando l'inderogabilità della relativa disciplina rende invece nullo il patto con il quale le parti manifestano la volontà di sottrarsi convenzionalmente a tale obbligo, facoltizzando comportamenti oggettivamente scorretti.

CAPITOLO QUARTO  
INVALIDITÀ E RESPONSABILITÀ  
NELLA DISCIPLINA DEL MERCATO  
E DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. Buona fede e correttezza nella formazione ed esecuzione del contratto tra criteri di valutazione del comportamento e limiti del valido esercizio dell'autonomia privata. — 2. La rilevanza invalidante del comportamento scorretto nelle ipotesi legislativamente previste di abuso di potere contrattuale. — 3. La violazione degli obblighi legali d'informazione da parte degli intermediari e i rimedi esperibili dagli investitori. — 4. Il « contratto » contrario a norme imperative e le modalità di corretta formazione dell'accordo. — 5. Invalidità e responsabilità nel diritto generale dei contratti e nella disciplina « speciale » del mercato finanziario. — 6. Mancata informazione e irregolare formazione del consenso: presupposti e limiti all'annullamento del contratto d'investimento. — 7. Il conflitto d'interessi come « *mala gestio* » dell'intermediario e il ripristino della situazione patrimoniale *inter partes*. — 8. La violazione degli obblighi dell'intermediario tra responsabilità precontrattuale e difetto funzionale del sinallagma: risoluzione del contratto e risarcimento del danno. — 9. La tipicità dell'illecito civile e il difetto dell'ingiustizia nel danno conseguente alle intese anticoncorrenziali. — 10. Violazione della disciplina antitrust e impossibilità di ricostruire gli interessi protetti come situazioni giuridiche facenti capo ai singoli soggetti pregiudicati. — 11. Tutela della concorrenza e inammissibilità del ricorso alla teoria della violazione della norma di protezione. — 12. Il diritto dei consumatori alla correttezza, trasparenza ed equità degli scambi e la responsabilità contrattuale delle imprese aderenti al cartello. — 13. La nullità del contratto « a valle » come rimedio civilistico alle pratiche antimonopolistiche. — 14. Il ripristino dell'equilibrio concorrenziale nei rapporti tra contraenti attraverso la parziale eliminazione degli effetti contrattuali e il risarcimento del danno residuo.

1. *Buona fede e correttezza nella formazione ed esecuzione del contratto tra criteri di valutazione del comportamento e limiti del valido esercizio dell'autonomia privata.*

L'esame finora condotto ha dimostrato che la buona fede può configurare un limite all'autonomia contrattuale, nella misura in cui si traduca in una norma inderogabile posta a tutela di un interesse che il

legislatore ha reso indisponibile *ex ante*, reputandolo prevalente sulla diversa volontà manifestata dalle parti.

Le regole di correttezza di per sé non necessariamente assumono carattere inderogabile (1), dovendosi a tal fine verificare se proteggono interessi indisponibili oppure no (2). La buona fede è infatti dotata di un contenuto assiologico, che è autonomamente in grado di tradursi in criteri di comportamento, a prescindere dal riferimento a specifici principi costituzionali (3), e può quindi dare ingresso ad istanze ed esigenze che, ove risultino subordinate all'autonomia privata nel giudizio di bilanciamento tra valori contrapposti ai sensi dell'art. 41 cost., sarebbero inidonee a limitare la validità del contratto.

Ma la deroga convenzionale, che presuppone un regolamento negoziale d'interessi, va tenuta comunque distinta rispetto alla violazione della regola di correttezza, che si realizza direttamente attraverso un comportamento puramente materiale, anche dal punto di vista delle conseguenze giuridiche che ne derivano, in quanto, come si è avuto modo di rilevare, l'indisponibilità in via preventiva della tutela inderogabilmente apprestata non implica che, verificatasi la fattispecie vietata,

---

(1) Così invece S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 180 e A. A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1997, 16.

(2) A tale conclusione giunge con riferimento alle clausole di esonero dalla responsabilità che conseguono alla violazione di obblighi di protezione C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 6. Adottano invece una distinzione basata sulla natura pubblica o privata dell'interesse protetto A. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 1386 s. e F. BENATTI, *Culpa in contrabando*, in *Contr. impr.*, 1987, 309.

(3) In questo senso CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 237 s. Parimenti esclude la necessità di ricorrere a « stampelle costituzionali » per trarre dalla correttezza regole concrete di decisione MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 9-10, secondo il quale il riferimento al dovere sociale di solidarietà umana, previsto dagli artt. 2 e 41 cost., assume valore soltanto retorico-persuasivo, per indurre la dottrina del diritto privato a una progressiva rivalutazione della clausola generale in questione. Sottolinea al riguardo la capacità della buona fede di resistere a qualsiasi cambiamento di regime C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 28-29, ritenendo in tal senso significativo « il fatto ... che già il diritto romano ne fosse pregno ». Analogamente A. NICOLUSSI, *Recensione a Filippo Ranieri, Europäische Obligationenrecht*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 707 ritiene che la buona fede in quanto patrimonio tradizionale del diritto europeo non abbia alcun bisogno di essere fondata su basi contingenti e mutevoli come una particolare costituzione nazionale.

trovino necessariamente applicazione rimedi sottratti all'iniziativa del soggetto tutelato (4).

Da questo punto di vista la possibile rilevanza della buona fede come fonte di regole inderogabili dall'autonomia contrattuale non mette in discussione la tradizionale distinzione tra regole di responsabilità (5), che stabiliscono le conseguenze di comportamenti materiali scorretti, e regole di validità, che invece presuppongono un'anomalia nella formazione o manifestazione della volontà delle parti (6) ovvero una difformità del regolamento da esse pattuito rispetto alle valutazioni di liceità dell'ordinamento giuridico.

In contrasto con questa ricostruzione, tuttavia, una parte della dottrina ha sostenuto che la violazione delle regole di buona fede possa determinare, a seconda dei casi, la nullità dell'intero contratto ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c. o di singole clausole a norma dell'art. 1419 c.c. (7). A sostegno di tale affermazione è stata richiamata una pronun-

---

(4) Con riferimento specifico alla normativa di buona fede vedi le due sentenze « gemelle » Cass. s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 (la prima pubblicata in *Foro it.*, 2008, I, 785 con nota di E. SCODITTI, *La violazione di regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, la seconda inedita) le quali, pur riconoscendo carattere imperativo alle disposizioni che prescrivono obblighi di comportamento degli intermediari finanziari, ne fanno derivare la nullità di eventuali deroghe convenzionali, ma non del singolo contratto di investimento in relazione al quale si è consumata la condotta scorretta. Sulla questione vedi anche gli utili spunti offerti da A. DI MAJO, *La clausola omnibus nella fideiussione e parametri valutativi*, in *Contr. impr.*, 1991, 24.

(5) L'esistenza di tale principio nel nostro ordinamento è stata affermata da P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 221 s. e ribadita in tempi più recenti da G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 269 s.; G. D'AMICO, « *Regole di validità* » e *principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 44 s. e M. MANTOVANI, « *Vizi incompleti* » del contratto e *rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 4 spec. nota 10, ove ulteriori riferimenti bibliografici. La diversa funzione tra le due categorie di norme viene individuata da V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 104 nel fatto che « solo le prime riguardano la fattispecie del negozio mentre le seconde vi apportano un temperamento ».

(6) In senso diverso vedi però G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 112 s., secondo la quale la violazione della buona fede precontrattuale può direttamente rilevare come causa di annullamento del contratto.

(7) Così F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, 423 e A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è dunque un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, 26 s. Tale opinione è stata successivamente ripresa e condivisa da F. M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, 519. In termini più generali RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del*

cia con la quale la Cassazione ha dichiarato illegittima la delibera assembleare di scioglimento anticipato di una s.r.l., adottata dalla maggioranza dei soci in violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto costitutivo (8). Manca, tuttavia, nella motivazione della sentenza l'espreso riconoscimento, da parte dei giudici, della violazione di una norma imperativa *sub specie* di regola di correttezza, e l'annullabilità dell'atto collegiale sembra in realtà fondarsi su una generica non conformità dello stesso alla legge, secondo il particolare regime di invalidità previsto dall'art. 2377, co. 2, c.c., che non consente di affermare una generale rilevanza della buona fede come regola di validità anche rispetto ai contratti e agli altri atti privati.

Valutazioni discordanti ha dato inoltre la dottrina con riferimento ad un altro precedente, nel quale la Cassazione ha ritenuto in contrasto con il dovere di lealtà il comportamento di una parte che, approfittando della clausola contrattuale che commisurava il canone da essa dovuto per lo sfruttamento di una sorgente di acqua minerale al prezzo di vendita delle bottiglie, aveva fraudolentemente pattuito un corrispettivo irrisorio nel contratto di distribuzione stipulato con una società controllata (9). Al riguardo non sembra però condivisibile l'opinione di chi ravvisa nella sentenza un ricorso alla buona fede in funzione correttiva dell'autonomia negoziale (10), dovendosi piuttosto ritenere che il sindacato in essa condotto alla stregua della correttezza riguardi non il regolamento negoziale, ma le modalità con le quali questo è stato attuato (11), come dimostra il rinvio al giudice di merito per decidere delle domande di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno.

Sulla norma con la quale l'art. 1375 c.c. impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede, la Cassazione sembra invece fondare l'invalidità della clausola del contratto di *leasing* che pone a

---

*contratto*, cit., 177 ritiene che la correttezza possa configurare una « limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata ».

(8) Il riferimento è a Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, 329.

(9) Vedi in tal senso Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2164 s.

(10) Ricostruisce così la *ratio decidendi* della sentenza M. R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro di congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sostanziali*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2168 s.

(11) Cfr. sul punto P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 361 e L. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. impr.*, 1994, 475, il quale sottolinea la funzione integratrice che la buona fede assume nell'esecuzione del contratto in questione.

carico del conduttore il rischio della mancata consegna del bene da parte del fornitore, ritenendo che il primo sia comunque tenuto a pagare il canone di locazione (12). In tale caso peraltro la valutazione alla stregua della buona fede non riguardava semplicemente la condotta di una parte nella concreta esecuzione del contratto, ma il contenuto stesso della clausola che già nella sua originaria formulazione consentiva espressamente un determinato comportamento scorretto. Manca, tuttavia, l'affermazione da parte dei giudici di un contrasto tra la pattuizione privata e la regola non scritta di correttezza. La Cassazione sostiene, infatti, che consentire al concedente di « pagare il prezzo anche indipendentemente dalla consegna da parte del fornitore e poi ottenere dall'utilizzatore quanto questi sarebbe tenuto a corrispondere ove avesse goduto del bene, non appare giustificabile né in rapporto alla causa del contratto di leasing finanziario né in rapporto al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede ». Quest'ultima valutazione, pertanto, nel contesto della motivazione assume rilevanza come uno dei criteri in base al quale verificare, attraverso l'esame dei comportamenti resi concretamente possibili dalla clausola presa in considerazione e di quelli alternativamente imposti dalla buona fede, l'esistenza di un interesse meritevole di tutela in grado di giustificare, anche in relazione alla causa del contratto, una ripartizione convenzionale del rischio relativo alla impossibilità del godimento diversa da quella delineata nell'art. 1463 c.c. (13). Ritiene, infatti, la Corte « che il rischio della mancata consegna possa essere evitato attraverso una diversa modalità di esecuzione delle prestazioni nell'ambito del con-

---

(12) Così Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, 3081 s., con nota di G. LENER, *Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*. In senso contrario, per la validità della clausola d'inversione del rischio, vedi, tra le altre, Cass., 30 giugno 1998, n. 6412, *ibidem* e Cass., 2 agosto 1995, n. 8464, in *Foro it.*, 1996, I, 164, con nota di G. LENER, *Mancata consegna nel leasing e causa contrattuale*. La questione è stata affrontata anche dalla dottrina e in particolare da G. A. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989, 211, il quale opportunamente rileva che la violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto comporta di regola l'obbligo di risarcire il danno e può tutt'al più legittimare una *exceptio doli*, consistente nel rifiuto di prestare motivato dal comportamento scorretto della controparte.

(13) Una soluzione analoga è stata proposta in dottrina da U. LA PORTA, *Limiti all'autonomia nei contratti di scambio*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio*, cit., 214, il quale propone di valutare in termini di non meritevolezza di tutela la clausola contrattuale che consente comportamenti esecutivi contrari alla regola di buona fede.



tratto di fornitura, e che questa modalità sia capace di salvaguardare in eguale misura gli interessi di tutte le parti coinvolte nell'operazione di leasing attuandone lo scopo complessivo invece di frustrarlo » di tal che « la clausola di inversione del rischio, applicata alla mancata consegna non realizza interessi meritevoli di tutela e non è quindi in sé valida » (14). La nullità (parziale) trova pertanto fondamento in una deficienza del contratto sotto il profilo causale proprio in ragione di quella clausola secondo la quale la prestazione di una parte è dovuta anche in caso di mancato ottenimento della prestazione corrispettiva. In tal caso la mancanza della causa non invalida l'intero regolamento contrattuale, ma soltanto quella parte di esso che impedisce un corretto funzionamento del sinallagma (15) .

Non sembra, pertanto, condivisibile l'affermazione di chi individua la *ratio decidendi* della pronuncia in esame nella diretta violazione della regola che impone di eseguire il contratto secondo buona fede (16). Trova invece conferma l'opinione della dottrina che riconosce alla disciplina della causa un ruolo essenziale nel controllo sull'autonomia privata, anche nella configurazione che esso assume nella recente evoluzione dell'ordinamento giuridico, rifiutando l'« idea che le clausole generali occupino per intero l'area coperta in precedenza dai vecchi dogmi a tutela della giustizia contrattuale » (17).

In definitiva da questa sentenza e dalle altre esaminate non si può desumere l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale favorevole ad ammettere una generale e diretta incidenza sulla validità dell'atto di autonomia negoziale dalla mera violazione di regole desumibili dalla buona fede e dalla correttezza. Viceversa, la giurisprudenza di legittimità ha espressamente affermato che la violazione dell'obbligo di

---

(14) Così Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, cit., 3081 s.

(15) La dottrina del resto ammette che l'illiceità della causa possa rendere solo in parte nullo il contratto: così TOMMASINI, *Nullità*, cit., 904. In senso contrario G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 159.

(16) Vedi in tal senso ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 48 e LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit., 237. Analogamente VETTORI, *Il controllo del contratto da parte del giudice*, cit., 598 ritiene che il riferimento alla buona fede sia solo un *obiter dictum* non determinante del giudizio.

(17) Così opportunamente VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, cit., 930, il quale riprende il pensiero in tal senso espresso da U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, ne *Il contratto e le tutele*, cit., 262 s.



buona fede *in executivis* non comporta l'inefficacia del contratto, ma obbliga la parte responsabile al risarcimento del danno (18).

E la Suprema Corte sembra orientarsi in senso contrario alla diretta rilevanza invalidante della violazione della buona fede quando, pur considerando scorretto il comportamento del creditore che esiga il pagamento della penale manifestamente eccessiva, ritiene valida la clausola che ne stabilisce in tale misura l'ammontare (19).

In termini ancora più espliciti le Sezioni unite della Cassazione, proprio in base alla ribadita distinzione tra regole di correttezza e di invalidità, hanno escluso che, in tema d'intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri d'informazione e di corretta esecuzione del mandato da parte degli intermediari possa dar luogo alla nullità del contratto per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., ove tale conseguenza non sia legislativamente prevista (20).

Allo stesso modo, con riguardo alla clausola generale di buona fede, è la legge che definisce l'ambito di applicazione e le conseguenze derivanti dalla violazione di regole che essa stessa consente al giudice di concretizzare in funzione di direttive e criteri deontologici altrimenti privi di forza giuridica vincolante e apprezzabili esclusivamente sul piano dei rapporti sociali (21). Da questa prospettiva le regole di buona fede in tanto possono invalidare il contratto in quanto il legislatore espressamente le traduca in limiti all'autonomia privata, contemplandone l'inosservanza tra gli elementi costitutivi di una determinata fattispecie di invalidità.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, le norme generali concernenti il precetto di buona fede non incidono sulla validità del negozio, ma disciplinano l'interpretazione e l'esecuzione del contratto, l'adempimento dell'obbligazione e il comportamento delle parti durante le

---

(18) Così Cass., 15 marzo 1999, n. 2284, in *Foro it.*, 1999, I, 1165, con riguardo alle conseguenze del comportamento scorretto di una banca, che aveva indotto il fideiussore a ritenere estinto il contratto in assenza di un atto formale di recesso.

(19) Cfr. Cass., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., 1534 s. e 1537, secondo la quale « il potere di ridurre la penale può essere esercitato solo in presenza di una clausola che sia valida (e quindi esente da vizi che ne determinino la nullità o l'annullabilità) ».

(20) Così Cass. s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit., che ribadiscono l'orientamento espresso da Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 25 s.

(21) Vedi al riguardo L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 13 s.

trattative (22). Sono invece specifici i casi in cui la violazione della correttezza vale a integrare — con altri elementi — determinate fattispecie dalle quali la legge fa discendere l'invalidità del contratto (23).

Così il contrasto con la buona fede, pur non trovando espressa menzione nel testo della norma, è talvolta tipizzato dalla legge come comportamento scorretto, che, a seconda dei casi, rende il contratto annullabile per violenza o dolo, rescindibile per stato di bisogno o di necessità ovvero nullo per abuso di dipendenza economica.

Nella disciplina dei contratti con i consumatori è, invece, demandato al giudice il compito di valutare, alla stregua della buona fede, se la condotta del predisponente configura un abuso di potere contrattuale (24) che, ai fini del giudizio di vessatorietà di singole clausole, legittima il sindacato giudiziale sullo squilibrio che queste eventualmente determinano a carico del contraente debole (25). In tutte le norme in questione, quindi, la violazione delle regole di correttezza non assume rilievo autonomamente, ma soltanto in connessione con altri presupposti che nelle diverse ipotesi attengono alla condizione dei contraenti, ai reciproci rapporti tra di essi, all'equilibrio del regolamento contrattuale e/o alla regolare formazione della volontà negoziale.

Ne consegue che la buona fede non può costituire da sola criterio di validità del contratto, in quanto se così fosse la previsione legale di requisiti aggiuntivi con riguardo alle fattispecie in esame risulterebbe superflua (26), se non addirittura ingiustificatamente restrittiva della tutela riconosciuta alla parte vittima del comportamento scorretto, in

---

(22) Neppure in quest'ultimo caso, peraltro, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede configura un limite alla libertà di concludere il contratto, tanto che il danno risarcibile in conseguenza del comportamento scorretto di una parte in nessun caso si estende fino a coprire l'interesse positivo all'esecuzione della prestazione.

(23) In senso analogo vedi A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, 4\*, Torino, 2003, 102 s. e spec. 108 nota 136, il quale, da una prospettiva diversa ma complementare rispetto a quella in esame, esclude che il criterio della buona fede possa essere elevato a tecnica *generale* di integrazione del sistema delle discipline *legali* dell'autonomia negoziale.

(24) Cfr. le considerazioni svolte *supra* al Cap. I, § 3 sul ruolo della buona fede nella disciplina delle clausole vessatorie.

(25) Sulla necessità di entrambi i requisiti vedi CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., 31-32, secondo il quale il giudice è chiamato a valutare se l'iniquità della clausola « sia manifestazione di una condotta del predisponente conforme o contraria al principio di buona fede ».

(26) In questo senso l'argomento utilizzato da CASTRONOVO, *Un contratto per*

contrasto con le finalità protettive che chiaramente connotano la relativa disciplina. Viceversa tali norme assumono un significato logicamente coerente con il sistema, ove configurino un ampliamento dei rimedi esperibili dal contraente protetto rispetto alla mera azione risarcitoria.

La valutazione alla stregua della buona fede, del resto, non riguarda direttamente e immediatamente il regolamento negoziale d'interessi (27), bensì il comportamento delle parti durante le trattative o comunque nella formazione del contratto (28). Essa, quindi, « non è uno strumento per reprimere iniquità sostanziali del regolamento contrattuale ma [criterio] per valutare i comportamenti e le circostanze soggettive delle parti » (29). Nel nostro sistema pertanto la correttezza, a differenza del buon costume, non opera direttamente come metro di valutazione della liceità e validità dei negozi giuridici, ma genera soltanto obblighi di comportamento, la cui violazione è in primo luogo fonte di responsabilità e, solo ove la legge espressamente lo stabilisca, costituisce requisito di una più complessa fattispecie di invalidità.

## 2. *La rilevanza invalidante del comportamento scorretto nelle ipotesi legislativamente previste di abuso di potere contrattuale.*

La differente funzione delle regole di correttezza rispetto a quelle di validità, ribadita in tempi recenti dalla giurisprudenza (30), se impedisce di ricondurre alla semplice violazione delle prime la nullità

---

*l'Europa*, cit., XXXVI, con riferimento al modello analogo di disciplina adottato nei *Principi di diritto europeo dei contratti*.

(27) Non alla buona fede, ma all'equità deve pertanto ritenersi confidato il compito di limitare o impedire un potere che altrimenti sussiste: così CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., XXXVI. Rileva al riguardo MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 11, che nel nostro sistema, diversamente dall'ordinamento tedesco, « la clausola della buona fede ... non è mai criterio di nullità del contratto o di singole clausole ». Diversamente BUSNELLI, *Note in tema di equità e buona fede*, cit., 552, pur riconoscendo a tale principio il compito di « filtrare » il giudizio sull'equità delle clausole contrattuali, rendendolo in concreto rilevante, riconosce comunque alla prima e non alla seconda la funzione correttiva dello *strictum ius*, come puntualmente rileva VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, cit., 930 nota 46.

(28) DI MAJO, *La nullità*, cit., 93.

(29) Così VETTORI, *Il controllo del contratto da parte giudice*, cit., 596.

(30) Cfr. Cass. s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.

del contratto (31), non esclude che questa possa dipendere anche dal comportamento scorretto di una delle parti, allorché ad esso si affianchino ulteriori e decisivi elementi invalidanti (32) in relazione ai quali l'ordinamento considera il regolamento convenuto dai contraenti non già espressione autentica della loro autonomia, ma risultato di un abuso che a sua volta trae origine da una disparità di potere contrattuale normativamente rilevante (33).

In tal senso la regola di correttezza diviene fonte di un dovere di non trarre « vantaggio iniquo dalla dipendenza, dalle difficoltà economiche o altra debolezza dell'altra parte », secondo quanto espressamente prevede l'art. 4:109 dei Principi di diritto europeo dei contratti.

Essa, quindi, si arricchisce di un nuovo significato e rileva non più soltanto come fonte di obblighi di protezione degli interessi dell'altra parte, che potrebbero essere pregiudicati nello svolgimento del rapporto, ma anche come strumento per correggere asimmetrie informative o di potere contrattuale (34). Se, tuttavia, la buona fede come fonte d'integrazione del regolamento contrattuale, opera in forme rispettose della volontà, anche non espressa, delle parti (35), allo stesso modo, ove la legge ne stabilisca la rilevanza invalidante rispetto a ipotesi specificamente previste, essa non si traduce nell'imposizione di criteri di valutazione diversi da quelli che avrebbero ispirato le libere scelte dei contraenti (36), ma dà origine a regole di condotta che garantiscono il

---

(31) In tal senso vedi anche VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, cit., 166 s., 185 s.

(32) Riconosce l'interferenza tra le due categorie di regole V. DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 586.

(33) Sul punto vedi C. CASTRONOVO, *Good Faith and the Principles of European Contract Law*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 598. Dalla medesima prospettiva rileva SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, cit., 787 che costituisce negazione del principio di autonomia privata lo squilibrio contrattuale imposto dalla parte che si avvantaggia della propria supremazia economica o informativa, con modalità che non consentono alternative all'altra parte.

(34) Così CASTRONOVO, *Good Faith and the Principles of European Contract Law*, cit., 596.

(35) In tal senso CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., XXV s e XXVIII afferma che la buona fede coopera « con la volontà delle parti a fare emergere l'assetto degli interessi per la parte non risolta dai contraenti: quella stessa che le parti avrebbero scelto se vi avessero provveduto da sé ».

(36) Diversamente BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., 324-325 attribuisce alla buona fede una funzione di eterointegrazione del

corretto ed effettivo esercizio dell'autonomia contrattuale rispetto ad abusi del contraente più forte, impedendo che assumano effetti giuridicamente vincolanti clausole ingiustificatamente squilibrate a suo vantaggio, diverse da quelle che le parti avrebbero convenuto in mancanza degli indebiti condizionamenti che esso ha scorrettamente esercitato sull'altra.

In tal caso, però, il comportamento scorretto non costituisce di per sé stesso violazione di una norma imperativa che rende nullo il contratto, ma assume rilevanza come elemento costitutivo di una più complessa fattispecie, nella quale il disvalore che giustifica il divieto legale non riguarda soltanto il comportamento precontrattuale di una o di entrambe le parti, ma anche l'assetto che esse hanno concretamente dato ai loro interessi.

Al di fuori di questi casi non si potrebbe configurare una nullità per contrarietà a norme imperative, in quanto questa conseguenza, se pure prescinde dalla specifica comminatoria di invalidità, presuppone comunque l'esistenza di una previsione legislativa, che vieti il regolamento contrattuale e che non potrebbe ravvisarsi nella regola che impone alla parti di *comportarsi* secondo buona fede durante le trattative, la cui violazione non è pertanto in grado di realizzare la previsione generale dell'art. 1418, co. 1, c.c., la quale fa invece preciso riferimento a una norma in grado da sé sola di qualificare il contratto e le sue clausole nel loro contenuto, non in quanto risultato dei comportamenti che ne precedono la conclusione.

Ne deriva che, quando ad essere riprovata sia, invece, soltanto la condotta scorretta dei contraenti prima della formazione dell'accordo e non l'atto di autonomia, l'esclusione della nullità dipende dal difetto di un elemento costitutivo della fattispecie prevista dall'art. 1418, co. 1, c.c., a prescindere da un'eccezione legale alla norma altrimenti applicabile, come invece taluno ritiene (37).

---

regolamento predisposto dalle parti, per mezzo di standard e criteri desumibili dalla prassi mercantile. Ma questa ricostruzione finisce per negare il presupposto essenziale del mercato, che è proprio la libertà degli scambi, trasformandolo in un vincolo posto dall'esterno all'autonomia dei contraenti nel determinare il contenuto del contratto. Come, invece, rileva CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., 417-418 un limite eteronomo può darsi solo nelle ipotesi in cui, attraverso la buona fede, l'ordinamento dia ingresso a valori solidaristici irriducibili ai criteri economici che governano il mercato.

(37) Così G. D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 56-57, il quale ravvisa nella responsabilità precontrat-

La stessa disciplina della frode alla legge del resto, se consente di estendere la nullità a ipotesi formalmente non riconducibili alla fattispecie vietata, non legittima a tal fine il ricorso a criteri esterni all'ordinamento, secondo il meccanismo proprio delle clausole generali (38). Per un verso, infatti, l'accertamento dell'elusione si fonda essenzialmente su un giudizio d'incompatibilità del negozio con la *ratio* dello stesso divieto e non con altri obiettivi di politica del diritto desumibili dagli standard sociali di comportamento. Per altro verso, l'effetto dirimente costituisce una conseguenza automatica prevista dalla legge, sottratta a qualsiasi giudizio di congruità da parte dell'interprete, in base a una precisa scelta che il legislatore ha compiuto attraverso l'art. 1344 c.c., allorché ha qualificato la causa del contratto in termini di illiceità, a prescindere quindi da una valutazione giudiziale della adeguatezza del rimedio a sanzionare il comportamento scorretto dei contraenti o a correggere il regolamento da essi pattuito.

La configurazione della frode alla legge come clausola generale, peraltro, secondo la stessa opinione che l'ha proposta, si riferisce a ipotesi che non ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 1344 c.c. in quanto l'elusione è attuata attraverso strumenti diversi dal contratto e/o riguarda « norme che non sono imperative, ma semplicemente stabiliscono effetti sfavorevoli a carico delle parti o di una parte ». In tal caso, tuttavia, la « sanzione » della frode è l'inefficacia del procedimento impiegato per evitare l'applicazione della norma elusa (39).

La nullità per illiceità della causa si potrà invece affermare, secondo tale opinione, nel rispetto della disciplina prevista dal codice,

---

tuale ex art. 1337 c.c. la diversa sanzione disposta dalla legge per colpire un *contratto*, che l'Autore, almeno implicitamente, suppone comunque contrario alla regola di buona fede.

(38) Così A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, 473 s. e spec. nota 148, il quale opportunamente mette in evidenza il paradosso insito nel rimettere « la soluzione del problema sull'elusione o meno di una norma ... a criteri extralegali », nella misura in cui ciò significherebbe ammettere che « la legge, dettata per determinare e qualificare condotte, non è in grado di fornire il criterio di discriminare tra ciò che ne costituisce osservanza e ciò che ne costituisce violazione ». L'Autore ha inoltre cura di precisare che la tesi contraria, che qualifica la frode alla legge alla stregua di una clausola generale (U. MORELLO, *Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv.* (sez. civ.), VIII, Torino, 1992, 503 e G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, 152) più che ammettere il ricorso a standard extranormativi, si propone di superare le difficoltà legate ad un particolare modo di intendere l'interpretazione.

(39) MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 504.

soltanto nei casi in cui « il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa » (40). È del resto evidente che una frode alla legge può configurarsi soltanto nelle ipotesi in cui la legge abbia preventivamente determinato gli elementi costitutivi della fattispecie vietata, mentre è contraddittoria con l'idea di elusione la proibizione, il cui contenuto non sia stabilito in modo certo, ma sia volta per volta individuato dal giudice con riguardo alle circostanze del caso concreto.

Da questa prospettiva non si può *a fortiori* condividere la tesi che intende commettere alla buona fede intesa come fonte di norme imperative il giudizio di validità del contratto.

Conclusivamente, se si ammettesse che la validità e liceità del contratto possano essere sindacate dal punto di vista della conformità a buona fede del regolamento di interessi pattuito, questa finirebbe per svolgere una funzione che non le compete.

Diversa è la questione della rilevanza del buon costume e della qualificazione del contratto alla stregua di quest'ultimo. Anzitutto la contrarietà riguarda ancora una volta il contenuto dell'accordo, non la condotta che può averlo prodotto. In secondo luogo la nullità per illiceità della causa è normativamente prevista dal combinato disposto degli artt. 1343 e 1418, co. 2, c.c. Infine, sul terreno comune delle clausole generali si può dire che, pur nella vaghezza che le caratterizza, ognuna ha un contenuto suo proprio.

Al di là del comune referente assiologico, costituito dai principi della morale sociale (41), ogni clausola generale acquista inoltre un significato specifico a seconda del contesto nel quale è chiamata ad operare dall'ordinamento giuridico (42). Questo spiega perché il buon costume sia da sempre direttiva e criterio funzionale a limitare la liceità ed efficacia dei contratti (ad es. art. 1343 c.c.) e più in generale degli atti privati (ad es. art. 2031, co. 2, e 5 c.c.; artt. 19 e 21 cost.) (43), mentre

---

(40) Cfr. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 505 nota 16, che in tal senso richiama Cass., 19 maggio 1956, n. 1711.

(41) G. B. FERRI, *Buon costume*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 5.

(42) Possono al riguardo richiamarsi le osservazioni formulate in termini generali da CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 124 e 234.

(43) A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 700, secondo il quale la nozione di buon costume è assunta nel nostro ordinamento non come fonte di effetti giuridici vincolanti, ma come « limite imposto alla libertà dei soggetti nel determinare quel regolamento autonomo per il quale essi chiedono la forza del diritto ».



la buona fede funge da fonte di ulteriori obblighi di comportamento non espressamente previsti dalla legge o dal contratto. La diversità di contenuto delle due clausole generali si riflette, infatti, nella diversa funzione: là dove la prima delimita la seconda integra e amplia.

Quello appena delineato si presenta allora come un complesso armonico di disposizioni, in base al quale le cause di nullità contemplate dall'art. 1418 c.c. sono sempre accertate dal giudice in base a criteri di opportunità e congruità stabiliti dal legislatore, sia nel caso di violazione di regole che trovano la loro fonte in altre previsioni legali (co. 1) sia quando il limite sia quello del buon costume o dell'ordine pubblico (co. 2), sia infine quando l'invalidità sia specificamente prevista al verificarsi di fattispecie, tra i cui elementi ricorra la clausola generale di buona fede (co. 3).

L'esame complessivo delle cause di nullità porta quindi a escludere che la violazione di regole non scritte desumibili dalla clausola generale di buona fede possa di per sé rendere nullo il contratto che con esse contrasti, al di fuori dei casi in cui la condotta scorretta sia prevista dalla legge come elemento di una più complessa fattispecie dirimente.

In questo contesto normativo l'abuso di potere contrattuale si configura come una condotta scorretta del contraente più forte, che in quanto tale è fonte di responsabilità per i danni eventualmente cagionati (44), ma che non costituisce un limite generale dell'autonomia contrattuale che possa impedirne l'esercizio al di fuori delle ipotesi di invalidità legislativamente previste. Sarebbe del resto ingovernabile un sistema di scambi nel quale assuma rilevanza invalidante qualsiasi

---

(44) È del resto ammesso dalla dottrina il cumulo tra invalidità e rimedi risarcitori con riferimento al contratto annullabile per dolo (cfr. per tutti GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., 296) o rescindibile per lesione (così F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 783-784) o nullo per abuso di dipendenza economica (sul punto sia consentito rinviare ad ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 1198 s.). In tal senso vedi anche E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 119, il quale ritiene che dalla compenetrazione tra regole di validità e di comportamento discenda la cumulabilità di invalidità e tutela risarcitoria del consumatore. A conclusione analoga giunge altresì F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 681.



scorrettezza, con la quale una parte approfitti della posizione di vantaggio in cui essa si trovi in un determinato mercato rispetto la controparte (45).

In tal senso si legge nel Commento all'art. 4:109 dei Principi di diritto europeo dei contratti che « troppa sarebbe l'incertezza se una parte potesse liberarsi del vincolo contrattuale pur quando esso sia svantaggioso per essa, quando non ci sia una ragione evidente del perché essa non ha curato meglio i propri interessi quando ha stipulato il contratto. La tutela può esserci solo quando il contraente può puntare su qualche debolezza, ristrettezza o bisogno da parte sua che possa spiegare ciò che è accaduto » (46). Altrimenti, ove la condotta abusiva si sia tradotta in uno squilibrio tra le prestazioni, si legittimerebbe un diffuso controllo giudiziale sull'equità dello scambio, che, al di fuori delle situazioni di disparità tipizzate dalla legge, risulterebbe privo di criteri di riferimento (47) e finirebbe per sostituirsi alla valutazione di convenienza effettuata dalle parti nell'esercizio della loro libertà negoziale (48).

In questi termini si spiega anche il mutato atteggiamento del legislatore che tende a sostituire, proprio in funzione di controllo del valido esercizio dell'autonomia, clausole generali come la buona fede, il buon costume, l'ordine pubblico, ecc. con categorie più specifiche quali l'abuso di posizione dominante, l'abuso di dipendenza economica, il contenimento dei conflitti di interessi, ecc. (49).

---

(45) Osserva MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 19 che « se si vuole la libertà di contratto si deve pure ammettere che una parte possa perdere e l'altra guadagnare ».

(46) *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, cit., 290.

(47) Rileva in tal senso VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, cit., 298 che il « giudice non può sostituirsi alle parti in mancanza di una qualità o circostanza soggettiva che necessita di protezione non foss'altro perché il controllo dell'equilibrio economico svincolato da parametri di natura soggettiva sarebbe privo di elementi rigorosi di valutazione ».

(48) È al riguardo opportuno richiamare l'autorevole insegnamento di MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit. 5, secondo il quale « un potere del giudice di modificare il contenuto del contratto secondo equità non è ammissibile se non nei casi espressamente previsti dalla legge ».

(49) Così MAZZAMUTO, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, cit., 265.

3. *La violazione degli obblighi legali d'informazione da parte degli intermediari e i rimedi esperibili dagli investitori.*

Un analogo problema di definizione dei confini tra regole di validità e di responsabilità si pone peraltro anche con riguardo alla determinazione delle conseguenze di condotte che risultano in contrasto non già con una valutazione giudiziale alla stregua del principio di buona fede e correttezza, ma con divieti espressamente previsti dalla legge, allorché questa non stabilisca il rimedio applicabile. Non sempre, infatti, l'ordinamento garantisce l'efficiente e corretto funzionamento del mercato impedendo la validità e l'efficacia del regolamento contrattuale che risulti squilibrato per effetto di un abuso di potere contrattuale: esso talvolta prevede invero obblighi legali di informazione che mirano a ridurre le asimmetrie informative tra i contraenti per consentire ad entrambi un esercizio consapevole della propria autonomia, a prescindere da un sindacato sul contenuto del contratto che ne costituisce il risultato.

Occorre, quindi, distinguere le regole, la cui violazione incide direttamente sugli effetti dell'atto di autonomia contrattuale rendendolo invalido e quelle per le quali, invece, il riequilibrio del rapporto si realizza attraverso rimedi risarcitori che non precludono l'efficacia del contratto.

Nelle ipotesi in cui la violazione degli obblighi di comportamento che la legge pone a carico degli intermediari finanziari non abbia consentito al risparmiatore di ottenere una corretta informazione circa la natura, le implicazioni e il grado di sicurezza dell'operazione e lo abbia indotto a compiere scelte d'investimento non consapevoli o comunque inadeguate rispetto al suo profilo di rischio, si pone la questione dei rimedi da questo esperibili a tutela dei propri interessi economici.

Tali vicende assumono peraltro rilevanza, oltre che dal punto di vista del singolo risparmiatore danneggiato, su un piano più generale come eventi che compromettono la funzionalità del mercato e la fiducia che in esso ripongono i potenziali investitori (50). Gli obblighi d'informazione sono infatti intesi a realizzare la trasparenza *inter partes* sul

---

(50) Afferma in tal senso Cass., 15 marzo 2001, n. 3753, ne *I contratti*, 2001, 688 s. che la disciplina dell'intermediazione mobiliare è posta a tutela di interessi generali alla regolarità dei mercati e alla stabilità del sistema finanziario, che trascendono quelli dei singoli clienti.

presupposto che questa concorra a determinare condizioni ottimali di efficienza allocativa del risparmio, non solo dal punto di vista dell'interesse del singolo investitore, ma anche nell'ottica dell'intero sistema complessivamente considerato (51).

Da questa prospettiva è comprensibile l'orientamento di una parte della giurisprudenza di merito, che, al fine di ripristinare la fiducia nei mercati finanziari, ha affermato la nullità dei contratti da questi stipulati, per contrarietà alle norme imperative che impongono agli intermediari gli obblighi violati (52), ritenendo così di apprestare agli investitori danneggiati una tutela più diretta ed efficace rispetto a quella meramente risarcitoria (53). La pronuncia di nullità, invero, negando in radice ogni possibile effetto del contratto d'investimento, apre la strada alle azioni restitutorie e consente al risparmiatore di recuperare facilmente tutte le somme investite, dispensandolo dall'onere di provare tanto l'ammontare del danno subito (54) quanto la riconducibilità causale dello stesso alla condotta omissiva dell'intermediario, escludendo altresì l'eventuale rilevanza del fatto colposo dello stesso investitore danneggiato (55). Ma proprio la semplicità del meccanismo

---

(51) Rileva opportunamente V. SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 168 s., che gli obblighi posti nell'interesse di una determinata categoria di soggetti soddisfano indirettamente una indissociabile esigenza di buon funzionamento del mercato. Per considerazioni in parte simili vedi anche G. ALPA, *Qualche rilievo civilistico sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, I, 372-377.

(52) Così, fra le tante, Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, II, 442, con nota di D. MAFFEIS, *Conflitto d'interessi nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita a risparmiatori di obbligazioni argentine*; Trib. Palermo, 17 gennaio 2005, ne *I contratti*, 2005, 1091; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Giur. comm.*, 2005, 480.

(53) Ma sul possibile utilizzo della responsabilità civile come strumento di regolazione del mercato finanziario, in funzione deterrente rispetto a condotte gravemente negligenti dei professionisti « prestatori di servizi », vedi G. PONZANELLI, *Responsabilità civile e mercato. Introduzione*, in *Danno e resp.*, 2002, 98 s.

(54) V. ROPPO - G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 31.

(55) Così A. PERRONE, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, 1015 s., secondo il quale la ripetizione dell'indebito consentirebbe all'investitore di recuperare integralmente le somme investite anche quando la perdita sia in parte riconducibile a fattori causali diversi. Viceversa, nell'ottica della responsabilità civile trova applicazione la norma dell'art. 1227, co. 1, c.c., sul concorso di colpa del risparmiatore: cfr. in tal senso SCALISI, *Dovere di informazione e attività di interme-*

restitutorio finisce in qualche modo per limitarne l'ambito soggettivo di applicazione alle sole parti del contratto che sia in ipotesi affetto dalla nullità. L'intermediario pertanto sarà tenuto alla restituzione delle somme investite soltanto qualora le abbia incassate come corrispettivo dovutogli per la cessione di titoli che erano già nel suo portafoglio ovvero come mezzi somministratigli dal cliente ai sensi dell'art. 1719 c.c. per l'esecuzione del mandato senza rappresentanza, avente per oggetto l'acquisto degli strumenti finanziari. Anche in quest'ultimo caso, infatti, l'investitore, pur acquistando la proprietà dei titoli direttamente dal precedente titolare, senza la necessità di un successivo atto di trasferimento, adempie la propria obbligazione pecuniaria in attuazione del contratto stipulato con l'intermediario.

Diversamente, ove il risparmiatore acquisti i titoli direttamente dalla società emittente, aderendo a un'offerta pubblica, l'intermediario rimane comunque terzo rispetto al rapporto contrattuale, che si costituisce per suo tramite (56), e di conseguenza non è comunque tenuto alla restituzione delle prestazioni che ne costituiscono adempimento, ancorché questo risulti oggettivamente indebito per effetto della successiva declaratoria di nullità (57). L'unico rimedio esperibile nei

---

*diazione mobiliare*, cit., 194. In questa logica Cass., 3 marzo 2001, n. 3132, in *Giust. civ.*, 2001, I, 907 s. ha ritenuto che nella determinazione del danno risarcibile il giudice di merito debba prendere in considerazione anche l'eventuale condotta imprudente degli investitori che, ad esempio, avrebbero dovuto essere indotti ad una maggiore cautela da informazioni poco rassicuranti relative a determinati titoli, diffuse dai mezzi di comunicazione. In senso contrario tuttavia opportunamente F. GIGLIOTTI, *Illeciti da informazione e responsabilità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 938, fa rilevare che non può essere considerato colpevole l'affidamento di colui che preferisce dare credito ad un soggetto professionalmente tenuto a valutare il rischio di determinati investimenti piuttosto che a notizie la cui attendibilità da solo non è in grado di verificare.

(56) Il rapporto che viene così ad instaurarsi tra l'intermediario e l'investitore sarebbe in qualche misura assimilabile a quello che intercorre tra il mediatore e le parti del contratto concluso grazie alla sua attività di mediazione: sul punto cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 531.

(57) Da questo punto di vista appare priva di fondamento, nel caso deciso da Trib. Catania, 23 gennaio 2007, in *www.ilcaso.it*, la pretesa del risparmiatore di far discendere dalla violazione delle norme, che regolano la sollecitazione del pubblico risparmio, l'obbligo dell'intermediario di restituire le somme investite. Parimente si rivela frutto del medesimo errore di prospettiva l'affermazione contenuta nella motivazione della sentenza, secondo la quale graverebbe sulla banca l'onere di provare che la fattispecie dedotta in giudizio non integra una sollecitazione all'investimento, bensì un'operazione di negoziazione, come peraltro era risultato essere concretamente avvenuto nell'ipotesi esaminata. È infatti evidente che nessun interesse avrebbe l'in-

confronti dell'intermediario, che abbia eventualmente sollecitato l'investimento, è quindi l'azione per il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione degli obblighi di condotta relativi all'attività svolta, mentre non potrebbe farsi discendere dalla nullità del contratto di investimento l'obbligo di restituire somme che non erano destinate a lui, ma alla società che ha emesso i titoli (58).

Tale invalidità, peraltro, proprio in considerazione dell'estraneità dell'intermediario al contratto concluso dal risparmiatore, dovrebbe derivare non già dal suo comportamento scorretto, ma semmai dalla violazione delle diverse norme che regolano l'attività dell'emittente.

Trova così riscontro, anche sul piano della nullità e della conseguente tutela restitutoria, la distinzione, già puntualizzata dalla dottrina in tema di responsabilità (59), tra le diverse norme del d.lgs. n. 58/98 (t.u.f.), che riguardano rispettivamente i servizi di investimento prestati dall'intermediario a favore del cliente (art. 18 s.) e i rapporti che si instaurano direttamente tra emittente e investitore in conseguenza della sollecitazione del pubblico risparmio (art. 94 s.) e più in generale dell'informazione societaria dal primo offerta al mercato (art. 113 s.). Da questa prospettiva è peraltro chiaro che la tutela restitutoria, se pure rappresenta la via più breve e più facile per giungere al risultato auspicato, non sempre è concretamente percorribile in considerazione delle caratteristiche specifiche dei singoli casi e delle modalità concrete di contrattazione (60). L'individuazione dei rimedi esperibili non può del resto dipendere soltanto da valutazioni di convenienza e di opportunità, ma deve necessariamente trovare fondamento nelle regole dell'ordinamento giuridico. L'argomentazione orientata alle conseguenze incontra, infatti, un vincolo nella necessità di verificare la congruenza sistematica dei significati attribuiti al testo normativo secondo un giudizio di preferibilità, che deve potersi universalizzare come regola

---

termediario a fornire la prova di un fatto dal quale dovrebbe in ipotesi discendere una conseguenza ad esso sfavorevole.

(58) In tal senso anche A. di MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, 1283.

(59) Al riguardo vedi le opinioni riportate da A. PERRONE, *Informazioni al mercato e tutele dell'investitore*, Milano, 2003, 55 s., spec. note 4 e 5.

(60) Così di MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, cit., 1282 s. Sulla correlazione tra efficienza del mercato e protezione dell'investitore vedi altresì A. PERRONE, *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2006, 375 s.

applicabile ad altri casi uguali o simili, in base ad un principio irrinunciabile di giustizia e coerenza del sistema (61).

4. *Il « contratto » contrario a norme imperative e le modalità di corretta formazione dell'accordo.*

Proprio dalla prospettiva del diritto positivo si tratta allora di verificare se sia tecnicamente corretto affermare che la violazione degli obblighi che la legge pone a carico dell'intermediario al fine di orientare il risparmiatore nelle sue scelte d'investimento possa rendere nullo il contratto nel quale tali scelte si sono concretizzate.

A tal fine non si potrebbe invero invocare la regola dell'art. 1418, co. 1, c.c., la quale dice contrario alla norma imperativa il contratto, non già la condotta scorretta di uno dei contraenti.

Il comportamento antigiuridico di una parte, del resto, pur quando abbia influenzato in modo determinante la decisione della controparte, non si traduce di per sé nell'adozione di un assetto d'interessi vietato dalla legge, la quale non disapprova il contenuto dell'accordo, ma soltanto le modalità con le quali questo si è formato (62). A maggior ragione la violazione degli obblighi legali di condotta, ove si risolva in una mera omissione, non può in alcun modo rendere illecito il regolamento negoziale voluto dai contraenti (63).

Dal punto di vista della disciplina del mercato finanziario, gli obblighi di condotta imposti dalla legge agli intermediari hanno principalmente la funzione di ridurre le asimmetrie informative tra i contraenti e comunque di garantire una maggiore trasparenza e con-

(61) In tal senso MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 105 s. evidenzia « la pluridimensionalità del metodo giuridico, nel quale il momento ermeneutico e il momento dogmatico-sistematico sono compresenti in un rapporto di interazione ».

(62) Sul punto vedi ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvizione*, cit., 1002 s.

(63) In tal senso può essere correttamente inteso il principio di diritto affermato da Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610, secondo la quale « 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 ».

sapevolezza nel compimento delle scelte d'investimento. In tali casi, quindi, la legge muove dal presupposto che le parti, ove siano state adeguatamente informate, siano in grado di determinare liberamente il contenuto del contratto. Non si giustifica pertanto una limitazione della loro autonomia secondo la logica paternalistica, che invece ispira le norme che tutelano il contraente debole impedendogli di vincolarsi a un determinato regolamento contrattuale, che in ipotesi costituisce il risultato di un abuso di potere contrattuale. L'ordinamento, infatti, prescinde da una valutazione di conformità del contratto rispetto all'interesse dell'investitore e pertanto non vieta né impone un determinato contenuto negoziale, ma soltanto esige che la volontà di una delle parti, a prescindere dal suo contenuto finale, sia orientata da una corretta informazione circa gli aspetti rilevanti del rapporto contrattuale, secondo una logica di autoresponsabilità che fa gravare su ciascuno il rischio delle proprie scelte (64).

Proprio con riguardo a tali ipotesi, come abbiamo già rilevato, le Sezioni unite della Cassazione hanno affermato che la contrarietà a norme imperative rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1418, co. 1, c.c. è soltanto quella che riguarda elementi della fattispecie negoziale e non già fatti a essa estranei quali i comportamenti tenuti dalle parti nella fase precontrattuale, la cui eventuale illegittimità non può dar luogo alla nullità del contratto, se non nei casi espressamente previsti dalla singola disposizione violata (65).

Se, per un verso la tutela anche di un interesse individuale può tradursi nella nullità del contratto, ove l'ordinamento, secondo una precisa scelta di politica del diritto, ritenga che il rimedio contro la sua lesione debba essere sottratto alla disponibilità del soggetto protetto,

---

(64) Vedi, da una prospettiva più generale, la lettura offerta da IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 104 s. delle nuove norme che tutelano la libertà del consenso negli scambi del mercato attraverso obblighi di informazione e requisiti di forma volti a realizzare una maggiore trasparenza contrattuale.

(65) In questo senso Cass. s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit., che hanno accolto l'orientamento espresso da Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit., 25 s. che a sua volta richiama ulteriori precedenti sia pure pronunciati con riguardo a fattispecie diverse: Cass., 9 gennaio 2004, n. 111 e Cass., 25 settembre 2003, n. 14234. In altre occasione tuttavia la stessa Cassazione aveva seguito un orientamento diverso, riconoscendo la nullità nel caso di violazione di norme imperative che non vietano il contratto in sé, ma soltanto la condotta scorretta con la quale una delle parti ha indotto l'altra alla sua conclusione. Costituiscono in tal senso un esempio significativo le sentenze che hanno ritenuto nullo per contrarietà a norma imperativa il contratto che integra gli estremi del reato di circonvensione di incapace, citate alla successiva nota 77.



per altro verso può accadere che l'interesse al corretto funzionamento del mercato in alcune sue manifestazioni concrete non sia tutelato mediante la previsione di requisiti per il valido ed efficace esercizio dell'autonomia contrattuale, ma attraverso norme che, pur essendo inderogabili, incidono non sul regolamento contrattuale, ma sul comportamento che ne precede la conclusione ovvero ne costituisce esecuzione.

Escludere che in queste ipotesi possa operare la regola generale dell'art. 1418, co. 1, c.c. non significa tuttavia limitarne l'applicazione ai casi d'illiceità della causa, dell'oggetto o dei motivi per contrarietà (anche) a norme imperative già contemplati nel secondo comma, privandola quindi di un concreto significato normativo (66). Tale disposizione, infatti, è comunque in grado di assolvere la funzione, a essa storicamente assegnata dai suoi compilatori, di norma generale di chiusura volta a disciplinare le conseguenze della violazione di divieti legali privi di un'espressa comminatoria circa la sorte del contratto vietato, attraverso la previsione di una « ragione autonoma » di nullità, diversa da quelle già riconducibili ai concetti d'illiceità della causa e/o dell'oggetto (67). In questo senso afferma la Suprema Corte che « l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell'art. 1418, co. 1, c.c. è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo », essendovi « ricomprese sicuramente anche le norme che, in assoluto oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto ». Il contrasto con norme imperative, infatti, può riguardare altri elementi del regolamento contrattuale (68) come ad esempio avviene nel caso in

---

(66) Così invece A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002, 76 s. Dalla medesima prospettiva ROPPO - AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, cit., 31-32 rilevano il rischio che la regola di giudizio enunciata dalla Cassazione nella sentenza n. 19024 del 2005 finisca per privare di qualsiasi significato la norma dell'art. 1418, co. 1, c.c., rendendola lettera morta.

(67) In tal senso vedi quanto espressamente stabilisce la *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, Roma, 1942, n. 649 cpv.

(68) Rileva, infatti, V. MARICONDA, *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2007, 636 « che il contenuto del contratto è categoria ordinante che, almeno a livello di utilizzazione normativa, non coincide con nessuno dei requisiti



cui le parti abbiano violato un divieto soggettivo di contrarre, che proibisca un determinato assetto negoziale non in termini assoluti, ma solo in quanto ad esso prendano parte soggetti privi di determinati requisiti ed abilitazioni o che si trovano in una situazione personale ritenuta dalla legge incompatibile con quel particolare rapporto contrattuale (69). Così ad esempio, per rimanere nell'ambito degli investimenti finanziari, la Cassazione ha ritenuto nulli i contratti stipulati con intermediari non autorizzati ai sensi degli artt. 18 e 19 t.u.f. (70).

Ma in questo caso, a differenza di quanto avviene per la violazione degli obblighi d'informazione e più in generale di condotta, la legge non impone a uno dei contraenti un determinato comportamento materiale, bensì vieta la sua stessa partecipazione al contratto e la conseguente produzione nei suoi confronti dei corrispondenti effetti giuridici. La diversa soluzione al riguardo adottata dalla Suprema Corte non si basa quindi su un'interpretazione dell'art. 1418, co. 1, c.c. difforme rispetto a quella con la quale essa stessa ha escluso la nullità per contrarietà a norme imperative nel caso di violazione degli obblighi precontrattuali di condotta, ma dipende dalle significative differenze esistenti tra le disposizioni con riguardo alle quali si è pronunciata.

A rigore di logica non può quindi configurarsi quel contrasto giurisprudenziale (71) ipotizzato dalla prima sezione della Cassazione nell'ordinanza con la quale ha rimesso gli atti del procedimento al

---

di cui all'art. 1325 c.c. e, in specie, con l'oggetto; e, quindi, l'esistenza di cause di nullità per contrarietà del contenuto del contratto a norma imperativa, vale sicuramente ad ampliare il raggio di azione del primo comma dell'art. 1418 c.c. rispetto al secondo comma ».

(69) Vedi al riguardo anche Cass., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.

(70) In tal senso può condividersi la conclusione alla quale pervengono Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Foro it.*, 2001, I, 2185 e Cass., 15 marzo 2001, n. 3753, ne *I Contratti*, 2001, 688, le quali hanno ritenuto nulli i contratti di *domestic indexed swap* stipulati da una società di intermediazione mobiliare non iscritta all'Albo istituito ai sensi della l. n. 1/91.

(71) Sul punto vedi anche le considerazioni critiche svolte da MARICONDA, *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti*, cit., 637-638, anche con riferimento ad altri precedenti che l'ordinanza di remissione erroneamente ha ritenuto contrastanti con la sentenza della Cassazione del 2005. Analogamente U. SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1006, rileva che in materia di nullità dei contratti di investimento per violazione delle regole di condotta degli intermediari, un contrasto sussiste solo nella giurisprudenza di merito.

primo Presidente, al fine di sottoporre alle Sezioni unite la questione se la violazione degli obblighi d'informazione da parte dell'intermediario dia luogo oppure no alla nullità del contratto d'investimento (72). Le diverse conclusioni alle quali è giunta la Suprema Corte nei due casi menzionati si fondano, infatti, su ragioni di ordine diverso, che però non si contraddicono, nella misura in cui entrambe sono riconducibili al principio secondo il quale il contratto è nullo quando il regolamento negoziale sia contrario alla norma o in relazione al suo contenuto o per il suo stesso esserci, che la legge ha imperativamente inteso vietare.

Da questo punto di vista è evidente che la partecipazione al contratto di soggetti diversi da quelli autorizzati vale a individuare non solo gli autori che dall'esterno attraverso il proprio comportamento ne determinano la conclusione, ma anche le parti che vincolandosi a esso divengono destinatari dei relativi effetti giuridici (73).

Diversamente, le norme che impongono a uno dei contraenti una determinata condotta non possono in alcun modo tradursi nel divieto soggettivo di contrarre, di tal che sarebbe illogico equiparare le due fattispecie, riconducendole entrambe all'art. 1418, co. 1, c.c.

Né d'altra parte sembra corretta l'opinione della dottrina che esclude la nullità del contratto che viola divieti soggettivi di contrarre applicando il criterio della c.d. « direzione del divieto », in base al quale un effettivo contrasto del contratto con la norma violata sussiste solo nelle ipotesi in cui questa vieta il comportamento di entrambe le parti nella conclusione dell'accordo (74). Questa ricostruzione, infatti, è smentita dalla testuale previsione della nullità come conseguenza della violazione di norme che dispongono a carico di *uno solo* dei contraenti divieti speciali di comprare (art. 1471, nn. 1 e 2, c.c.) ovvero di rendersi cessionari di posizioni giuridiche ritenute incompatibili con

---

(72) Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Corr. giur.*, 2007, 631 s.

(73) Mi permetto al riguardo di richiamare quanto affermato in ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 151. In senso sostanzialmente conforme vedi ora SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori*, cit., 1006, il quale ravvisa in tali ipotesi un contrasto con la norma imperativa che non attiene al « comportamento » dei contraenti ma alla « struttura » del contratto. L'opinione è ora condivisa anche da Cass. s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.

(74) Così G. OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 178 e G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 448.

le funzioni esercitate (art. 1261 c.c.), secondo una logica che appare saldamente radicata nel sistema.

L'esame del dato normativo, quindi, mette in evidenza che ai fini della contrarietà del contratto a norme imperative non rileva chi o quanti siano i destinatari del divieto, ma unicamente il fatto che questo riguardi il regolamento convenuto dalle parti, in quanto elemento costitutivo della fattispecie vietata, che, eventualmente in concorso con altri requisiti, ne giustifica la disapprovazione legale (75).

Tale conclusione trova inoltre conferma anche in altre fattispecie, nelle quali i comportamenti scorretti di una parte ai danni dell'altra integrano ipotesi di reato (art. 644 c.p. e 1815, co. 1, c.c.) o di abuso normativamente rilevante nei rapporti privati e determinano la nullità del contratto (art. 9 l. n. 192/98) o di una sua clausola (art. 36 cod. cons.) soltanto in quanto incidano sul regolamento contrattuale, alterandone l'equilibrio oltre il limite consentito dalla legge.

L'omissione di una condotta obbligatoria per legge non genera invece alcun contrasto tra il contratto e la norma che pone l'obbligo, la quale, come già si è detto, da un lato impone un comportamento puramente materiale, dall'altro prescinde da qualsiasi considerazione relativa alla concreta pattuizione.

Perché possa ritenersi nullo il contratto, in assenza di un'espressa previsione in tal senso nella specifica norma violata, è invece necessario che il contenuto programmatico dell'atto o il compito che a quest'ultimo le parti assegnano, eventualmente in concorso con altri elementi, esprima il disvalore che ne giustifica la proibizione, rendendo logicamente coerente, rispetto al divieto previsto dalla legge, la negazione degli effetti negoziali.

Il termine « contratto », del resto, se pure assume significati diversi a seconda del contesto normativo nel quale è utilizzato (76), nondimeno va inteso in una accezione appropriata alla regola dell'art. 1418, co. 1, c.c., che a esso fa riferimento in senso univoco come oggetto della proibizione legale e al tempo stesso come regolamento negoziale, al

---

(75) In tal senso sia consentito rinviare alle argomentazioni già esposte in ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 140 s., in base alle quali la nullità del contratto, in generale perfettamente lecito, dipende dalla violazione di norme che ne vietano la conclusione a una sola delle parti.

(76) Per un'esemplificazione vedi P. SCHLESINGER, *Formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1345 s.

quale la nullità impedisce di produrre effetti disapprovati dall'ordinamento giuridico.

Ne deriva che contrario alla norma non può che essere il « contratto » come regolamento, in quanto soltanto di questo si potrebbe ragionevolmente negare la validità e l'efficacia, mentre non avrebbe alcun senso predicare la nullità dei comportamenti e delle omissioni nella fase che precede la formazione del consenso, nonostante questi assumano rilevanza come violazione di precisi obblighi di condotta.

Da questo punto di vista non merita accoglimento il contrario orientamento espresso dalla giurisprudenza che ritiene nullo il contratto la cui conclusione integra il reato di circonvenzione d'incapace (77). La condotta, sia pur penalmente rilevante, di una parte durante le trattative, infatti, non si traduce necessariamente in un « contratto » vietato dalla legge (78), tant'è che la stessa giurisprudenza, proprio in base ad un argomento analogo, ha escluso la nullità del contratto concluso per effetto di truffa realizzata da una parte ai danni dell'altra (79).

##### 5. *Invalidità e responsabilità nel diritto generale dei contratti e nella disciplina « speciale » del mercato finanziario.*

Alla luce di tali considerazioni, la distinzione tra regole di validità e di responsabilità deve essere correttamente intesa come criterio che

---

(77) In tal senso esprimono un orientamento ormai consolidato, nonostante le critiche ripetutamente avanzate dalla dottrina, i precedenti di Cass., 20 settembre 1979, n. 4824, in *Giust. civ.*, 1980, I, 943, con nota di E. RAGANELLI, *Circonvenzione di incapace e nullità o annullabilità del contratto*; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8948, in *Corr. giur.*, 1995, 217 s., con nota di V. MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*; Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427, cit. e da ultima Cass., 23 maggio 2006, n. 12126, cit., 1105. Le ultime tre sentenze sono state inoltre richiamate da Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, cit., nell'ordinanza di rimessione al primo presidente della Cassazione come espressione di una interpretazione dell'art. 1418, co. 1, c.c. contraria a quella offerta da Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit. in materia di violazione degli obblighi di condotta degli intermediari finanziari.

(78) Sia al riguardo consentito il rinvio ad ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*, cit., 1002, dove si ribadisce la necessità di intendere il riferimento al « contratto » secondo una accezione univoca, che ne spieghi la duplice rilevanza come elemento della fattispecie regolata dall'art. 1418, co. 1, c.c. e come atto qualificato dalla nullità ivi prevista.

(79) Così Cass., 10 dicembre 1986, n. 7322, cit. In senso contrario vedi tuttavia App. Roma, 19 gennaio 1983, in *Vita not.*, 1984, 441.

definisce l'ambito di applicazione dell'art. 1418, co. 1, c.c., impedendo di considerare nullo il contratto in ragione della mera violazione di divieti o obblighi legali, ancorché imperativi, che riguardano però la condotta delle parti in fase precontrattuale o esecutiva. In queste ipotesi l'esclusione della nullità non dipende da una previsione normativa riconducibile a una delle possibili eccezioni prefigurate dall'art. 1418, co. 1, c.c. nella parte in cui fa salva una diversa disposizione di legge, ma discende dal difetto della stessa contrarietà del contratto al divieto legale che è il presupposto necessario perché possano operare tanto la regola generale, quanto le eventuali deroghe alla stessa.

Non sembra pertanto condivisibile l'opinione che, ravvisando nella responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* la diversa « sanzione » disposta dalla legge per colpire un *contratto*, che si suppone comunque contrario alla norma violata, ritiene che « tutte le volte che un divieto o un obbligo di comportamento, riconducibili al principio di buona fede *in contrahendo*, siano violati *senza che il legislatore abbia esplicitamente previsto come sanzione di tale violazione l'invalidità dell'atto*, unico rimedio (sul piano civilistico) non potrà che essere quello della responsabilità (precontrattuale) » (80). È evidente che in tal modo si giunge a una conclusione in contraddizione con la premessa, in quanto si finisce per applicare un criterio opposto rispetto a quello previsto dall'art. 1418, co. 1, c.c., secondo il quale la nullità è la regola mentre l'eccezione è la previsione di un diverso rimedio.

È invece possibile affermare la validità del contratto, rispettando la lettera della norma, ove si collochino fuori dall'ambito di applicazione della regola in esame (e delle eccezioni a essa previste) le ipotesi in cui oggetto di divieto sia il comportamento scorretto di una parte e non il contenuto del negozio. In tal caso, pertanto, la nullità del contratto presuppone un'espressa previsione della singola norma violata, che a tal fine potrà attribuire rilevanza anche a comportamenti scorretti, tipizzati dalla legge o individuati dal giudice, secondo il meccanismo delle clausole generali, come elementi costitutivi di specifiche fattispecie, riconducibili non al primo ma al terzo comma dell'art. 1418 c.c. (81).

Quest'ultimo, del resto, lungi dal risolversi in un mero rinvio ad

---

(80) In questo senso D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 56-57.

(81) Così ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 323. L'opinione è condivisa da Cass. s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.

altre norme di legge, assume un autonomo significato precettivo proprio nella misura in cui riserva al legislatore il compito di stabilire altri casi di nullità, diversi dalla contrarietà a norme imperative e da quelli contemplati nei commi precedenti del medesimo articolo.

In quest'ottica la distinzione tra regole di validità e di condotta non è un principio assoluto che trova costante riconoscimento nel sistema né rappresenta una caratteristica che accomuna senza deroghe tutte le fattispecie d'invalidità. Essa vale piuttosto come criterio per decidere la sorte del contratto nelle ipotesi in cui la norma violata non prevede alcuna conseguenza invalidante.

In mancanza di una specifica previsione in tal senso, infatti, si potrebbe razionalmente negare la validità ed efficacia del contratto, soltanto ove questo sia vietato come regolamento diretto a produrre effetti giuridici disapprovati dalla legge (82). Il ricorso a tale criterio non è invece necessario nelle ipotesi in cui la stessa nullità, specificamente prevista dalla norma violata, esprima la disapprovazione dell'ordinamento. In questi casi, peraltro, la violazione della regola di condotta non sempre costituisce la ragione da sola sufficiente a invalidare il contratto, ma il più delle volte assume rilevanza, come abbiamo detto in precedenza, soltanto in presenza di altri elementi, che nelle diverse ipotesi attengono all'equilibrio contrattuale (83) e/o alla regolare formazione della volontà negoziale. Si realizza in tal modo una commistione tra regole di validità e regole di responsabilità, che non è comunque estranea alla tradizione del nostro ordinamento come dimostrano le fattispecie del dolo e della violenza, nelle quali i raggiri o le minacce poste in essere da una delle parti rendono annullabile il contratto soltanto quando abbiano avuto una efficacia determinante del consenso manifestato dall'altro contraente.

---

(82) Da questa prospettiva si rivela priva di fondamento l'obiezione in base alla quale Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, cit., 634, nega rilevanza alla distinzione tra regole di validità e di responsabilità, ritenendo che il comportamento illegittimo in sede di formazione del contratto possa determinare la nullità del contratto per violazione di norme imperative anche al di fuori dei casi in cui tale conseguenza sia espressamente prevista dalla norma violata.

(83) In tal modo rimane estraneo al giudizio di buona fede il bilanciamento tra gli interessi contrapposti dei contraenti, che è invece affidato all'equità. Rileva, infatti, MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 9 che nel nostro ordinamento, diversamente da quello tedesco, buona fede ed equità restano distinte. Tale aspetto è stato puntualizzato anche dalla prospettiva dell'integrazione del contratto da A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 856-857.

L'autonomia funzionale tra le due tipologie di regole quindi, se per un verso esclude che la violazione di una norma, che vieti la mera condotta di uno o di entrambi i contraenti senza disapprovare (anche) l'atto di autonomia, possa renderlo nullo, per altro verso non impedisce di configurare il comportamento scorretto come elemento costitutivo di specifiche fattispecie di annullabilità, rescindibilità ovvero nullità del contratto.

Ne costituisce un esempio la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ora disciplinata dal codice del consumo, che all'art. 67 *septies-decies*, co. 4, dispone la nullità del contratto di fornitura di tali servizi nel caso in cui il fornitore abbia violato gli obblighi d'informativa precontrattuale in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle sue caratteristiche (84).

Questa invalidità si spiega non già in ragione di una contrarietà a un determinato divieto normativo del regolamento contrattuale, ma in termini di mancanza dei requisiti minimi del consenso necessari a integrare l'accordo quale elemento essenziale del contratto ai sensi dell'art. 1325, n. 1, c.c. Da questo punto di vista la modalità stessa della contrattazione, che avviene a distanza senza alcun contatto fisico tra i contraenti (85), e la complessità tecnica dei servizi negoziati consentono di attribuire speciale rilevanza alla mancanza di determinate informazioni specificamente previste dalla legge, come causa che priva di effettività il consenso formalmente manifestato dal consumatore, allorché la rappresentazione dei servizi prestati sia alterata in un modo che possa ritenersi significativo, secondo una valutazione di adeguatezza del rimedio rispetto al difetto che affligge il contratto.

Per altro verso, l'espressa previsione della nullità degli acquisti effettuati in assenza di una volontà del consumatore correttamente (in)formata non consente di accogliere la ricostruzione dottrinale che nega ai singoli « ordini » di investimento natura di autonomi atti negoziali, escludendo in radice la possibilità di applicare a essi i rimedi

---

(84) Sottolinea l'anomalia insita nella scelta del legislatore di sanzionare con la nullità del negozio la condotta scorretta del professionista che abbia alterato in misura rilevante la rappresentazione che il consumatore abbia del contenuto e delle caratteristiche dell'affare G. DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto « servizi finanziari » stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. legisl. 19 agosto 2005, n. 190 di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2006, 274.

(85) Attribuisce rilevanza decisiva a tale aspetto come elemento che giustifica la previsione espressa della nullità anche SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, cit., 787-788.



invalidatori propri dei contratti (86). È vero, invece, che la disciplina in esame appresta un'efficace tutela all'acquirente di servizi finanziari proprio nella misura in cui rende nulli soltanto gli atti con riguardo ai quali la mancata informazione abbia inciso, alterando in modo significativo la rappresentazione delle loro caratteristiche concrete.

Tale norma, tuttavia, proprio in considerazione della specificità della fattispecie disciplinata, non potrebbe essere intesa come espressione di un principio generale valido in tutti i casi in cui la violazione di obblighi legali d'informazione impedisca all'altra parte un'adeguata conoscenza delle caratteristiche del contratto. Questa conclusione, che sembra trovare credito in giurisprudenza (87), finirebbe, infatti, per equiparare arbitrariamente, dal punto di vista della nullità, la mancanza di « consenso informato » al difetto di « accordo » contemplato dall'art. 1325, n. 1), c.c. come requisito essenziale del contratto, secondo un ragionamento che però è inaccettabile in un sistema nel quale l'ignoranza o la falsa rappresentazione della realtà assumono rilevanza

---

(86) In questo senso vedi G. D'AMICO, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore* a cura di A. Plaia, Milano, 2008, 64 s. Per una diversa ricostruzione vedi CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, cit., 300 s., secondo il quale la stipulazione del « contratto scritto », secondo la previsione dell'art. 6, lett. c), l. n. 1/91, tra intermediario e cliente (c.d. *master agreement*), non dà vita a obblighi primari di prestazione, che nascono invece soltanto con la conclusione dei contratti relativi alle singole operazioni.

(87) Vedi in tal senso Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit., 28, secondo la quale la mancata informazione prescritta dalla legge, ove non riguardi la natura e l'oggetto del contratto, ma soltanto elementi utili per valutarne la convenienza economica, non impedisce all'investitore di esprimere un consenso « libero e consapevole » e pertanto non rende nullo il contratto per mancanza di uno dei requisiti essenziali previsti dall'art. 1325 c.c. Rilevano al riguardo ROPPO - AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, cit., 32, che tale affermazione, letta *a contrario*, si traduce nel riconoscimento di una regola discutibile che consentirebbe di attribuire rilevanza al difetto di informazione, che invece abbia ad oggetto fatti rilevanti, come causa di nullità del contratto per mancanza di accordo, trasferendo così « al dominio della nullità (per mancanza di accordo) fattispecie che, secondo il sistema, oggi abitano nel territorio dell'annullabilità (per errore) ». In senso contrario alla nullità per difetto di accordo si sono invece espresse Cass. s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit., secondo le quali, pur quando il comportamento dell'intermediario abbia indebitamente influenzato il consenso dell'altra parte, questa ha pur sempre manifestato una volontà che esiste e che può tutt'al più ritenersi inficiata da vizi che rendono il contratto annullabile.



solo in quanto configurano determinati vizi della volontà che possono però determinare soltanto l'annullabilità del contratto.

L'impossibilità di trattare la mancata informazione alla stregua di un difetto strutturale del contratto trova del resto una conferma sistematica proprio nella disciplina specifica dell'intermediazione finanziaria e più precisamente in quelle norme che, al fine di garantire una maggiore consapevolezza del risparmiatore-investitore nel compimento delle proprie scelte, prevedono che determinate circostanze, la cui conoscenza è considerata essenziale ai fini della corretta formazione del consenso, siano rese note mediante la redazione di un documento, la cui sottoscrizione, pubblicazione o consegna risulta decisiva ai fini della validità del contratto (88). In tal caso la prescrizione della forma appare strettamente collegata all'imposizione di un contenuto minimo del contratto, in quanto diviene strumento di trasparenza e di riequilibrio delle asimmetrie informative, per consentire al contraente non professionale di vincolarsi in modo consapevole (89). Da tali disposizioni è quindi logico desumere che la legge, là dove ritenga essenziale per la valida manifestazione della volontà la conoscenza di determinate circostanze o elementi, con espressa previsione traduca l'obbligo di informare l'altra parte in requisito essenziale del contratto, rilevante non sul terreno della responsabilità, ma su quello della nullità (90). Questa, pertanto, è espressamente prevista come conseguenza della violazione di una regola, che impone il rispetto di determinate formalità, a prescindere dai riflessi che l'eventuale condotta contraria produce sul contenuto concreto dell'atto di autonomia e indipendentemente dall'eventuale presenza di vizi del consenso. Così ad esempio l'art. 100-*bis* t.u.f. (così come modificato dall'art. 3, d.lgs. n. 303/06 e poi dall'art. 3 d.lgs. n. 51/07) dispone che, qualora i prodotti finanziari, che abbiano costituito oggetto in Italia e all'estero di collocamento riservato ad investitori professionali, siano stati sistematicamente rivenduti a soggetti diversi nei dodici mesi successivi, senza che sia stato pubblicato il richiesto prospetto informativo, l'acquirente, che agisce

---

(88) Su questa nuova manifestazione del formalismo negoziale vedi R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 11 s.

(89) In tal senso vedi per tutti S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1994, 43 s.

(90) Così C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 343.

per scopi estranei alla propria all'attività imprenditoriale o professionale, può far valere la nullità del contratto di acquisto.

In questo caso, peraltro, la nullità, prescindendo da qualsiasi valutazione legale o giudiziale del contenuto concreto del contratto, non esprime una riprovazione del regolamento al quale le parti si sono concretamente vincolate, ma opera come « sanzione civile indiretta » (91), che mira a prevenire e a disincentivare determinati comportamenti scorretti, attraverso il diniego degli effetti contrattuali, che, pur quando non siano di per sé in contrasto con interessi imperativamente tutelati dalla legge, rappresentano la naturale conseguenza di una condotta antiggiuridica.

La riprovazione dell'ordinamento non riguarda quindi il contratto, che di per sé potrebbe non presentare connotati d'illiceità, bensì l'attività che ne precede la conclusione, rispetto alla quale la nullità si pone come ulteriore deterrente che si aggiunge ai tradizionali rimedi risarcitori e alle altre sanzioni eventualmente previste dalla legge.

Ma, posto che il divieto legale non ha per oggetto il regolamento negoziale d'interessi bensì una condotta omissiva ovvero un comportamento puramente materiale, la negazione degli effetti contrattuali può trovare un fondamento logico-giuridico soltanto nella specifica comminatoria della nullità con la quale la norma, sanzionando la violazione del precetto in essa contenuto, indirettamente esprime la disapprovazione del comportamento vietato.

Ove, invece, questo non accada e l'informazione rimanga oggetto di un mero obbligo di condotta, pur inderogabilmente imposto dalla legge come concretizzazione della buona fede contrattuale, non vi sarebbe ragione alcuna per ritenere che la sua violazione renda il contratto radicalmente nullo per mancanza di accordo o per contrarietà a norme imperative (92).

Solo in questi termini è del resto possibile riconoscere razionalità a un sistema che altrimenti risulterebbe intrinsecamente contraddittorio, nella misura in cui ammetterebbe che la violazione di regole relative alla

---

(91) Viene così ancora una volta disattesa dal diritto positivo l'incompatibilità logica tra sanzione e nullità sostenuta da H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. di M. Cattaneo, Torino, 1965, 43. Ammette invece il ricorso alla nullità come sanzione che colpisce il contratto per dissuadere una o entrambe le parti dal tenere comportamenti illeciti F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, 542.

(92) Su tale aspetto vedi CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 342 s.

condotta materiale delle parti nella fase precontrattuale renda nullo il contratto nei casi specificamente previsti dalla legge, escludendo invece che a una corrispondente soluzione si possa coerentemente giungere secondo la norma generale dell'art. 1418, co. 1, c.c.

Da questo punto di vista non sembra condivisibile il ragionamento in base al quale la Cassazione, nella citata ordinanza di rimessione al Primo Presidente, ha affermato che, una volta superato in via legislativa il principio di non interferenza tra regole di condotta e regole di validità, il comportamento illegittimo in sede di formazione del contratto possa determinarne la nullità anche secondo la regola generale dettata per i casi in cui tale conseguenza non sia prevista dalla specifica norma violata (93). Viceversa, come autorevolmente ci è stato insegnato, i principi di diritto comune delle obbligazioni e dei contratti trovano « applicazione fino a quando non siano espressamente derogati da norme speciali nella *sedes materiae* » (94).

Proprio la specifica e testuale previsione legislativa della nullità conferma del resto che al di fuori di tali casi non è sufficiente la generica violazione di una regola di condotta perché sia nullo il contratto che ne costituisce in qualche misura la conseguenza (95). In tal senso depone peraltro un'esigenza di coerenza dell'intero sistema delle cause d'invalidità negoziale, che non consente di dare ingresso alla nullità sul presupposto di una mera condotta scorretta di una parte, seppure espressamente proibita dalla legge, che di per sé non sarebbe sufficiente a dar luogo neppure al rimedio meno grave dell'annullabilità, in mancanza di ulteriori elementi essenziali della fattispecie normativa.

#### 6. *Mancata informazione e irregolare formazione del consenso: presupposti e limiti all'annullamento del contratto d'investimento.*

La violazione degli obblighi precontrattuali d'informazione può determinare l'annullamento del contratto soltanto ove si possano con-

---

(93) Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, cit., 634.

(94) Così MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, cit., 63.

(95) Cfr. in tal senso anche Cass. s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit., secondo le quali persino « nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria ... non è dato assolutamente rinvenire indici univoci dell'intenzione del legislatore di trattare sempre e comunque le regole di comportamento ... alla stregua di regole di validità ».

figurare, per effetto di tali omissioni, specifici vizi della volontà normativamente rilevanti.

Il silenzio consente, infatti, di annullare il contratto soltanto quando si inserisca in un comportamento più complesso, adeguatamente preordinato con malizia o astuzia ad indurre in errore, mentre non costituisce causa invalidante la semplice inerzia della parte che si limiti a non contrastare la percezione che l'altro contraente abbia della realtà, sia pure con riguardo ad elementi salienti dell'accordo (96).

Viceversa, il tentativo, compiuto da una parte della dottrina, di accreditare il dolo omissivo come causa di annullamento del contratto d'investimento (97), appare in contrasto con le scelte del nostro ordinamento, che attribuisce rilevanza invalidante alla reticenza soltanto in casi specifici espressamente previsti dalla legge. Così ad esempio l'art. 1892 c.c. prevede l'annullabilità del contratto d'assicurazione nel caso in cui l'assicurato, con dolo o colpa grave, abbia ommesso di riferire « circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose ».

La conclusione trova poi conferma nel secondo comma dell'art. 1439, co. 2, c.c., che, nell'ipotesi in cui i raggiri siano stati usati da un terzo, dispone che il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che se ne è avvantaggiato. È evidente però che tale norma sarebbe inutile se si riconoscesse in via generale la rilevanza dell'omissione come causa di annullamento del contratto, che in tal caso potrebbe essere comunque annullato per il solo fatto che uno dei contraenti, conoscendo l'errore in cui l'altro è stato indotto dal terzo, non gliene abbia dato notizia.

L'argomento sistematico, che esclude la rilevanza invalidante del dolo omissivo fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, non trova riscontro soltanto nelle fattispecie disciplinate dal codice civile, secondo una logica « neutrale », che in nome dell'uguaglianza formale

---

(96) Vedi in tal senso tra le sentenze più recenti Cass., 15 marzo 2005, n. 5549, in *Foro it.* on line; Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *Foro it.* on line, nella quale però l'affermazione di tale principio costituisce un mero *obiter dictum*.

(97) In tal senso cfr. SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, cit., 190-191 e successivamente D. MAFFEIS, *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 598 s.

dei contraenti non differenzia le rispettive posizioni (98), ma riceve conferma anche nelle ipotesi regolate dalla normativa di settore, che invece mira a riequilibrare le asimmetrie informative attraverso altri strumenti di tutela, quali l'ampia previsione di requisiti di trasparenza del contratto e di obblighi d'informazione precontrattuale. Anche in questo contesto manca, infatti, un preciso fondamento normativo che consenta di desumere dalla mera violazione del dovere di informare l'altra parte, espressamente previsto dalla legge, l'annullabilità del contratto.

Viceversa, un argomento contrario può essere tratto dalle norme che, per proteggere uno dei contraenti, ampliano bensì l'ambito delle cause di annullamento, senza tuttavia annoverare tra queste la semplice reticenza. In tal senso appare significativa la disciplina dell'affiliazione commerciale, contenuta nella l. n. 129/04 e in particolare nell'art. 8, secondo cui « se una parte ha fornito *false* informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c. ». La previsione in esame costituisce, infatti, un ulteriore argomento contro la generale rilevanza del dolo omissivo nel nostro ordinamento, nella misura in cui essa, non contemplando l'ipotesi in cui l'informazione sia semplicemente mancata, sarebbe difficilmente spiegabile in un contesto normativo nel quale la mera reticenza fosse invece causa di annullamento del contratto, dato che in tal caso finirebbe per configurare una inspiegabile restrizione della tutela riconosciuta all'affiliato rispetto alla generalità dei contraenti, in contrasto con le stesse finalità di trasparenza e di protezione che essa persegue.

La previsione invece di una fattispecie autonoma di annullamento per false informazioni assume un preciso significato normativo nel segno della maggiore tutela del contraente debole, nella misura in cui attribuisce al mendacio una rilevanza più ampia, non limitata alle ipotesi in cui tale condotta sia ulteriormente connotata dalla volontà e intenzione di trarre in inganno (99). Secondo l'opinione tradizionale, infatti, il raggirò determina l'annullabilità del contratto solo se intenzionale, se cioè è sostenuto da coscienza e volontà di ingannare la controparte per indurla a concludere il contratto, mentre non è rile-

---

(98) Al riguardo vedi le considerazioni svolte *supra* nel Cap. II, § 2.

(99) L'espresso rinvio alla norma dell'art. 1439 c.c. esclude pertanto che le false informazioni consentano di annullare il contratto a prescindere dall'efficacia determinante che abbiano concretamente assunto nell'indurre l'affiliato a contrattare.

vante l'inganno involontario e puramente colposo (100). La medesima idea è peraltro implicita nella tesi che richiede per il raggio civile gli stessi elementi costitutivi della fattispecie penale della truffa (101).

Non sembra, invece, condivisibile l'opinione contraria affermata in dottrina, secondo la quale il raggio, oltre che causa di un vizio della volontà, è anche illecito civile, come tale rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c. indistintamente nei casi di dolo e di colpa (102). Tale condotta, infatti, ove sia stata posta in essere dall'altro contraente, costituisce senza dubbio una violazione della buona fede precontrattuale e pertanto è fonte di responsabilità riconducibile alla disciplina prevista dall'art. 1218 c.c. per l'inadempimento di obblighi preesistenti al verificarsi del danno (103). La regola aquiliana non potrebbe invece trovare applicazione in mancanza del requisito del danno ingiusto, inteso come lesione di una precisa situazione giuridica soggettiva. Questo spiega, del resto, perché il diritto romano, come già rilevava lo scopritore della responsabilità precontrattuale (104), prevedesse in questi casi l'*actio ex contractu*, nonostante l'invalidità di quest'ultimo. La medesima idea inoltre « si trova consacrata nell'art. 1338 del nostro codice, norma che non sarebbe necessaria se veramente si potesse ricondurre la sua fattispecie all'art. 2043 c.c. » (105).

(100) Così A. TRABUCCHI, *Dolo*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 150.

(101) Proprio in quest'ottica la giurisprudenza identifica i raggiri che determinano l'annullamento del contratto con la fattispecie penale della truffa: cfr. Cass. pen., 31 gennaio 1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, 18 e Cass., 10 dicembre 1986, n. 7322, cit. In senso analogo MARICONDA, *Truffa e contrarietà del contratto a norme imperative*, cit., 210, il quale pure ritiene necessari ai fini dell'annullamento del contratto gli stessi elementi del reato di cui all'art. 640 c.p.

(102) R. SACCO, *Il consenso*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, X, Torino, 1997, 198 e A. GENTILI, *Dolo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 3.

(103) In tal senso vedi L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956 II, 360 s.

(104) Vedi in tal senso i passi delle fonti citate R. JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelante Verträgen*, in *Jahrbücher f. d. Dogmatik*, 1861, 13.

(105) Così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 584. Tale conclusione trova inoltre un significativo riscontro comparatistico nella dottrina anglosassone, la quale distingue chiaramente la responsabilità per i danni cagionati da *Misrepresentation* da quella in *tort* che prescinde da un rapporto precontrattuale. Osserva, infatti, J. CARTWRIGHT, *Contractual Law*, Oxford-Portland, 2007, 164 che l'onere probatorio gravante sulla parte che deduce di essere stata indotta a concludere il contratto da una falsa rappresentazione della realtà ad opera dell'altro contraente, è significativamente

Ma a prescindere dall'inaccettabile qualificazione del raggiro come illecito extracontrattuale, la ricostruzione che ne ammette la rilevanza invalidante anche nel caso di colpa, non può essere condivisa in quanto fondata su un argomento che pretende di provare troppo. La condotta colposa del *decipiens*, infatti, se pure è sufficiente, come mera violazione dell'obbligo di correttezza, a renderlo responsabile per i danni cagionati, non per questo determina anche la più grave conseguenza dell'annullamento del contratto, per la quale, fin dalle origini dell'istituto nel diritto romano, si è ritenuta necessaria una condotta più riprovevole, connotata dall'intenzionalità (106).

Più in generale si può concordare con chi evidenzia il rischio che la buona fede precontrattuale possa costituire « un principio antagonista » in grado di scardinare l'intero sistema dei vizi del consenso, non soltanto alterando « l'equilibrio che il legislatore ha considerato giusto tra esigenze di tutela dell'autore e quelle del destinatario ... (della) dichiarazione », ma compromettendo altresì la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici (107).

Da questa prospettiva si è opportunamente sostenuto che la valutazione della condotta tenuta dalle parti durante le trattative alla stregua della clausola generale di correttezza non incide direttamente sulla validità del contratto, ma vale soltanto a correggere e superare « il rigore formale degli istituti, ponendo in luce un necessario confronto tra regole di validità e di responsabilità » (108). Ne deriva che la condotta scorretta, ove abbia contribuito a dar vita a un regolamento d'interessi pregiudizievole per una delle parti, pur senza integrare un vizio della volontà normativamente rilevante, trova sanzione nel risar-

---

meno gravoso rispetto a quello che deve assolvere chi agisca facendo genericamente valere una *negligence* del convenuto.

(106) È significativa in tal senso, secondo quanto riferisce Ulpiano, la definizione di Labeone del dolo come « *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita* » (D. 4, 3, I, 2). Assume quindi rilevanza, a prescindere da qualsiasi tipizzazione, ogni comportamento astuto, ingannevole o capzioso che sia *finalizzato* a indurre in errore.

(107) Le espressioni virgolettate sono di D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., 42.

(108) In questo senso le affermazioni con le quali VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, cit., 925 riprende le considerazioni già svolte in ID., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese*, cit., 43 s.



cimento del danno che ne sia derivato, anche quando il contratto sia stato validamente concluso (109).

Alla luce di tali considerazioni è quindi pienamente condivisibile l'orientamento espresso in alcune sentenze di merito, che, proprio nella materia dei servizi finanziari, hanno escluso che la mera violazione degli obblighi d'informazione da parte dell'intermediario renda annullabile il contratto ove manchi la prova specifica di artifici e/o raggiri che abbiano ingenerato nell'investitore una rappresentazione alterata della realtà, inducendolo a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe concluso (110).

Questi tuttavia potrà comunque ottenere l'annullamento del contratto, se prova d'essere incorso in un errore essenziale, riconoscibile dall'intermediario (111), anche a prescindere dall'efficacia determinante che in tal senso possa aver avuto la condotta di quest'ultimo (112). Al riguardo si può ad esempio configurare un errore sulla natura o sull'oggetto del contratto, rilevante ai sensi dell'art. 1429, n. 1), c.c., nel caso nel quale l'investitore, convinto di sottoscrivere un piano d'investimento da attuare mediante versamenti mensili, era ignaro di avere in realtà stipulato un mutuo finalizzato all'acquisto di altri strumenti finanziari e che le somme da lui pagate mensilmente rappresentavano le rate di rimborso del prestito (113).

Parimente, integrava un errore sull'identità dell'oggetto della prestazione la situazione concretamente verificatasi in alcuni casi in cui il risparmiatore aveva sottoscritto ordini di acquisto recanti la dicitura

---

(109) In tal senso vedi la conclusione cui giunge MANTOVANI, « *Vizi incompleti* » del contratto e rimedio risarcitorio, cit., 288 s.

(110) Trib. Palermo, 17 gennaio 2005, cit. e Trib. Mantova, 24 marzo 2005, in *www.ilcaso.it*.

(111) Così F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari*, Milano, 2004, 238. Prescinde invece dal concreto riferimento al dato normativo in esame l'opinione espressa da LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, cit., 15, che ritiene l'annullamento per errore incompatibile con « il bisogno di oggettività » che caratterizza « l'economia moderna ».

(112) L'investitore, invece, deve in ogni caso provare l'esistenza di un errore essenziale e riconoscibile, non potendo al riguardo operare l'inversione dell'onere probatorio prevista dall'art. 23 t.u.f. per i giudizi di risarcimento del danno: in tal senso vedi espressamente Trib. Vicenza, 16 novembre 2006, in *www.ilcaso.it*.

(113) La controversia è stata decisa da Trib. Parma, 6 dicembre 2006, n. 1442, in *www.ilcaso.it*, che, con argomenti in parte diversi da quelli utilizzati nel testo, ha ritenuto il contratto annullabile per errore su una qualità dell'oggetto della prestazione ai sensi dell'art. 1429, n. 2), c.c.

« Parmalat », credendo erroneamente di acquistare titoli emessi dalla società quotata nella borsa italiana e non, come invece era in realtà avvenuto, da un'omonima società veicolo quotata all'estero, le cui obbligazioni erano garantite « dalla sola società industriale, priva di *rating*, Parmalat S.p.A e non anche dalla *holding* finanziaria, avente il *rating* tripla B meno.

Al riguardo non sembra tuttavia condivisibile l'argomentazione in base alla quale la giurisprudenza ha escluso l'annullabilità del contratto, ipotizzando invece una causa di risoluzione del contratto per inadempimento, consistente in una sua esecuzione « difforme dal contenuto dell'accordo » (114). In realtà nel caso di specie la divergenza rispetto all'effettiva volontà delle parti riguardava non soltanto l'esecuzione del contratto, ma ancor prima le dichiarazioni attraverso le quali questo si era perfezionato. Il contraente era quindi incorso in un errore ostativo, che, diversamente da quanto stabilito nel codice previgente, rende annullabile il contratto come prevede l'art. 1429, n. 2), c.c., in quanto vizio di per sé essenziale, a prescindere dall'accertamento concreto dell'influenza determinante che abbia esercitato sulla volontà dell'investitore (115).

Diversamente l'errore, che cada su una qualità dell'oggetto della prestazione, sarà rilevante solo in quanto debba ritenersi, secondo il comune apprezzamento, determinante del consenso, il che ad esempio avviene nell'ipotesi in cui l'investitore, credendo di effettuare una normale scelta di investimento, fosse ignaro di compiere in realtà un'operazione speculativa con rischio medio-alto di perdita integrale del capitale (116).

In presenza di tali vizi, l'investitore potrà quindi ottenere l'annul-

---

(114) In tal senso Trib. Milano, 24 novembre 2005, n. 12704.

(115) Tale norma, infatti, contrariamente a quanto afferma Trib. Milano, 30 giugno 2006, n. 7950, non richiede che l'errore sull'identità dell'oggetto della prestazione, a differenza di quello che riguarda una qualità dello stesso, debba ritenersi, secondo il comune apprezzamento, determinante del consenso. Una fattispecie simile è stata inoltre esaminata da Trib. Lodi, 12 gennaio 2007, n. 54, in *www.ilcaso.it*, in una controversia nella quale però l'errore non era stato dedotto come causa di annullabilità del contratto, di tal che sul punto non si era formato alcun giudicato.

(116) In tal caso Trib. Lanciano, 30 aprile 2007, n. 156, in *www.ilcaso.it* ha ravvisato un errore su una qualità essenziale dell'oggetto della prestazione. Analogamente Trib. Ancona, 12 aprile 2007, in *www.ilcaso.it* ha ritenuto costituisce errore essenziale, causa di annullamento del contratto, la mancanza d'informazioni sull'oggetto del negozio che aveva impedito una scelta consapevole d'investimento.

lamento del mandato stipulato con l'intermediario e la restituzione delle somme versate in esecuzione di tale contratto, mentre gli strumenti finanziari, venuto meno il titolo che ne giustificava *ex lege* il trasferimento al cliente, saranno acquisiti al mandatario. A tal fine peraltro non rileva che questi fossero già nel portafoglio di quest'ultimo o che invece siano stati successivamente comprati sul mercato in esecuzione dell'ordine ricevuto dal cliente: l'annullamento non potrebbe comunque estendersi al contratto con il quale l'intermediario ha acquistato i titoli dal terzo alienante. Quand'anche, infatti, si ritenga applicabile al mandato senza rappresentanza la norma dell'art. 1390 c.c. nella parte in cui attribuisce rilevanza al vizio della volontà del rappresentato, che riguardi elementi del contratto da esso predeterminati, non si potrebbe però prescindere dal requisito della riconoscibilità dell'errore. Ne deriva che in questi casi il rimedio in esame è reso di fatto inoperante dalle concrete modalità di contrattazione e dalle caratteristiche intrinseche dei titoli alienati, circostanze in relazione alle quali è estremamente improbabile che l'alienante al momento della conclusione del contratto possa conoscere non solo eventuali vizi della volontà, ma anche soltanto l'identità dell'acquirente.

Analoghe ragioni portano inoltre a escludere la concreta possibilità di annullare il contratto nelle ipotesi in cui il risparmiatore abbia acquistato i titoli direttamente dalla società emittente mediante sottoscrizione di un'offerta pubblica, avvenuta secondo modalità che prescindono da un contatto personale tra i contraenti e quindi non consentono di ipotizzare realisticamente che eventuali vizi della volontà dell'acquirente siano riconosciuti dall'altra parte. È evidente peraltro che in questi casi la tutela restitutoria conseguente all'annullamento potrebbe risultare comunque priva di effettiva utilità pratica, nella misura in cui appresta un rimedio esperibile soltanto nei confronti di un soggetto diverso dall'intermediario, che, proprio in ragione della situazione finanziaria nella quale in ipotesi si trova, non offre una adeguata garanzia patrimoniale.

Viceversa, l'azione di restituzione può essere proficuamente esercitata contro l'intermediario allorché questi sia parte del contratto di investimento annullato per vizi del consenso.

7. *Il conflitto d'interessi come « mala gestio » dell'intermediario e il ripristino della situazione patrimoniale inter partes.*

Un confronto tra regole relative alla valida formazione del con-

tratto e regole che invece incidono sulla sua corretta esecuzione, anche in termini di disfunzione del sinallagma, è necessario per individuare i rimedi esperibili dall'investitore in situazioni in cui l'intermediario operi in conflitto d'interessi con quest'ultimo.

Qualora, infatti, l'investimento si sia realizzato mediante la negoziazione di strumenti finanziari, un'ulteriore ragione di impugnazione del contratto potrebbe trovare origine nella presenza di un interesse dell'intermediario confliggente con quello dell'investitore. Questa del resto è la soluzione astrattamente ammessa dalla giurisprudenza che ha affrontato la questione dei rimedi applicabili nei casi di violazione della normativa speciale, che nel testo previgente imponeva all'intermediario di organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti d'interesse e, ove ciò non fosse possibile, di agire in modo da assicurare ai clienti trasparenza ed equo trattamento [art. 21, lett. c), t.u.f.], preavvertendoli e acquisendone preventivamente il consenso scritto (art. 27, co. 2, reg. Consob n. 11522/1998) (117). In particolare la Cassazione, dopo aver escluso che l'omissione degli adempimenti prescritti determini la nullità del contratto per difetto di forma, ha affermato che questa può assumere rilievo alla stregua della disciplina generale, prevista dagli artt. 1394 e 1395 c.c., che però, in difetto di una domanda di parte non aveva potuto trovare applicazione nella controversia concretamente decisa (118).

---

(117) Rispetto a tale disciplina la regolamentazione dei conflitti d'interessi introdotta dalla direttiva MiFID rappresenta un netto mutamento di strategia normativa, non più fondata su regole di trasparenza che limitano l'autonomia dei contraenti consentendo di compiere l'operazione solo quando questa sia stata preventivamente autorizzata per iscritto dall'investitore, ma incentrata principalmente su regole di organizzazione interne, individuate in relazione all'obiettivo da conseguire, che, coerentemente con la scelta comunitaria a favore di un modello di banca polifunzionale, è quello di prevenire non il conflitto d'interessi, ma le conseguenze negative che questo potrebbe avere sugli interessi dei clienti. In tal senso vedi le considerazioni sulla nuova disciplina di S. SCOTTI CAMUZZI, *I conflitti d'interessi fra intermediari finanziari e clienti nella direttiva MiFID*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 121 s.

(118) Cass., 29 settembre 2005 n. 19024, cit. Nel senso dell'annullabilità del contratto vedi altresì App. Brescia, 10 gennaio 2007, n. 20, in *www.ilcaso.it*, secondo la quale spetta all'investitore provare che l'intermediario ha operato in contrasto con il suo interesse, non trovando applicazione nel giudizio di annullamento l'inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 23 t.u.f. con riguardo all'azione di risarcimento del danno. Alla medesima conclusione giunge pure Trib. Novara, 16 marzo 2006, in *Giur. mer.*, 2006, 1402 s. Viceversa si sono pronunciati per la nullità Trib. Torino, 7 novembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 521 e Trib. Venezia, 22 novembre 2004, cit., 5 s.,

Secondo l'opinione della Suprema Corte, sia pure *obiter dicta*, l'annullamento del contratto rappresenta il rimedio tipico previsto dal sistema a tutela della parte potenzialmente pregiudicata dal conflitto d'interessi, conformemente alla soluzione già proposta da autorevole dottrina (119).

Tale conclusione non può essere tuttavia accolta senza aver prima verificato l'applicabilità in via analogica della disciplina in questione a contratti che normalmente gli intermediari concludono senza spendere il nome del cliente, in esecuzione di un mandato senza rappresentanza (120).

La soluzione della questione non sembra peraltro poter prescindere dalla ricostruzione che si ritiene di dare alla fattispecie che determina l'annullamento del contratto per conflitto d'interessi, come inadempimento qualificato delle obbligazioni nascenti dal rapporto di gestione, opponibile al terzo se da questi conosciuto o conoscibile (121), ovvero come mera violazione del rapporto instauratosi mediante la procura (122). È infatti evidente che secondo quest'ultima prospettazione il rimedio in esame non potrebbe trovare applicazione rispetto a contratti nei quali l'attività gestoria si realizza senza l'esercizio di un potere di rappresentanza.

In contrasto con tale ricostruzione sembra tuttavia che l'interesse del mandante non possa essere adeguatamente evidenziato indipenden-

---

secondo il quale la violazione dello specifico obbligo di informazione relativo alla situazione di conflitto d'interessi determina la nullità del contratto.

(119) In tal senso vedi G. GABRIELLI, *Il conflitto d'interessi autorizzato*, in *Contr. impr.*, 2007, 98.

(120) Questi sono i rilievi di ROPPO - AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere*, cit., 30.

(121) Così si esprime la dottrina che spiega l'incidenza del conflitto d'interessi sulla validità del contratto concluso dal rappresentante come eccezione al principio d'irrelevanza del rapporto di gestione nei confronti dei terzi: C. ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto d'interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 138 s. In senso sostanzialmente conforme M. ZANA, *Buona fede e contratto con se stesso*, in *Foro pad.*, 1972, I, 759-760, che ravvisa nella disciplina del conflitto d'interessi una limitazione all'autonomia della procura, in conformità con l'opinione espressa da S. PUGLIATTI in diversi saggi ora raccolti in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965.

(122) Secondo G. MINERVINI, *Il conflitto d'interessi fra rappresentante e rappresentato nella recente codificazione*, in *Arch. giur.*, 1946, 141 l'interesse del *dominus* assume un autonomo rilievo nella rappresentanza a prescindere da ogni riferimento al rapporto sottostante. La tesi è ripresa e approfondita da E. PEREGO, *Spunti sul conflitto d'interessi nella rappresentanza volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, I, 1439 s.

temente dal riferimento al rapporto sottostante, avendo riguardo esclusivamente alla procura, che per definizione regola soltanto i rapporti esterni con i terzi e quindi non consente di rilevare la mancata soddisfazione delle ragioni che ne hanno determinato il conferimento. Il conflitto d'interessi deve invece necessariamente accertarsi con riguardo al rapporto interno, dal quale non si può prescindere per stabilire se il rappresentante ha fedelmente adempiuto l'incarico ricevuto.

Né si potrebbe attribuire rilevanza alla mera esistenza di un interesse potenzialmente incompatibile con quello del rappresentato, prescindendo quindi da ogni valutazione relativa al modo in cui il rappresentante ha concretamente gestito l'affare (123).

Dalla disciplina generale della rappresentanza si ricava, infatti, che ai fini dell'annullamento del contratto non è sufficiente una contrapposizione formale e astratta tra le posizioni del rappresentante e del rappresentato (124), ma è altresì necessario l'effettivo sacrificio dell'interesse che a quest'ultimo fa capo. In tal senso l'art. 1395 c.c. dimostra che la conclusione di un contratto con se stesso da parte del rappresentante non necessariamente si traduce in un conflitto d'interessi, in quanto questo può essere concretamente escluso ad esempio mediante la predeterminazione del contenuto negoziale da parte del rappresentato (125). In presenza di tale ulteriore elemento, infatti, non solo è esclusa l'esistenza di un pericolo astratto per il rappresentato (126), ma è altresì garantita in concreto la conformità del contratto al suo interesse.

Se, dunque, la convergenza in capo alla stessa persona della qualità di entrambe le parti non vale a integrare una ipotesi concreta di conflitto di interessi, a maggior ragione non si può ritenere a tal fine sufficiente il mero pericolo che il rappresentante, in considerazione dei

---

(123) A tale espediente è invece costretto chi ritiene che l'esistenza del conflitto d'interessi prescinde da ogni riferimento al rapporto interno tra rappresentante e rappresentato: cfr. in tal senso PEREGO, *Spunti sul conflitto d'interessi*, cit., 150.

(124) Afferma Cass., 26 settembre 2005, n. 18792, in *Foro it.* on line, che l'esistenza di un conflitto deve essere accertata in relazione al contenuto e alle modalità concrete dell'operazione, prescindendo dalla formale contrapposizione di posizioni, che può valere come semplice elemento presuntivo.

(125) Così ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto d'interessi e art. 1394 c.c.*, cit., 147.

(126) In tal senso invece la lettura riduttiva di PEREGO, *Spunti sul conflitto d'interessi*, cit., 1453.

rapporti che intrattiene nella situazione concreta con un terzo, possa far prevalere un interesse di quest'ultimo che sia contrario a quello del rappresentato. Sarebbe del resto paradossale che proprio nell'ipotesi che presenta meno rischi per il rappresentato, l'ordinamento accogliesse una nozione diversa e più ampia di conflitto d'interessi. Al contrario si deve ragionevolmente ritenere necessaria in entrambi i casi la prova che il rappresentante non ha fedelmente eseguito l'incarico ricevuto.

Parimente, anche là dove il rappresentate non sia contrattualmente vincolato al compimento di atti gestori, ma sia investito di un mero potere di rappresentanza, il conflitto d'interessi è configurabile soltanto in termini di effettiva violazione di un obbligo (di protezione) che non nasce dalla stipula di un contratto, bensì dall'affidamento che il rappresentato ha riposto nel suo operato. Il conferimento della procura presuppone infatti una particolare fiducia che il rappresentato esprime riconoscendo al rappresentante il potere di vincolarlo nei confronti di terzi (127), i quali a loro volta, pur essendo estranei al rapporto sottostante, sanno che il rappresentato ha legittimamente ragione di attendersi un comportamento leale (128).

In questo senso il richiamo all'interesse del rappresentato nella fattispecie tipo di rappresentanza descritta dall'art. 1388 c.c., assume un preciso significato di riconoscimento della rilevanza dei rapporti interni anche nei confronti di terzi sia pure limitatamente alle situazioni di conflitto da questi conosciute o conoscibili.

Ciò tuttavia non equivale ad ammettere limiti al potere di rappresentanza che non risultano dalla procura, in quanto la violazione degli obblighi di gestione non priva automaticamente di effetti il contratto concluso dal rappresentante, ma ne consente soltanto l'annullamento a certe condizioni.

Il conflitto d'interessi da questa prospettiva si configura come una fattispecie d'inadempimento degli obblighi di corretta gestione, specificamente riconducibile alla preferenza accordata dal rappresentante a un interesse (proprio o altrui) in contrasto con quello del rappresen-

---

(127) Conforme l'opinione di STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 198, secondo il quale « il potere di rappresentanza è dato nella fiducia che il rappresentante se ne valga nel solo interesse del *dominus* ».

(128) Ravvisa nel conflitto d'interessi la violazione di un obbligo di correttezza e buona fede nell'esercizio del potere rappresentativo ZANA, *Buona fede e contratto con se stesso*, cit., 762.



tato. Ai fini dell'annullamento del contratto non è infatti sufficiente l'uso malaccorto del potere di rappresentanza, ma è necessario che il rappresentante persegua interessi suoi o di altri soggetti, inconciliabili con quelli del rappresentato, in modo che l'utilità conseguita o conseguibile per sé medesimo o per i terzi determini o possa determinare un danno per il rappresentato (129).

Tale condotta scorretta non assume tuttavia una rilevanza limitata al piano dei rimedi risarcitori, ma rende annullabile il contratto che ne è il risultato, proprio in considerazione del rilievo specifico che essa direttamente assume nei rapporti tra il rappresentato e il terzo, che se ne è avvantaggiato interferendo consapevolmente o colposamente nell'attività gestoria del rappresentante e rendendosi complice del suo inadempimento (130).

Diversamente da quanto accade in altre ipotesi, infatti, la complicità del terzo non si realizza attraverso la creazione di un rapporto autonomo e distinto rispetto a quello rimasto inadempito, ma connota intrinsecamente il compimento stesso dell'atto di gestione. Questo giustifica dal punto di vista razionale la previsione legale di un rimedio specifico quale l'annullamento, che non opera solo tra le parti del rapporto gestorio, ma estende i suoi effetti anche nei confronti del terzo, eliminando i vantaggi da esso abusivamente ottenuti, contestualmente al ripristino dell'interesse leso.

A tal fine non è però sufficiente il rischio meramente potenziale che il rappresentante possa far eventualmente prevalere un interesse proprio o altrui contrario a quello del rappresentato, ma, coerentemente con la ricostruzione data all'istituto, occorre dimostrare che tale situazione di pericolo si è effettivamente concretizzata in una esecuzione infedele dell'incarico ricevuto (131).

La rilevanza del conflitto ai sensi dell'art. 1394 c.c. prescinde

---

(129) Così Cass., 10 aprile 2000, n. 4505, in *Giur. it.*, 2001, 417. In senso analogo vedi in dottrina ROPPO, *Il contratto*, cit., 284.

(130) Sulla complicità nell'inadempimento come fattispecie distinta e anzi contrapposta alla lesione aquiliana del credito vedi CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 116 s. e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

(131) Secondo Cass., 19 settembre 1992, n. 10749, in *Giust. civ.*, 1993, I, 3055, il conflitto d'interessi che rende annullabile il contratto ai sensi dell'art. 1394 c.c. ricorre quando il rappresentante, anziché tendere alla tutela degli interessi del rappresentato, persegua concretamente interessi propri o di terzi incompatibili con quelli del rappresentato. Diversamente, secondo PEREGO, *Spunti sul conflitto d'interessi*, cit., 1450 s., è sufficiente per l'annullamento del contratto la sussistenza di una mera situazione

invece dall'accertamento di un pregiudizio attuale subito dal rappresentato, il quale potrà ottenere l'annullamento del contratto dal quale possa derivargli, anche in un momento successivo, un danno non ancora verificatosi al momento della sua conclusione (132).

Se, peraltro, dal comportamento scorretto del rappresentante sia effettivamente derivato un danno al rappresentato, questi può chiederne il risarcimento non soltanto nel caso in cui non sussistano gli estremi dell'annullamento, in quanto il conflitto non era noto né riconoscibile (133), ma anche quando l'annullamento non abbia potuto rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del contratto (134).

Una volta ricostruito il conflitto d'interessi come ipotesi speciale di *mala gestio*, ne deriva inoltre che tale situazione potrà configurarsi, anche a prescindere dall'esercizio di un potere di rappresentanza, tutte le volte che il negozio compiuto dal mandatario, avendo ad oggetto l'acquisto di beni mobili, sia comunque produttivo di effetti nei confronti del mandante, secondo quella che del resto è la modalità con la quale tipicamente gli intermediari finanziari acquistano i titoli per conto dei loro clienti.

Non sembra tuttavia che tali situazioni di conflitto tra l'intermediario e l'investitore possano concretamente determinare l'annullamento del contratto che sia stato eventualmente concluso con un terzo: quest'ultimo, non essendo stato speso il nome del *dominus*, verosimilmente potrebbe anche non sapere che la sua controparte agisce per conto di un altro soggetto portatore di un interesse inconciliabile con il proprio.

Ma al di là delle difficoltà che di fatto ostacolano l'applicazione concreta della norma, non sembra possibile in termini puramente giuridici riconoscere al mandante la legittimazione ad agire per l'annullamento di un contratto, del quale esso non è parte neppure in senso sostanziale. Egli, infatti, pur potendo esercitare i diritti acquistati per suo conto dal mandatario, diversamente dal soggetto direttamente rappresentato mediante la spendita del nome, resta comunque estraneo agli altri rapporti attivi e passivi che intercorrono con l'altro con-

---

di pericolo, anche quando il rappresentante abbia concretamente agito per il meglio nell'interesse del rappresentato.

(132) Cfr. al riguardo Cass., 25 gennaio 1992, n. 813, in *Foro it.* on line e Cass., 25 giugno 1985, n. 3836, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 886.

(133) Così PEREGO, *Spunti sul conflitto d'interessi*, cit., 1459.

(134) Ammette il cumulo tra le due azioni ROPPO, *Il contratto*, cit., 286.

traente (135), e quindi si trova in una posizione assimilabile a quella di un terzo beneficiario di una stipulazione ai sensi dell'art. 1411 c.c., che in quanto tale non può esercitare le impugnative riservate alle parti.

Considerazioni diverse portano inoltre a escludere la nullità del contratto d'investimento per contrarietà alla norma che regola l'attività dell'intermediario che si trovi in situazioni di conflitto d'interessi con il cliente. Questa conclusione alla quale giungevamo già con riguardo alla precedente disciplina (136), che pure prevedeva il divieto di agire in conflitto di interessi in mancanza di una previa informazione e consenso scritto del cliente (137), deve ritenersi *a fortiori* valida nel regime attualmente in vigore che non vieta il compimento dell'operazione, ma impone di adottare ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere e di gestirli in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti, informandone gli stessi, prima di agire per loro conto, ove le misure adottate non siano sufficienti ad evitare il pregiudizio (138). Tale disciplina riguarda quindi le modalità di esecuzione di un mandato che è già stato concluso e che pertanto non può ritenersi contrario al divieto normativo e per tale ragione nullo (139).

Né del resto potrebbe ritenersi nullo il diverso contratto che l'intermediario ha concluso con il terzo, nei confronti del quale l'esistenza del conflitto di interessi con il mandante è del tutto irrilevante in

---

(135) In quest'ottica la giurisprudenza considera eccezionale la regola dell'art. 1705, co. 2, c.c., che consente al mandante di esercitare i diritti acquistati dal mandatario in nome proprio, e ne limita l'ambito alle sole azioni dirette al soddisfacimento di tali crediti, ad esclusione quindi delle altre azioni contrattuali: così, tra le sentenze più recenti, Cass., 21 gennaio 2005, n. 1312 e Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, entrambe in *Foro it.* on line.

(136) Così A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità dell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi*, in *Corr. giur.*, 2008, 116.

(137) Così disponeva, infatti, l'art. 27, co. 2, reg. Consob n. 11522/1998.

(138) Così dispone l'art. 21, co. 1-*bis*, lett. *a*) e *b*) t.u.f., introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. *b*), d.lgs. n. 164/07.

(139) In questo senso si esprime, invece, D. MAFFEIS, *Conflitto d'interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, 490 s. Alla medesima conclusione giungono anche Trib. Torino, 7 novembre 2005, cit., 521 e Trib. Venezia, 22 novembre 2004, n. 2654, cit., 5 s. In contrasto con l'orientamento espresso in queste sentenze di merito Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit. ha tuttavia escluso la nullità del contratto concluso in conflitto d'interessi senza preventiva autorizzazione scritta del cliente.

mancanza dei requisiti e dei presupposti specificamente previsti dalla legge (140).

La validità di tale contratto non impedisce tuttavia al mandante di confinarne gli effetti nell'ambito dei rapporti tra mandatario e alienante, invocando proprio l'inadempimento del rapporto gestorio come causa di risoluzione del mandato.

Tale rimedio rappresenta quindi la tutela apprestata dall'ordinamento a favore dell'investitore che non può ottenere l'annullamento del contratto d'investimento ai sensi dell'art. 1394 c.c., in quanto la *mala gestio* si realizza senza l'esercizio di un potere di rappresentanza, né può negare il proprio consenso al trasferimento della proprietà, che, riguardando cose mobili, si verifica senza la necessità di un successivo atto del mandante. Questi pertanto, ove ritenga l'acquisto contrario al proprio interesse, può rimuoverne gli effetti solo attraverso la risoluzione del mandato, per effetto della quale il mandatario, che risulta essere l'effettivo proprietario dei beni acquistati, è tenuto a restituire le somme che in esecuzione del medesimo contratto gli sono state anticipate dal mandante per l'adempimento delle obbligazioni contratte con il terzo alienante, salvo comunque il risarcimento del danno residuo conseguente all'inadempimento.

Tale conseguenza non può però spiegarsi in termini di mera retroattività della risoluzione, la quale non potrebbe di per sé far diventare il mandatario proprietario di beni che non ha mai acquistato, essendone la proprietà passata direttamente al mandante ai sensi dell'art. 1706, co. 1, c.c. È, invece, necessaria una riformulazione del rapporto contrattuale proprio in ragione della sua mancata attuazione, in conformità con la ricostruzione degli effetti della risoluzione proposta da una parte della dottrina, che colloca il regime previsto al riguardo dal nostro codice a metà strada tra il modello francese, che assimila tale rimedio *quoad effectum* alla nullità, e il sistema tedesco, che diversamente fa discendere dalla vicenda risolutiva un rapporto di liquidazione, che si sostituisce a quello originario (141).

---

(140) Finisce invece per provare troppo l'argomento in base al quale Cass. s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit. hanno escluso la nullità di tali contratti, rilevando che essi costituiscono attuazione di obblighi già assunti dall'intermediario. Secondo questo ragionamento bisognerebbe, infatti, escludere in ogni caso anche la nullità del contratto definitivo stipulato in adempimento di un preliminare valido.

(141) In tal senso vedi C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 798 s.

La tutela restitutoria si realizza invece in termini di mero ritrasferimento della proprietà, allorquando l'intermediario, in esecuzione dell'ordine di acquisto ricevuto dal cliente ceda a esso strumenti finanziari già presenti nel suo portafoglio, mediante un atto (di individuazione) che egli necessariamente compie nelle duplice veste di proprietario alienante da un lato e di mandatario dell'acquirente dall'altro lato. L'effetto traslativo discende, infatti, da un *mero comportamento* esecutivo, la cui natura non contrattuale per un verso esclude il ricorso all'annullamento previsto dall'art. 1395 c.c. con riguardo all'ipotesi di *contratto* con se stesso, per altro verso attribuisce rilevanza al conflitto d'interessi come inadempimento del rapporto gestorio, giustificandone la risoluzione.

In ogni caso, la restituzione delle somme investite in attuazione del rapporto gestorio viziato *in executivis* da conflitto d'interessi, rappresenta una tutela più appropriata rispetto al mero risarcimento del danno, nella misura in cui consente di porre rimedio a una perdita di ricchezza direttamente imputabile a una condotta scorretta del mandatario, che non è mediata nei suoi effetti negativi da una successiva manifestazione di volontà del mandante. Pertanto, diversamente da quanto avviene nel caso in cui la violazione di obblighi precontrattuali induce l'altra parte a compiere scelte svantaggiose, la *mala gestio* dell'intermediario infedele giustifica il ripristino della situazione patrimoniale precedente all'investimento, indipendentemente da qualsiasi considerazione relativa alla colpa dell'investitore e alla sua eventuale rilevanza causale (concorrente o esclusiva) nella produzione dell'evento dannoso.

Da questa prospettiva, che pure attribuisce rilevanza al modo in cui l'intermediario ha concretamente gestito l'interesse del cliente, non sembra tuttavia condivisibile l'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale la negoziazione in contropartita diretta non è di per sé sufficiente a far ritenere la sussistenza di un conflitto d'interessi là dove la compravendita si sia perfezionata in attuazione di un ordine conferito spontaneamente dal cliente, indipendentemente da ogni suggerimento o sollecitazione dell'intermediario (142). Al riguardo la dottrina ha infatti rilevato che «la banca, nel rapporto con il cliente, non *«vende»*, bensì *agisce nell'interesse*, in forza di un contratto di investimento — es. negoziazione, gestione — che è *sempre riconducibile al*

---

(142) In questo senso vedi Trib. Catania, 23 gennaio 2007, cit. e gli altri precedenti di merito ivi citati.

*genere dei contratti di cooperazione* », onde non si è mai in presenza di una *causa vendendi* dominata dalla visione antagonista propria dei contratti di scambio (143). Solamente in quest'ottica si può del resto razionalmente spiegare la previsione nell'art. 21 t.u.f. di pregnanti obblighi, che proprio nella logica della collaborazione tra le parti, impongono agli intermediari di agire nell'interesse dei clienti, rendendo così rilevanti in termini di non corretta esecuzione dell'incarico ad essi assegnato anche comportamenti consistenti nella pedissequa esecuzione delle istruzioni ricevute.

L'ordinamento, infatti, se per un verso rinuncia a un controllo paternalistico sulle scelte di investimento, limitandosi a garantirne in termini di maggiore trasparenza contrattuale, la libertà e la consapevolezza, per altro verso esige che l'intermediario coerentemente con il ruolo da esso istituzionalmente svolto, assista il cliente nell'esercizio della sua facoltà decisionale non soltanto mediante l'adempimento formalistico degli obblighi di informazione, ma anche attraverso la cura sostanziale di un interesse che egli altrimenti non saprebbe adeguatamente gestire da solo. In tal modo la tutela del singolo contraente e in pari tempo del mercato nel suo complesso non si realizza prevenendo gli abusi di potere contrattuale, che possono verificarsi nella fase genetica del rapporto, ma attraverso rimedi volti a sanzionare nella fase esecutiva gestioni infedeli, che si traducono in atti contrari all'interesse che invece dovevano salvaguardare.

Da questo stesso punto di vista sarebbe riduttivo escludere la sussistenza del conflitto in base ad una valutazione della convenienza dell'investimento commisurata esclusivamente alla differenza tra il prezzo pagato dall'investitore per l'acquisto degli strumenti finanziari e quello praticato da altri operatori sul mercato (144). Si deve invece tenere conto anche di altre possibili circostanze che abbiano indotto a compiere l'operazione per soddisfare un interesse in contrasto con quello dell'investitore, come ad esempio accade nel caso in cui la banca abbia assunto l'incarico di collocare determinati prodotti finanziari presso i risparmiatori, acquistandone in proprio un certo quantitativo o impegnandosi ad acquistarlo in caso di mancato collocamento (145). Essa, infatti, avendo assunto il rischio relativo al risultato dell'investi-

---

(143) MAFFEIS, *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., 2005, 587-588.

(144) Così invece Trib. Mantova, 18 marzo 2004, cit., 442.

(145) Cfr. al riguardo la Comunicazione Consob 28 agosto 1992, n. BOR/RM/

mento, ha un interesse specifico in contrasto con quello dei clienti, là dove ritenga per sé più conveniente trasferire a essi gli strumenti acquistati (146).

Va peraltro osservato che nella nuova regolamentazione dei conflitti di interessi, volta a stabilire le modalità di esecuzione dell'incarico (147), il ricorso ai rimedi sinallagmatici, secondo la ricostruzione finora prospettata, trova comunque un autonomo fondamento nell'inadempimento degli obblighi nascenti dal contratto di mandato, indipendentemente dalla violazione di norme legali o regolamentari.

Per la medesima ragione, inoltre, l'autorizzazione al compimento dell'operazione, anche se data per iscritto dal risparmiatore, secondo quanto obbligatoriamente prescriveva l'art. 27 reg. Consob n. 11522/1998, non vale a precludere l'esperibilità dei rimedi in questione, ma può tutt'al più costituire un possibile indice con riguardo al quale valutare, nelle circostanze concrete, la scarsa importanza dell'inadempimento dell'obbligazione gestoria in relazione all'interesse manifestato dal cliente alla corretta esecuzione dell'incarico, tale da escludere semmai la risoluzione del contratto, ma non certo il risarcimento del danno concretamente sofferto (148). Sempre a tale riguardo perde infine rilevanza la questione, dibattuta in dottrina, se in tutti i casi di conflitto d'interessi possa trovare applicazione la previsione, dettata dall'art. 1395 c.c. con specifico riguardo al contratto con se stesso, che ne esclude l'annullabilità, ove questo sia stato specificamente autorizzato dal rappresentato (149).

---

92006158, in *www.consob.it* avente ad oggetto « Chiarimenti in materia di conflitto d'interessi nell'attività di collocamento di valori mobiliari ».

(146) Su argomentazioni analoghe si basa la decisione di Trib. Venezia, 22 novembre 2004, n. 2654, cit., che però conclude nel senso della nullità del contratto di investimento per contrarietà alle norme imperative che regolano il comportamento dell'intermediario nell'ipotesi di conflitto d'interessi.

(147) Cfr. *supra* la nota 117.

(148) Diversamente MAFFEIS, *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, cit., 589 s. ritiene che in questi casi l'autorizzazione specificamente data dal cliente non escluda l'invalidità del contratto. In senso contrario vedi tuttavia l'opinione espressa da GABRIELLI, *Il conflitto d'interessi autorizzato*, cit., 113 s., secondo il quale non comporta « invalidità, una volta che la stipulazione sia stata idoneamente autorizzata, la violazione del dovere di equo trattamento, alla quale consegue, secondo le regole dell'ordinamento generale, soltanto la responsabilità dell'intermediario per il danno cagionato ».

(149) In senso favorevole all'estensione GABRIELLI, *Il conflitto d'interessi autoriz-*



8. *La violazione degli obblighi dell'intermediario tra responsabilità precontrattuale e difetto funzionale del sinallagma: risoluzione del contratto e risarcimento del danno.*

La risoluzione del contratto d'investimento non potrebbe invece trovare fondamento nella violazione degli obblighi d'informazione che ne precedono la conclusione (150). Tale condotta, infatti, verificandosi in una fase in cui il vincolo sinallagmatico non si è ancora instaurato, non può in alcun modo alterare l'equilibrio tra obblighi che vincoleranno le parti solo in un momento successivo, ma può soltanto impedire che esse ne abbiano una rappresentazione corretta e puntuale.

In base ad argomenti analoghi del resto anche la giurisprudenza ha avuto modo di stabilire, sia pure con riguardo a fattispecie diverse, che la violazione dell'obbligo precontrattuale di buona fede, consistente nella mancata comunicazione di circostanze significative rispetto all'economia del contratto, non può essere dedotto a fondamento della domanda di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., essendo a tal fine necessaria la violazione di una specifica obbligazione nascente dal contratto (151).

La giurisprudenza, invece, ha riconosciuto che la violazione degli obblighi di buona fede, qualora si verifichi nella fase di esecuzione del contratto, può giustificare l'applicazione dei rimedi sinallagmatici e in particolare la risoluzione del contratto (152). In tal senso si era peraltro espressa la dottrina (153), che ha successivamente precisato i fondamenti teorici sui quali si basa tale conclusione, evidenziando come il *sinallagma* sia un vincolo che lega non soltanto le prestazioni oggetto

---

zato, cit., 97 s. con puntuali riferimenti a dottrina e giurisprudenza. Di avviso contrario invece MAFFEIS, *Conflitto d'interessi nel contratto e rimedi*, 191 s. e 246 s.

(150) In senso analogo vedi, sia pure con riguardo a una fattispecie diversa da quelle riguardanti le omissioni imputabili agli intermediari finanziari, l'opinione espressa dal Giudice di pace di Civitanova Marche, 26 marzo 2003, in *Arch. civ.*, 2003, 781.

(151) Così Cass., 19 novembre 1994, n. 9802, in *Rass. loc.*, 65, che però, a differenza di quanto sostenuto nel testo sembra attribuire rilevanza decisiva al fatto che l'inadempimento nel caso deciso avesse ad oggetto un obbligo diverso da quello di prestazione. In merito vedi però quanto si dirà a breve.

(152) In tal senso vedi Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit. e più recentemente Cass., 29 maggio 2006, n. 12801, in *Foro it.* on line.

(153) F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Studi in onore di B. Biondi*, IV, Milano, 1964, 484 e con riguardo all'eccezione d'inadempimento F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 223 s.

del contratto, ma anche gli ulteriori obblighi di protezione compresi nella struttura complessa del rapporto obbligatorio, la cui mancata attuazione è pertanto in grado di alterare l'equilibrio negoziale, giustificando il ricorso ai rimedi sinallagmatici (154), ove configuri un inadempimento di « non scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte », come tale in grado di incidere in modo significativo sull'economia generale del rapporto contrattuale (155).

Opportunamente è stato inoltre rilevato che proprio in questa materia il codice riconosce alla buona fede un ruolo guida del controllo giudiziale sul legittimo esercizio dell'azione di risoluzione e dell'eccezione d'inadempimento, di tal che non sarebbe ragionevole pensare che il medesimo criterio non debba essere utilizzato dal giudice per valutare l'esistenza di una condotta rispetto alla quale sia possibile esperire i rimedi in questione (156). In quest'ottica deve quindi ritenersi ammissibile il ricorso ai rimedi sinallagmatici anche nel caso in cui siano stati violati obblighi d'informazione desumibili dall'art. 21, co. 1, lett. b), t.u.f., che impone agli intermediari di operare in modo che gli investitori siano adeguatamente informati (157).

La condotta scorretta dell'intermediario finanziario inoltre potrebbe astrattamente configurare un « inadempimento » del contratto « quadro » o « cornice », che regola le differenti fasi negoziali anche successive all'esecuzione dei singoli ordini (158). Trattandosi però di un rapporto avente a oggetto esclusivamente obblighi (di protezione) a carico di una sola parte (159), non avrebbe alcun senso ammetterne la risoluzione (160), presupponendo invece tale rimedio un contratto con

(154) CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 1980, 6.

(155) In tal senso vedi ora Cass., 29 maggio 2006, n. 12801, cit.

(156) Così CASTRONOVO, *op. loc. ult. cit.*

(157) Ammette la risoluzione del contratto per violazione degli obblighi d'informazione nella fase successiva di attuazione del rapporto SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, cit., 191, secondo il quale tale inadempimento riguarda una prestazione che non ha natura meramente accessoria, ma connota e qualifica l'intera attività dell'intermediario.

(158) A tale conclusione sembrano ora giungere Cass. s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.

(159) Per maggiori dettagli sul punto mi permetto di rinviare ad A. ALBANESE, *Il contratto normativo*, ne *I rapporti giuridici preparatori* a cura di F. Realmonte, Milano, 1996, 181 s.

(160) Ammette invece il ricorso a tale rimedio V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond Tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 628.

prestazioni o comunque obblighi corrispettivi di entrambi i contraenti (161). Né del resto l'inosservanza degli obblighi previsti dal contratto cornice, ove preceda l'esecuzione dell'ordine di acquisto, potrebbe costituire inadempimento di quest'ultimo, idoneo a determinarne la risoluzione.

Pertanto, al di fuori delle ipotesi in cui l'operazione sia stata concretamente compiuta in conflitto d'interessi o comunque configuri una *mala gestio* nell'«esecuzione» dell'incarico, le violazioni e le omissioni degli intermediari generano soltanto una responsabilità per i danni subiti dagli investitori, i quali a causa di tale condotta omissiva o reticente hanno concluso un contratto pregiudizievole, che resta però valido ed efficace.

Si tratta in definitiva di una situazione simile a quella contemplata dall'art. 1440 c.c. con riguardo al dolo incidente, che non dà luogo ad annullamento, ma soltanto al risarcimento del danno conseguente alla conclusione (ed esecuzione) di un contratto diverso e meno vantaggioso di quello che sarebbe stato altrimenti concluso. Il mantenimento degli effetti negoziali consente così di salvaguardare gli interessi di terzi che siano titolari di situazioni soggettive derivate dal contratto, limitando alle parti gli effetti del risarcimento.

Analogamente il risparmiatore potrà ottenere il risarcimento del pregiudizio derivato dall'investimento rivelatosi inopportuno, dimostrando che, se fosse stato correttamente informato, non avrebbe compiuto quell'operazione finanziaria e avrebbe eventualmente impiegato le somme investite in modo più proficuo (162). Pertanto, diversamente da quanto accade nell'ipotesi di dolo incidente, il risarcimento ha riguardo al danno che è derivato non dall'aver concluso il contratto a condizioni diverse ma piuttosto dal fatto stesso di aver deciso in base all'informazione incompleta e/o inesatta fornita dalla controparte, di effettuare un investimento poi rivelatosi dannoso. Da questa prospet-

---

(161) Rileva in tal senso REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, cit., 223 che l'esperibilità dei rimedi sinallagmatici anche in caso di violazione di obblighi diversi da quelli che hanno per oggetto le prestazioni principali non esclude la necessità che questi abbiano comunque la loro fonte in un contratto connotato dal vincolo della corrispettività. Al riguardo vedi anche le considerazioni di M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, ne *I contratti in generale*<sup>2</sup> a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2006, 1709 s.

(162) In tal senso si è ripetutamente espresso il Tribunale di Milano: tra le diverse sentenze cfr. 23 ottobre 2006, n. 11534; 27 ottobre 2006, n. 11767; 6 dicembre 2006, n. 13363.

tiva il danno risarcibile non corrisponde automaticamente all'intera somma investita, secondo un criterio valido per la tutela restitutoria, ma è costituito dall'ammontare, eventualmente minore o maggiore, della perdita e/o del mancato guadagno cagionati dal comportamento scorretto dell'intermediario, in virtù delle scelte che l'investitore è stato conseguentemente indotto a compiere (163). Gli obblighi violati dall'intermediario, infatti, non sono funzionali ad annullare o ridurre il rischio dell'investimento, ma « a rendere l'investitore consapevole della scelta compiuta, che rimane pur sempre risultato e frutto della sua decisione » (164), onde la derivazione causale del danno da questi subito deve essere valutata con riguardo alle possibili determinazioni che egli avrebbe assunto ove fosse stato adeguatamente informato. Ove peraltro tale legame causale sia concretamente accertato, non se ne può escludere la rilevanza in ragione di circostanze sopravvenute, che hanno semplicemente concorso a cagionare l'evento dannoso e che non sussistevano al momento in cui è stata effettuata la scelta di investimento (165), ove non si tratti di fatti straordinari e imprevedibili idonei a interrompere un nesso di causalità, che altrimenti permane, tra la mancata informazione e la conclusione del contratto (166).

Da questa prospettiva, il danno risarcibile non è quello originato dalla mancata o inesatta esecuzione del contratto (c.d. interesse posi-

---

(163) In senso sostanzialmente conforme si esprime anche D'AMICO, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari tra regole di validità e regole di responsabilità*, cit., 76, il quale sembra però considerare soltanto l'ipotesi di un risarcimento inferiore alla somma investita e andata perduta.

(164) Riconosce in questi termini rilevanza causale alla mancata informazione DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, cit., 1284 s.

(165) Diversamente D'AMICO, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari*, cit., 79 ritiene che non sia risarcibile il danno che risalga anche a cause diverse da quelle già esistenti al momento dell'investimento (ad es. andamento negativo del mercato nel suo complesso o comunque nel particolare settore nel quale si colloca lo strumento finanziario negoziato).

(166) Con riguardo alla violazione degli obblighi precontrattuali d'informazione sembra pertanto ipotizzabile una valutazione in termini di causalità della relazione che intercorre sul piano logico tra la condotta omissiva e l'evento dannoso, come dati d'esperienza autonomi e distinti. Diversamente è discusso in dottrina se sussista un vero e proprio nesso causale tra l'inadempimento della prestazione e le conseguenze dannose dello stesso: sul punto cfr. F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 19, 86, 92, 163 s. e C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 86 s.

tivo) (167) né quello che deriva dall'essere stati coinvolti in trattative inutili (c.d. interesse negativo), posto che in questo caso il contratto è stato validamente concluso, bensì proprio il danno riconducibile alla stipula di un contratto sconveniente. In tal senso la Cassazione ha precisato che il risarcimento « deve essere ragguagliato al “minore vantaggio o al maggiore aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti” » (168), accogliendo così l'opinione dottrinale che, anche al di fuori delle ipotesi di dolo incidente, ammette il risarcimento del danno cagionato da un contratto validamente concluso (169). Tale conclusione appare senz'altro condivisibile, posto che oggetto di disapprovazione legale è soltanto il modo in cui si è giunti alla conclusione del contratto, non il contenuto di quest'ultimo, che nonostante gli effetti dannosi che ne derivano sul piano economico, non si traduce in un regolamento contrario alla legge.

Si configura quindi una responsabilità che, pur con diverse connotazioni nelle varie ipotesi, trova sempre fondamento nella violazione di obblighi preesistenti al verificarsi del danno e assume pertanto natura contrattuale (170).

Là dove, infatti, parti del contratto d'investimento siano il risparmiatore e l'intermediario, quest'ultimo è responsabile sia dei danni conseguenti alla mancata o inesatta esecuzione della prestazione do-

---

(167) Diversamente D'AMICO, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari*, cit., 76 s. ritiene risarcibile il danno da inadempimento contrattuale (interesse positivo) sul presupposto però che già il contratto cornice, intercorrente tra intermediario e cliente, sia fonte di obblighi primari di prestazione. Per una diversa ricostruzione vedi invece CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, cit., 314-315.

(168) Vedi al riguardo Cass. s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit., che ribadiscono quanto in precedenza aveva affermato Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit., 28. Per un esame di altri possibili criteri alternativi di quantificazione del danno vedi ROPPO-AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere*, cit., 34 s.

(169) Così tra gli altri MANTOVANI, « *Vizi incompleti* » del contratto e rimedio risarcitorio, cit., 135 s.; R. SACCO-(G. DE NOVA), *Il contratto*<sup>3</sup>, in *Tratt. dir. civ.* a cura dello stesso Sacco, I, Torino, 2004, 625. Critico rispetto a questa soluzione D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., 137 s.

(170) Tale è, infatti, la responsabilità che deriva dall'inadempimento di un'obbligazione, quale che ne sia la fonte: vedi in tal senso l'autorevole insegnamento di MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 360 s. La rilevanza della distinzione tra le due forme di responsabilità è stata del resto ribadita proprio con riguardo alle ipotesi di violazione degli obblighi di condotta del professionista da A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 801 s. e 812 s.

vuta (171) sia di quelli che derivano dalla violazione di obblighi di protezione che nascono con l'instaurarsi di un rapporto tra intermediario e cliente, a prescindere dall'eventuale conclusione dei contratti relativi alle singole operazioni che l'intermediario di volta in volta si impegna a compiere per conto del cliente (172).

Ma, anche quando l'intermediario si sia limitato a sollecitare l'investimento nell'ambito di un'attività di collocamento svolta a favore della società che ha emesso i titoli sottoscritti, l'affidamento che la sua competenza professionale suscita nel risparmiatore si pone come fonte di obblighi autonomi di protezione nei suoi confronti, la cui violazione genera una responsabilità contrattuale (173).

La qualità di terzo che lo caratterizza rispetto al contratto che per suo tramite è stato concluso tra emittente e risparmiatore non è infatti sufficiente a qualificare come aquiliana la responsabilità dell'intermediario (174). Tale conclusione, infatti, sarebbe innanzitutto incompatibile con il carattere meramente patrimoniale del danno subito dall'investitore, che si connota come mera perdita economica priva del requisito dell'ingiustizia, necessario a renderlo rilevante in via extracontrattuale (175). Affermare al riguardo « una responsabilità aquiliana dell'intermediario per danni derivanti dall'esercizio dell'attività professionale significherebbe, inoltre, contro ogni buon senso, equiparare al passante colui al quale il possibile investitore si rivolge per ottenere assistenza e lumi » (176). È al contrario evidente che la forma giuridica più idonea a qualificare la realtà dei fatti è anche in questo caso quella

---

(171) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 536.

(172) CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova*, cit., 319 e F. REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, I, 617 s.

(173) P. ABBADESSA, *Diffusione dell'informazione e doveri di informazione dell'intermediario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 307.

(174) L'opinione contraria a quella da noi accolta trova tuttavia diversi sostenitori in dottrina, tra i quali cfr. G. ALPA, *Circolazione di valori mobiliari e responsabilità civile degli intermediari*, in *Corr. giur.*, 1987, 1200 s. e F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella « terra di nessuno tra contratto e fatto illecito »: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, 570 s. Propongono invece una soluzione differenziata G. B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 21 s. e G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto delle banche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, I, 437 s., i quali riconducono nell'ambito dell'illecito aquiliano soltanto alcune fattispecie residuali di responsabilità.

(175) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 526.

(176) CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova*, cit., 328.

della responsabilità contrattuale, pur non potendo questa ascriversi né all'inadempimento di un contratto, che non c'è, né a una *culpa in contrahendo* (177), che non avrebbe senso rispetto a soggetti che non sono destinati neppure eventualmente a divenire parti del futuro contratto attraverso cui si realizza l'investimento (178).

9. *La tipicità dell'illecito civile e il difetto dell'ingiustizia nel danno conseguente alle intese anticoncorrenziali.*

La questione relativa alla distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità assume una concreta rilevanza applicativa anche dalla prospettiva dell'illecito civile extracontrattuale in ragione del dibattito che in dottrina e in giurisprudenza si è aperto con riguardo alla possibilità di ravvisare un danno ingiusto, quale elemento essenziale della fattispecie prevista dall'art. 2043 c.c., nella violazione della normativa a tutela della concorrenza e del mercato (c.d. disciplina antitrust). In tale contesto ci si è infatti chiesto se i soggetti danneggiati da un illecito anticoncorrenziale possono far valere una responsabilità extracontrattuale delle imprese autrici dei comportamenti vietati (179).

In particolare il problema si è posto con riguardo alle c.d. intese restrittive della concorrenza, con le quali ad esempio più imprese stabiliscono i prezzi dei prodotti che intendono immettere sul mercato o concordano altre condizioni relative a contratti che ciascuna di esse stipulerà con altri soggetti, siano essi consumatori finali dei beni e

---

(177) Questa è invece la soluzione formalmente adottata dalla giurisprudenza con riguardo alla responsabilità da prospetto dell'intermediario: così Trib. Milano, 11 gennaio 1988, in *Giur. comm.*, 1988, II, 585 s. confermata in secondo grado da App. Milano, 2 febbraio 1990, in *Dir. banca e mercato fin.*, 1992, 85 s. Al riguardo tuttavia CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 528 nota 177 rileva come l'affermazione di una *culpa in contrahendo* nelle riferite decisioni passi in secondo piano alla luce dell'effettiva *ratio decidendi*, in base alla quale i giudici hanno desunto la natura contrattuale della responsabilità dalla qualifica professionale dell'intermediario.

(178) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 528.

(179) Tale questione si pone peraltro anche con riguardo alle violazioni del diritto comunitario della concorrenza, come espressamente prevede il regolamento CE 16 dicembre 2003, n. 1 che al Considerando n. 7 riconosce la competenza dei giudici nazionali ad accordare, nelle controversie tra privati, il risarcimento dei danni derivanti dalle infrazioni della disciplina antitrust. Tale principio era stato già affermato da Corte eur. giust., 30 gennaio 1974, C-127/73, in *Common Market Law Report*, 238, secondo la quale il diritto comunitario antitrust è fonte di diritti e obblighi nei confronti dei privati, che trovano tutela dinanzi ai giudici dei singoli stati membri.



servizi o intermediari della catena di distribuzione. Da tali accordi deriva un pregiudizio per i terzi che sono costretti ad acquistare i beni e i servizi a un prezzo maggiore di quello c.d. concorrenziale. Si tratta però di conseguenze pregiudizievoli da un punto di vista economico, che non trovano ostacolo nel c.d. principio di relatività sancito dall'art. 1372 c.c., il quale esclude soltanto che il contratto possa produrre effetti *immediati* a sfavore dei terzi da un punto di vista giuridico.

Diversamente, attraverso gli accordi in questione le parti conseguono un vantaggio di tipo economico, scaricandone il costo sui terzi, i quali risultano privati dei benefici influssi dei meccanismi concorrenziali del mercato sugli scambi da essi posti in essere.

Proprio per impedire tali esternalità negative l'art. 2 l. n. 287/90 stabilisce la nullità delle intese restrittive della concorrenza, che pertanto non vincolano i soggetti che le hanno stipulate, i quali sono liberi di non darvi attuazione senza dover subire le conseguenze giuridiche negative dell'inadempimento degli impegni assunti (180). In tal caso la legge utilizza la nullità nella sua funzione classica, che è quella di proteggere interessi di soggetti diversi dalle parti, che in quanto terzi non possono difendersi dagli effetti economici negativi del contratto negando il proprio consenso. La mera nullità delle intese si rivela, tuttavia, un rimedio insufficiente allorché le parti, pur non essendovi obbligate, diano comunque attuazione all'intesa. Il medesimo problema si pone peraltro nelle ipotesi, di gran lunga più frequenti, nelle quali l'intesa non prende la forma di un vero e proprio contratto, ma si risolve in una pratica concordata mediante il mero scambio di informazioni, rispetto alla quale non avrebbe neppure senso parlare di nullità. In entrambi i casi, ove l'intesa abbia di fatto ricevuto esecuzione, ci si chiede se e in che modo i soggetti danneggiati possano agire per il risarcimento del danno contro le parti dell'accordo vietato.

È evidente peraltro che là dove la violazione della norma antitrust non s'inserisca nel quadro di un rapporto obbligatorio tra il danneggiato e l'autore dell'illecito, l'eventuale responsabilità non potrà che

---

(180) In tal senso si è espressa, con riguardo al noto caso *Courage*, Corte eur. giust., 20 settembre 2001, cit., 789, secondo la quale il diritto comunitario non osta a una norma di diritto nazionale che neghi all'autore di un'intesa anticoncorrenziale la possibilità di domandare il risarcimento del danno, facendo valere l'inadempimento di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza.

assumere carattere extracontrattuale e come tale può ottenere riconoscimento soltanto se connotata dalla ingiustizia del danno (181).

Questa situazione si verifica ad esempio quando il consumatore danneggiato dall'intesa illecita non acquista il prodotto direttamente da una delle imprese che vi hanno preso parte, ma da un intermediario ovvero quando intenda far valere la responsabilità di un'impresa collusa diversa da quella alla quale si è contrattualmente vincolato.

A tal fine assume pertanto concreta rilevanza la questione se l'ingiustizia del danno debba intendersi alla stregua di una clausola generale, che rimette al giudice la valutazione di meritevolezza dell'interesse leso secondo parametri desumibili anche dal contesto sociale (182) ovvero se si debba accertare la lesione di una vera e propria situazione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento (183).

La risarcibilità del danno derivante dall'illecito anticoncorrenziale costituisce infatti una delle questioni che consente di misurare la distanza effettiva dal punto di vista degli esiti applicativi tra le due contrapposte concezioni, atipica e tipica, dell'illecito civile. La configurazione del danno ingiusto come clausola generale, infatti, non sempre è funzionale a estendere la responsabilità extracontrattuale a ipotesi in cui difetti la lesione di una situazione giuridica soggettiva.

Così ad esempio la dottrina ha elaborato tale teoria per superare le angustie dell'opinione tradizionale che considerava illecita soltanto la lesione di diritti soggettivi assoluti, escludendo invece la tutela aquiliana dei diritti di credito (184). Ma è evidente che tale risultato è perfettamente compatibile con la concezione normativa, rispetto alla quale non comporta alcun ampliamento delle ipotesi in cui il danno è risarcibile.

Parimenti la giurisprudenza, nell'ammettere la responsabilità della pubblica amministrazione, che abbia leso un interesse legittimo del

---

(181) In senso favorevole M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 433 s. e spec. 452, secondo il quale, ferma restando la piena validità del contratto concluso a valle, il pregiudizio patrimoniale che ne deriva si configura come danno ingiusto ex art. 2043 c.c. e di esso il danneggiato è legittimato a chiedere il risarcimento ex art. 33 l. n. 287/90 non soltanto nei confronti della propria controparte, ma anche delle altre imprese aderenti al cartello.

(182) In tal senso vedi S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 84, 86, 116.

(183) Questa è la ricostruzione elaborata da CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, cit., 141 s.

(184) RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 185 s.

privato, ha erroneamente ritenuto necessario proclamare la propria adesione alla tesi della clausola generale, compiendo così quella che efficacemente è stata definita un'inutile « fuga in avanti » (185).

Nell'eccesso opposto cade invece la dottrina che in termini quasi simmetrici nega rilevanza alla questione relativa al significato del danno ingiusto ai fini della tutela risarcitoria del soggetto pregiudicato da violazioni della normativa antitrust (186).

In contrasto con tale affermazione si può tuttavia rilevare che proprio la mancanza di una situazione giuridica soggettiva, che attribuisca al singolo consumatore una pretesa al rispetto della normativa antitrust, induce una parte della dottrina a escludere che possa configurarsi nei suoi confronti una responsabilità extracontrattuale delle imprese aderenti al cartello (187). Viceversa, chi si pone nell'ottica della clausola generale non ha difficoltà a ritenere meritevole di tutela l'interesse del consumatore al corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali, posto che questo trova riconoscimento non solo nella coscienza sociale, ma nella stessa legge antitrust, della quale il consumatore è senz'altro uno dei principali beneficiari (188). Se, infatti, si parte dal presupposto che « qualunque interesse in qualche modo riconosciuto rilevante dall'ordinamento, integra — in quanto violato — gli estremi potenziali del danno ingiusto », non si vede la ragione per negare all'utente finale, che sia direttamente pregiudicato dall'accordo anticoncorrenziale, la possibilità di far valere « le proprie ragioni sul piano risarcitorio » (189).

È quindi rilevante stabilire se un danno ingiusto possa configurarsi a prescindere dalla ricerca di una vera e propria situazione giuridica soggettiva, aderendo cioè a un modello interpretativo che ricostruisce il requisito dell'ingiustizia alla stregua di una clausola generale.

È in proposito vero che la tutela legale della concorrenza si prefigge come obiettivo di politica del diritto un miglioramento del benessere collettivo, anche favorendo, attraverso la competizione tra imprese,

---

(185) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 204.

(186) Così A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, 86.

(187) C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 471 s.

(188) Sui diversi indici normativi della protezione accordata dalla legge antitrust all'interesse dei consumatori vedi M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 935 s.

(189) R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 2004, I, 474.

l'offerta di prodotti migliori a prezzi più bassi. Ma la tutela del mercato non s'identifica necessariamente con la tutela del consumatore (190), come si può agevolmente constatare ove si consideri che sono vietate anche le intese con le quali le imprese si accordano per falsare la domanda di materie prime destinate alla propria attività produttiva, allo scopo di contenerne il costo, a danno dei fornitori. In tal caso la violazione delle norme sulla concorrenza non cagiona alcun pregiudizio ai consumatori, che anzi talvolta ne traggono beneficio in termini di minor prezzo che devono pagare per l'acquisto dei prodotti finiti.

D'altra parte, anche con riguardo alle ipotesi in cui il consumatore sia stato concretamente danneggiato, la tutela predisposta dalla normativa antitrust non necessariamente si traduce nell'attribuzione al singolo soggetto del potere di pretenderne l'osservanza da parte delle imprese che operano nel mercato. È quindi rilevante stabilire se un danno ingiusto possa configurarsi a prescindere dalla ricerca di una vera e propria situazione giuridica soggettiva, aderendo cioè a un modello interpretativo che ricostruisce il requisito dell'ingiustizia alla stregua di una clausola generale.

La prospettiva della tutela del mercato e della concorrenza rivela tuttavia in maniera ancora più evidente i limiti e gli aspetti critici che rendono inaccettabile la tesi dell'atipicità dell'illecito civile. Alle considerazioni generali circa l'ampliamento dei poteri del giudice, che potrebbe mettere in crisi il delicato equilibrio tra potere legislativo e potere giudiziario su cui si fondano gli ordinamenti di diritto scritto (191), si aggiungono altri aspetti problematici, che assumono una specifica connotazione in questo settore dell'ordinamento.

L'importanza del mercato come fattore che determina le condizioni di vita dei singoli individui all'interno della società rende particolarmente problematica dal punto di vista pratico l'utilizzo della clausola generale come modello di qualificazione giuridica del danno,

---

(190) Costituisce del resto questione controversa se obiettivo della disciplina antitrust possa considerarsi il benessere dei consumatori. Sul relativo dibattito, anche con riguardo all'antitrust nordamericano vedi TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., 89 s.

(191) Osserva CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit, 124 che l'ingiustizia del danno configura una formula troppo generica, non facendo riferimento a uno specifico ordine di valori, come quello che caratterizza invece le clausole generali di buona fede, buon costume o diligenza del buon padre di famiglia, di tal che essa, ove non sia fondata su precisi criteri normativi, finirebbe per legittimare una pura giurisprudenza di equità, incompatibile con un ordinamento di legge scritta.

proprio in considerazione dell'eccessivo incremento dei risarcimenti che ne conseguirebbe (192).

Se infatti si riconosce meritevole di tutela aquiliana l'interesse dei consumatori al regolare funzionamento del mercato, si deve allora coerentemente ammettere il risarcimento di tutti i danni che derivano dalla lesione di siffatto interesse e quindi non soltanto il pregiudizio che consiste nel pagamento di un prezzo maggiore per effetto del cartello stipulato a monte, ma anche, ad esempio, il danno che il consumatore ha subito per aver acquistato un prodotto, che seppure privo di vizi o di difetti di altro genere, non presenti le qualità che avrebbe avuto se il produttore, in mancanza dell'intesa restrittiva, avesse operato in un contesto di effettiva competizione con altri produttori di beni analoghi.

Si tratterebbe, tuttavia, di una conclusione in contrasto con una chiara tendenza dell'ordinamento a delimitare entro precisi confini la rilevanza giuridica dell'interesse patrimoniale del consumatore all'acquisto di beni dotati di determinate qualità, interesse che riceve tutela soltanto nell'ambito del rapporto contrattuale con il venditore (193) e comunque nei soli casi in cui la cosa acquistata risulti viziata o non conforme al contratto. Se d'altra parte è vero che l'interesse patrimoniale a soddisfare un determinato bisogno attraverso l'acquisto di un bene assume rilevanza giuridica solo in virtù dell'accordo con il venditore, è logico che il medesimo rapporto contrattuale definisca anche l'ambito soggettivo e oggettivo della relativa tutela (194).

Non è pertanto sufficiente a integrare il danno ingiusto la mera lesione di un interesse per qualsivoglia ragione tutelato dall'ordina-

---

(192) Nel caso in cui si abbia il risarcimento in via extracontrattuale del danno conseguente alla violazione delle norme antitrust, una serie potenzialmente infinita di soggetti, danneggiati in via riflessa dal peggioramento delle condizioni economiche e dalla contrazione della curva della domanda che consegue alla politica monopolistica, potrebbero, infatti, chiedere di essere risarciti, incrementando i costi primari e secondari di gestione delle controversie, che risulterebbero ingovernabili. Ma questo è un prezzo che il mercato stesso non può pagare in quanto rischierebbe il fallimento.

(193) Rileva, infatti, A. NICOLUSSI, *Recensione a Trattato di diritto privato europeo* a cura di N. Lipari, in *Europa dir. priv.*, 2004, 348 che la disciplina della vendita « sembra aver individuato nel venditore finale, anziché nel produttore, il soggetto tenuto a garantire anche in forma specifica la non difformità del prodotto ».

(194) In questo senso, peraltro, è la chiara indicazione del legislatore europeo, che ha inteso ripartire la tutela del consumatore tra rimedi contro il produttore e il venditore, secondo che si tratti del danno cagionato dal difetto o del difetto in sé: così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 710 s.

mento, ma occorre altresì che la conseguente tutela risarcitoria risulti conforme a un criterio sistematico.

È del resto significativo che la necessità di un ancoraggio al sistema è avvertita anche da coloro che tendono a svuotare di contenuti l'alternativa tra le due opposte letture, tipica e atipica del danno ingiusto (195), ma che comunque subordinano l'esperibilità concreta del rimedio aquiliano a un giudizio comunque fondato «su basi sistematiche assolutamente positive» (196).

L'ipotesi appena esaminata mette, infatti, in evidenza un altro rischio tipicamente legato all'utilizzo della clausola generale, che è quello di soluzioni che, prescindendo dalla ricerca di una situazione giuridica già riconosciuta dalla legge come meritevole di tutela, risultano prive del necessario collegamento sistematico che ne garantisca la coerenza con le scelte di fondo dell'ordinamento.

10. *Violazione della disciplina antitrust e impossibilità di ricostruire gli interessi protetti come situazioni giuridiche facenti capo ai singoli soggetti pregiudicati.*

Se si vuole invece mantenere la responsabilità extracontrattuale coerente con il sistema è necessario ancorare il danno ingiusto al riconoscimento legislativo di un diritto o di un altro potere che abbia per oggetto proprio la soddisfazione dell'interesse leso, prima e a prescindere dal verificarsi del danno.

In tal senso si è espressa in un primo tempo la Cassazione (197), chiamata a pronunciarsi sulla competenza a decidere dell'azione di risarcimento del danno che un consumatore assumeva di avere subito per effetto di un'intesa restrittiva della concorrenza con la quale una pluralità di Compagnie assicurative, avevano concordato un aumento del premio assicurativo, limitando di fatto la possibilità per gli assicu-

---

(195) Così M. BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e "ingiustizia" del danno*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 488 s. rileva che l'ingiustizia del danno, quale che sia il modo di intenderla, segnala un problema, ma non offre alcun criterio per risolverlo. Afferma invece la necessità di evitare letture nominalistiche del danno ingiusto V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 48.

(196) Cfr. BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e "ingiustizia" del danno*, cit., 495.

(197) Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, 1121 s.

rati di reperire sul mercato alternative più convenienti (198). In quell'occasione la Suprema Corte ha escluso che il caso in esame rientrasse nella speciale cognizione esclusiva della Corte d'Appello in unico grado ai sensi dell'art. 33 l. n. 287/90, ritenendo tale regola applicabile soltanto alle azioni di risarcimento e di nullità relative ai rapporti tra imprenditori, le cui condotte la disciplina antitrust intende regolare (199). Viceversa, secondo i supremi giudici, la tutela risarcitoria del consumatore finale danneggiato dall'intesa restrittiva non trova origine nella violazione della l. n. 287/90 e quindi non è soggetta alla regola sulla competenza in essa prevista.

Nel decidere la questione processuale, la Corte ha affrontato anche il problema relativo al fondamento sostanziale della responsabilità degli autori dell'illecito nei confronti del consumatore danneggiato, a tal fine ritenendo necessaria la lesione di uno specifico e autonomo diritto soggettivo, e in pari tempo escludendo che quest'ultimo possa dirsi insito nel solo divieto dell'intesa restrittiva (200).

Pur riconoscendo che il consumatore è il termine di riferimento imprescindibile della disciplina antitrust in quanto destinatario dei beni e dei servizi che vengono offerti nel mercato (201), la Corte ha altresì riconosciuto che nel definire gli strumenti operativi di tutela della concorrenza, il legislatore avesse adottato la « prospettiva privilegiata dell'impresa », affidando a essa, quale soggetto principale del « dinamismo del "mercato" », il compito di « assicurare le condizioni per il più pieno e libero esprimersi della "concorrenza", considerata come ... il fattore imprescindibile per l'esprimersi delle potenzialità e delle capacità del "mercato" ».

In quest'ottica la Corte non ha inteso negare l'evidente disconti-

---

(198) Vedi in tal senso il provvedimento dell'*Autorità garante della concorrenza e del mercato*, n. 8546 del 28 luglio 2000, in *Bollettino*, 2000, n. 30.

(199) Tale orientamento era stato poi seguito anche da App. Milano, 2 febbraio 2005, ne *I contratti*, 2006, 141 s.

(200) Si legge testualmente nella motivazione della sentenza che « il semplice fatto che dal lato dell'impresa sussista a monte un illecito antitrust (l'intesa) non vale di per se solo né a corroborare l'esistenza di un diritto soggettivo in capo al consumatore finale, né di conseguenza a riconoscergli una qualche pretesa risarcitoria aquiliana ».

(201) Si tratta peraltro di una conclusione che trova già riconoscimento in dottrina: rileva al riguardo DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli Usa*, cit., 150 che compito del moderno diritto antitrust è proprio quello di regolare il conflitto tra interessi delle imprese e dei consumatori.



nuità teleologica tra le norme del codice civile sulla concorrenza sleale e la disciplina antimonopolistica interna e comunitaria (202), ma soltanto escludere che possa configurarsi sul piano civilistico un vero e proprio diritto all'osservanza della disciplina antitrust in capo a soggetti che non sono partecipi dei meccanismi concorrenziali e rivestono invece la mera veste di consumatori finali.

Secondo tale lettura, la tutela dei consumatori trova attuazione nella dimensione pubblicistica attraverso l'esercizio dei poteri di controllo da parte dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza (203). Viceversa, la responsabilità aquiliana, in quanto strumento volto a proteggere interessi e situazioni soggettive particolari, si rivela inadeguata a sanzionare la violazione di norme dirette a salvaguardare un interesse generale al mantenimento dell'assetto concorrenziale del mercato, come tale irriducibile alla posizione di un singolo soggetto (204). Ciò peraltro non esclude che il consumatore possa avvalersi anche di altri rimedi civilistici di diritto comune che però non presuppongono la sussistenza di uno specifico diritto al rispetto della normativa antitrust. Questa ha, infatti, per oggetto il regolare svolgimento della concorrenza, che pur avvantaggiando il consumatore, è attività propria delle imprese, rispetto alla quale esso è terzo e come tale non può dirsi destinatario né di doveri né di diritti (205).

Non contraddice peraltro questa conclusione la fattispecie di abuso di posizione dominante prevista dall'art. 3, co. 1, lett. b), l. n. 287/90, che richiede bensì un danno per i consumatori, ma come effetto riflesso e indiretto della condotta vietata, la cui conseguenza immediata è invece descritta dalla norma stessa in termini di impedimento o limitazione della produzione o degli accessi al mercato o dello sviluppo tecnico. Ai fini della fattispecie in esame non è quindi

---

(202) È del resto ormai pacifica in dottrina la distinzione tra norme finalizzate alla tutela individuale di singole imprese rispetto a comportamenti scorretti dei concorrenti e norme volte a garantire il funzionamento concorrenziale del mercato: sul punto vedi per tutti L. NIVARRA, *La concorrenza: le disposizioni generali*, in *Jus*, 1998, 11 s.

(203) Sul carattere marcatamente pubblicistico del diritto antitrust europeo vedi G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, 43 s. con riguardo tanto agli obiettivi perseguiti quanto agli strumenti di controllo e alle sanzioni a tal fine previste.

(204) Così L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano* a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi, II, Bologna, 1993, 1455.

(205) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit. 180.

necessario individuare singoli consumatori danneggiati dalla condotta illecita, né tanto meno dimostrare l'esistenza di un danno risarcibile come perdita, anche soltanto economica, relativa a una determinata sfera patrimoniale.

La conclusione che se ne deve trarre pertanto è che la norma faccia riferimento non già al danno subito dai consumatori *uti singuli*, bensì al pregiudizio dell'interesse generale al corretto ed efficiente funzionamento del mercato come perdita di benessere per l'intera collettività.

La disciplina antitrust, vietando gli accordi e le condotte monopolistiche, intende del resto tutelare una pluralità d'interessati (206). Non soltanto gli imprenditori concorrenti e i consumatori, ma anche altri soggetti quali ad esempio i dipendenti delle imprese che operano in un determinato settore produttivo e che in seguito alla contrazione della domanda, dovuta a illeciti anticoncorrenziali, potrebbero perdere il lavoro. *Interessati* al rispetto delle norme sulla concorrenza sono pertanto tutti coloro che sarebbero economicamente pregiudicati dalla sua violazione e dalla conseguente perdita di efficienza del mercato.

Ma la considerazione legislativa dell'interesse dei consumatori o di altri soggetti al rispetto delle regole sulla concorrenza non si traduce nel riconoscimento del potere di agire per la sua soddisfazione.

Se, pertanto, si può ben affermare il carattere plurioffensivo della violazione delle norme antitrust, la considerazione legislativa dell'interesse dei danneggiati al rispetto delle regole sulla concorrenza non si traduce nel riconoscimento di un diritto individuale del consumatore a pretenderne l'osservanza (207).

Parimente si rivela inammissibile il ricorso alla figura dell'interesse legittimo come situazione soggettiva che attribuisce al consumatore il

---

(206) In tal senso già Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, 831, 57 s. ha riconosciuto il carattere plurioffensivo dell'illecito anticoncorrenziale, in ragione della sua attitudine a ledere non soltanto gli interessi dei singoli imprenditori concorrenti, ma l'interesse generale della collettività al corretto funzionamento del mercato. Tale orientamento è stato più recentemente confermato da Cass. s.u., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Europa dir. priv.*, 2005, 435 s. con nota di C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*.

(207) Rileva in tal senso TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., 154 che proprio le finalità generali della disciplina della concorrenza non lasciano spazio per l'emersione di diritti soggettivi.

potere di pretendere che l'attività d'impresa si svolga nel rispetto delle regole del mercato (208).

Sebbene la Cassazione abbia ormai ammesso la risarcibilità dei danni da lesione dell'interesse legittimo, tale figura presuppone una posizione di soggezione del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione e come tale si rivela inadeguata, già da un punto di vista generale, a dare forma giuridica ai rapporti tra soggetti privati (209). Sarebbe del resto inopportuno sul piano della politica del diritto oltre che scorretto dal punto di vista giuridico, accreditare nell'ambito del diritto civile una figura che invece lo stesso diritto pubblico tende ad abbandonare in nome di una nuova e più paritaria concezione dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione caratterizzata dall'attribuzione di veri e propri diritti soggettivi (210). In tal senso, infatti, parte della dottrina e della giurisprudenza, con riguardo ai danni cagionati al privato da atti illegittimi della p. a., hanno configurato una responsabilità contrattuale da violazione di veri e propri obblighi di buona fede, ravvisandone la fonte nel contatto sociale che si instaura con l'Amministrazione e nell'affidamento che ne deriva circa il corretto svolgimento della sua attività (211).

Ma, al di là delle ragioni che impediscono di configurare una responsabilità extracontrattuale da lesione di un interesse legittimo, tale situazione soggettiva non potrebbe comunque trovare fondamento nella disciplina antitrust, che non individua nella generica e indistinta massa dei soggetti interessati al corretto funzionamento del mercato il

---

(208) E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, in *Foro it.*, 2003, I, 1130.

(209) Così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 188.

(210) S. AGRIFOGLIO, *Le Sezioni Unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 1253; C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, *ibidem*, 1264.

(211) In tal senso la dottrina aveva ricostruito in termini di violazione di un obbligo di protezione la responsabilità derivante da atti illegittimi della p. a.: vedi C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria e danno meramente patrimoniale*, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 1995, 545 s. e C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 652. A tale opinione si erano poi sostanzialmente uniformati Cons. Stato, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro it.*, 2002, III 1 s. e Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 95, che però avevano ricondotto tale responsabilità all'inadempimento di un'obbligazione sotto il profilo dell'inadempimento. In tempi più recenti la giurisprudenza sembra tuttavia orientarsi nuovamente nel senso della tutela aquiliana degli interessi legittimi: cfr. tra le sentenze più recenti Cons. Stato, 11 maggio 2007, n. 2306, in *Giurisprudenza amm.*, 2007, I, 685.

consumatore come titolare di una posizione differenziata, normativamente qualificata dal potere di pretendere il rispetto delle regole della concorrenza da parte delle imprese tra le quali questa si svolge. La tutela prevista dalla legge non sostanzia infatti alcuna specifica pretesa azionabile prima o dopo la violazione della norma, ma si risolve nell'applicazione *a posteriori* delle sanzioni stabilite dalla legge ad opera dell'Autorità di controllo.

Se pertanto si volesse proseguire a tutti i costi nell'improbabile analogia con il diritto amministrativo, il consumatore non si trova in una posizione qualificata che lo distingua, già prima del verificarsi del danno, dagli altri membri della collettività, ma con essi condivide quello che tutt'al più può considerarsi un mero interesse diffuso all'osservanza delle norme antitrust. La lesione di tale interesse si connota pertanto come mera violazione di una regola di condotta senza l'ulteriore qualificazione data dall'esistenza di una situazione giuridica soggettiva che possa fondare l'ingiustizia del danno e quindi la responsabilità extracontrattuale.

Anche tale analogia con il diritto amministrativo incontra peraltro un limite insuperabile nel fatto che l'interesse del consumatore è correlato non all'esercizio di un potere autoritativo, ma allo svolgimento di un'attività economica d'impresa, che è manifestazione della libertà d'iniziativa privata garantita dall'art. 41 cost. Questa libertà è limitata dalle norme antitrust solo nella misura in cui si manifesta come « potere di mercato » in grado di annullare la corrispondente libertà degli altri soggetti.

Ma, al di fuori di questi casi l'iniziativa economica privata, diversamente dall'attività della pubblica amministrazione, può svolgersi liberamente per la realizzazione di qualsiasi interesse individuale purché lecito, non essendo vincolata al perseguimento di un interesse pubblico.

All'utilità sociale è infatti funzionale non l'esercizio dell'impresa, ma i limiti che la legge pone a tale attività e che diversamente da quanto avviene per la discrezionalità amministrativa, condizionano le scelte dell'imprenditore non già come obiettivi ai quali essa positivamente deve tendere, ma in termini puramente negativi di divieti di certe sue manifestazioni (212). Tale divieto si manifesta quindi come mero dovere di *non facere*, dal quale non può logicamente desumersi il

---

(212) Cfr. al riguardo le considerazioni svolte *supra* al cap. III, § 10.

riconoscimento di una situazione giuridica attiva del consumatore (213).

Sul piano logico, infatti, il divieto di una condotta implica soltanto l'assenza del potere di compiere validamente e efficacemente l'atto vietato, tanto che l'art. 2 l. n. 287/90 espressamente dichiara la nullità delle intese restrittive della concorrenza. L'ordinamento, infatti, non può ammettere che l'atto vietato produca ugualmente i suoi effetti se non in casi eccezionali nei quali la stessa nullità è espressamente esclusa, in quanto potrebbe pregiudicare altri interessi ritenuti prevalenti dalla legge (214).

In ogni caso la previsione della nullità non comporta l'attribuzione di un autonomo e distinto diritto sostanziale al rispetto della norma violata, tanto che legittimato ad agire ai sensi dell'art. 1421 c.c. è soltanto chi vi abbia interesse, ossia, secondo l'opinione concorde della giurisprudenza (215) e della dottrina processualcivilistica (216), il soggetto che sia già titolare di una situazione giuridica soggettiva, la quale sarebbe bensì pregiudicata se il contratto nullo potesse produrre i suoi effetti, ma trova riconoscimento in una norma diversa da quella che determina la nullità (217).

#### 11. *Tutela della concorrenza e inammissibilità del ricorso alla teoria della violazione della norma di protezione.*

La stessa Cassazione del resto in una sentenza successiva (218) a quella prima esaminata, pur riconoscendo ai consumatori il diritto di agire per il risarcimento del danno, fonda tale tutela sulla nullità dell'accordo a monte, prescindendo dalla ricerca di una situazione giuridica soggettiva che possa dirsi lesa dall'illecito anticoncorrenziale.

---

(213) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 182-183.

(214) Vedi in tal senso gli argomenti utilizzati in ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 115 s. e 189 s.

(215) Cfr. Cass., 6 dicembre 2006, n. 26068 e Cass., 27 luglio 1994, n. 7017, entrambe in *Foro it.* on line.

(216) Cfr. A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*<sup>2</sup>, in *Comm. cod. proc. civ.* diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1081 e A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv.* (sez. civ.), X, Torino, 1993, 532.

(217) In questi termini sarà ad esempio legittimato ad agire colui che abbia acquistato un bene immobile già alienato a un altro soggetto in base a un contratto nullo, che sia stato trascritto per primo.

(218) Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Danno e resp.*, 2003, 1067 s.

La Corte così desume l'ingiustizia del danno dalla mera violazione della norma che vieta l'intesa nulla, pervenendo così a una conclusione opposta rispetto a quella cui era precedentemente giunta.

Per dirimere tale contrasto giurisprudenziale sono poi intervenute le Sezioni unite della Cassazione, che, pronunciandosi ancora sulla questione di competenza della Corte d'appello a decidere ai sensi dell'art. 33, co. 2, l. n. 287/90 sulle domande di risarcimento promosse da singoli consumatori (219), contrariamente a quanto sostenuto nella sentenza del 2002, hanno ritenuto che la legge antitrust non riguarda soltanto l'attività degli imprenditori, ma di tutti i soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del suo carattere competitivo (220).

Un riscontro normativo di tale conclusione viene dalla Corte ravvisato nell'art. 4 l. n. 287/90, che prevede il potere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato di autorizzare un'intesa astrattamente vietata nella misura in cui questa comporti un « sostanziale beneficio per i consumatori ».

Quest'orientamento è stato ribadito in una successiva pronuncia, che ha qualificato come extracontrattuale la responsabilità dell'impresa parte di una intesa anticoncorrenziale, ravvisando il danno ingiusto nella mera lesione di un interesse giuridicamente protetto dalla legge antitrust a prescindere dall'individuazione di una vera e propria situazione giuridica soggettiva lesa dalla sua violazione (221).

Già in precedenza le Sezioni unite avevano giustificato la tutela risarcitoria del consumatore in relazione alla considerazione che riceve nella legge il suo interesse alla repressione di intese illecite, che ne comprimono di fatto la libertà di scelta come acquirente finale dei prodotti offerti sul mercato.

---

(219) Così Cass., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit. Analogamente Cass., 26 agosto 2005, n. 1398, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 667 s. ritiene competente a conoscere delle azioni risarcitorie e restitutorie promosse dal consumatore la Corte d'appello nel cui distretto questi risiede o ha il suo domicilio.

(220) Secondo A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *L'Antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, I, 1017 nota 6, in tale sentenza la Suprema Corte avrebbe aderito alla tesi elaborata dalla Scuola di Chicago che ravvisa nel benessere dei consumatori la stella polare del diritto antitrust.

(221) In base a tale argomento Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Corr. giur.*, 2007, 641 s., ha ritenuto che l'azione di risarcimento del danno da intesa concorrenziale, ai sensi dell'art. 33, co. 2, l. n. 287/90, traendo origine da un illecito aquiliano, è soggetta al termine quinquennale previsto dagli artt. 2935 e 2947 c.c.

A tal fine tuttavia la Corte non si preoccupa di individuare la situazione giuridica lesa, ma sembra piuttosto ritenere sufficiente la nullità degli accordi distorsivi della concorrenza, «la cui *ratio* è di togliere alla volontà anticoncorrenziale “a monte” ogni funzione di copertura formale dei comportamenti “a valle” e dunque di impedire il conseguimento del frutto dell’intesa consentendo anche nella prospettiva risarcitoria l’eliminazione dei suoi effetti». Anche in questo caso, quindi, come nel precedente del 2003, la rilevanza giuridica del danno sembra dipendere esclusivamente dall’antigiuridicità della condotta da cui esso deriva.

A uguale conclusione giunge peraltro anche quella parte della dottrina, che ricava l’ingiustizia del danno dalla violazione della norma *antitrust*, la quale avrebbe lo scopo di tutelare anche l’interesse dei consumatori. Da questo punto di vista i divieti previsti dalla disciplina *antitrust* si configurano come norme che, nell’ambito della più generale finalità di conservazione dell’assetto concorrenziale del mercato, mirano a proteggere anche gli interessi dei singoli soggetti, che proprio in ragione della loro vicinanza alla condotta vietata potrebbero ricevere un pregiudizio patrimoniale (222).

Si configura così un’opinione intermedia tra la concezione normativa del danno ingiusto e la tesi della clausola generale, secondo la quale ai fini del danno ingiusto non è necessario che l’interesse leso sia tutelato mediante il riconoscimento di una vera e propria situazione giuridica soggettiva, ma è sufficiente che questo sia comunque protetto dalla norma violata (223). Da questa prospettiva l’ingiustizia del danno

---

(222) Così C. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive europee della responsabilità civile e disciplina del mercato*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 349 s. con specifico riguardo all’interesse dei consumatori e delle imprese diverse da quelle concorrenti, in capo alle quali l’Autore configura invece un vero e proprio diritto soggettivo. Ad analoga conclusione giunge M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell’applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, 672, il quale però equipara dal punto di vista della qualificazione giuridica gli interessi di tutti i soggetti che al mercato si rivolgono e la cui tutela rientra tra gli scopi della norma antimonopolistica.

(223) Ma, se in tal modo si limita la discrezionalità del giudice, vincolandone la decisione alle scelte compiute dal legislatore, permane comunque il rischio di un eccessivo ampliamento dei danni risarcibili. È del resto significativo che proprio tra coloro che allargano l’area del danno ingiusto, ritenendo a tal fine sufficiente la lesione di un interesse comunque tutelato dall’ordinamento, si avverta l’esigenza di introdurre altri criteri selettivi volti a impedire la moltiplicazione incontrollata delle pretese risarcitorie (*floodgates argument*). In questa logica si spiega, infatti, la posizione di chi, subordinando la responsabilità all’accertamento rigoroso di un nesso causale restritti-



non è pertanto una clausola generale e deve essere valutata in base a un criterio che non è ricavato dal contesto sociale, ma è interno al diritto positivo (224). Si ritiene, infatti, che competa al legislatore e non direttamente alla coscienza sociale stabilire se l'interesse è meritevole di tutela, anche se non è necessario che questo sia elevato al rango di vera e propria situazione soggettiva attiva (225).

Ma la tesi che ravvisa il danno ingiusto nella lesione di qualsiasi interesse tutelato dalla legge antitrust risulta priva di un adeguato fondamento normativo nel nostro ordinamento, nel quale manca una norma generale corrispondente al § 823, Abs. 2, BGB, che espressamente estende la responsabilità extracontrattuale alle ipotesi in cui siano stati lesi interessi diversi dai diritti soggettivi, quando il pregiudizio sia derivato dalla violazione di una c.d. *Schutzgesetz* o « legge di protezione », ossia da una norma di condotta volta a proteggere determinati beni giuridici. Tra queste vanno annoverate nel diritto tedesco anche le norme che vietano le restrizioni della concorrenza, le quali, come ha precisato lo stesso legislatore tedesco, novellando nel 2005 il § 33 della *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, sono poste a tutela d'interessi che fanno capo non soltanto alle imprese concor-

---

vamente inteso, finisce per negare in ogni caso la risarcibilità in via aquiliana di pregiudizi che pur si ritengono qualificati dal requisito dell'ingiustizia, ma che comunque non sono causalmente riconducibili all'illecita restrizione della concorrenza. Così CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 204 s., il quale conclude per una responsabilità contrattuale della parte che abbia abusato del potere negoziale derivantegli dalla partecipazione dall'intesa vietata (p. 433 s.). Sembra allora più coerente considerare la mancanza del nesso di causalità casomai come argomento ulteriore *ad adiuvandum* dell'impossibilità di configurare un illecito aquiliano in base al difetto più radicale costituito dalla mancanza di danno ingiusto. In tal senso vedi, infatti, le considerazioni di C. CASTRONOVO, *Private Remedies for Antitrust Violations - A Point of View from Italy*, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, ed. by Jurgen Basedow, Alphen aam der Rijn, 2007, 112-113.

(224) Ma vedi in senso contrario M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana* », in *Riv. dir. civ.*, 1971, 348 s., il quale ritiene compatibile con il nostro sistema tanto una lettura del danno ingiusto in termini di clausola generale quanto l'utilizzo della teoria della norma di protezione come criterio di individuazione degli interessi meritevoli di tutela risarcitoria. È però evidente che in questo secondo modo la fattispecie di responsabilità sarebbe interamente ricostruita esclusivamente in base a elementi desumibili dal diritto positivo.

(225) Riconosce alla responsabilità civile una funzione secondaria di protezione d'interessi già apprezzati dall'ordinamento anche G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, 151 s.

renti, ma a tutti i soggetti che partecipano al mercato, ivi compresi i consumatori (226).

Diversamente, nel nostro sistema la violazione di meri doveri di comportamento, ancorché lesiva di interessi protetti dalla legge, è fonte di responsabilità extracontrattuale soltanto ove la specifica norma violata espressamente riconosca il diritto al risarcimento del danno, a prescindere dalla lesione di una vera e propria situazione giuridica soggettiva, come ad esempio avviene nelle ipotesi previste dall'art. 185 c.p. e dagli artt. 872, co. 2, e 2598, n. 3, c.c. (227). Tali disposizioni assumono pertanto un preciso significato normativo nella misura in cui non siano considerate meramente ripetitive di un principio generale già previsto nel nostro ordinamento, ma siano correttamente intese come regole speciali che derogano alla disciplina stabilita dall'art. 2043 c.c., secondo il quale elemento essenziale della fattispecie di responsabilità è l'ingiustizia del danno e non l'antigiuridicità della condotta che lo cagiona.

Sarebbe invece arbitraria una lettura rovesciata della norma secondo la quale il danno è ingiusto se è antigiuridico, ossia espressamente vietato, il comportamento dal quale esso deriva (228), essendo viceversa testualmente previsto che ingiusto debba essere il danno e non la condotta che lo cagiona (229).

Questa conclusione, peraltro, non solo risulta conforme alla lettera

---

(226) Prima della riforma, tuttavia, una parte della dottrina, in assenza di un dato normativo testuale, riteneva che scopo del diritto antitrust fosse esclusivamente la protezione delle imprese, protagoniste dei meccanismi concorrenziali: al riguardo vedi le diverse opinioni esaminate da W. H. ROTH, *Private Enforcement of European Competition Law. Recommendations flowing from German Experience*, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, cit., 69.

(227) Questa conclusione è peraltro condivisa da SCOGNAMIGLIO, *Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato*, cit., 347 s., il quale però ipotizza il possibile ricorso alla « tecnica » della norma di protezione, allorché l'illecito antitrust abbia leso l'interesse facente capo a determinate categorie di soggetti, diversi dalle imprese che operano in concorrenza con quelle responsabili della condotta antigiuridica, le quali invece, secondo l'Autore, vantano un vero e proprio diritto soggettivo al rispetto delle norme antitrust.

(228) Così, invece, P. SCHLESINGER, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 347, il quale risolve l'ingiustizia del danno nelle modalità dell'azione che lo cagiona.

(229) Solo in tal modo è del resto possibile spiegare la compatibilità logica tra l'ingiustizia del danno e l'operare delle cause di giustificazione: cfr. F. PIRAINO, *"Ingiustizia del danno" e antigiuridicità*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 754.

dell'art. 2043 c.c., ma rispetta altresì l'esigenza logica di dare un preciso significato al requisito dell'ingiustizia, altrimenti assorbito nelle modalità dell'azione che è all'origine del danno, mettendo in evidenza il dato obiettivo della lesione come espressione di un più generale processo di oggettivizzazione del giudizio di responsabilità, che negli ordinamenti moderni si caratterizza anche in termini di spostamento dell'attenzione dal danneggiante al danneggiato (230).

Parimente, secondo la tesi della violazione della norma di protezione, la condotta vietata dalla legge antitrust sarebbe di per sé sufficiente a integrare l'ingiustizia del danno che ne sia derivato, onde la relativa valutazione perderebbe ogni autonoma rilevanza, finendo per configurare una qualifica necessaria del pregiudizio cagionato, in ragione della mera violazione di una regola di comportamento (231), a prescindere da ogni ulteriore indagine volta a verificare se la protezione legale si traduca nell'attribuzione a soggetti determinati di poteri e facoltà funzionali alla sua soddisfazione. Tale ricostruzione conduce quindi a un risultato sostanzialmente equivalente a quello cui giunge la tesi, che, a prescindere dall'accertamento di una lesione, identifica direttamente il danno ingiusto con l'antigiuridicità della condotta (232), e al pari di questa si pone in contrasto con la lettera dell'art. 2043 c.c., che individua nell'ingiustizia un requisito del danno da accertare in concreto, che resta comunque distinto rispetto al fatto doloso o colposo che lo cagiona (233). È quindi il danno ingiusto che,

---

(230) Per tali considerazioni vedi RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 107 s.

(231) È in tal senso significativa l'affermazione di PIRAINO, *"Ingiustizia del danno" e antigiuridicità*, cit., 745, secondo cui « la condotta lesiva, che si traduca nella trasgressione di un precetto normativo posto a presidio di un interesse, comporta che l'eventuale danno che tale violazione in concreto produca acquisti senza dubbio la qualifica di ingiustizia, poiché risulta certa la rilevanza giuridica dell'interesse leso ». Ma, come rileva SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 49, l'ingiustizia, quale effetto giuridico dell'illecito aquiliano, « non si determina mai compiutamente in funzione del singolo interesse cui la norma intende dar tutela, bensì solo avendo riguardo all'intero sistema, alla totalità cioè dei valori reali e sostanziali dell'ordinamento ».

(232) Proprio sul presupposto dell'impossibilità di identificare i due elementi ritiene, invece, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 185 s. spec. nota 155 che l'illiceità dell'intesa a monte non può tradursi nell'ingiustizia del danno a valle.

(233) Cfr. le obiezioni formulate da RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 204 contro l'accoglimento nel nostro ordinamento della teoria della violazione della norma di protezione.

insieme al criterio soggettivo d'imputazione, colora d'illiceità la condotta del soggetto responsabile, non viceversa.

La necessità di un autonomo requisito, dato dalla lesione di una vera e propria situazione giuridica soggettiva, trova del resto fondamento in un'esigenza di ordine logico, in base alla quale la pura e semplice infrazione del precetto legale non costituisce ragione sufficiente a giustificare il sorgere dal nulla di un diritto al risarcimento del danno, laddove l'ordinamento, già prima e a prescindere dal suo verificarsi, non riconosca al soggetto danneggiato un potere individuale di agire per la tutela dell'interesse che si assume leso (234). La responsabilità civile, infatti, in mancanza di un'espressa previsione in tal senso della legge, non può venire utilizzata per conferire rilevanza giuridica a « interessi rinvenienti per la prima volta in essa il principio della propria forma qualificativa e il grado della corrispondente protezione giuridica » (235).

Non è quindi sufficiente accertare che un interesse è tutelato dalla norma violata, ma occorre anche verificare le modalità con le quali questa tutela si realizza. Non si potrà, infatti, coerentemente giustificare un diritto al risarcimento del danno se non quando la legge abbia attribuito al soggetto danneggiato una vera e propria pretesa azionabile *ex ante* ovvero abbia espressamente previsto tale rimedio come conseguenza della specifica violazione.

Alla medesima conclusione si deve pertanto giungere anche nel caso di violazione della normativa antitrust, rispetto alla quale non possono trovare applicazione regole speciali di responsabilità diverse da quelle che valgono in altri settori. In tal senso la dottrina ha escluso che la disciplina della concorrenza, come diritto secondo, possa discostarsi dal diritto primo se non per mano del legislatore e in forza di una precisa regola derogatrice (236). Il diritto antitrust del resto concorre a

---

(234) Quest'aspetto è del resto colto anche da BARCELONA, *Strutture della responsabilità e ingiustizia del danno*, cit., 490-491, allorché precisa che « la responsabilità ha necessariamente carattere tipico e chiuso, nel senso che essa non può offrire ristoro che a quanto è già fatto oggetto di una precedente attribuzione normativa »

(235) In questo senso vedi SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 46.

(236) Così CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., 406 s.

pieno titolo a definire le categorie generali dell'ordinamento come complesso unitario di norme e non può pertanto costituire un corpo estraneo al suo interno. Proprio per l'importanza che il mercato riveste nell'organizzazione della società, deviazioni rispetto al modello generale sono possibili soltanto se restano confinate nell'ambito di rapporti tra categorie omogenee di soggetti (ad esempio gli imprenditori). Non si può invece logicamente ammettere un ordine giuridico diverso da quello del diritto primo con riguardo a una serie potenzialmente infinita di rapporti.

Ne deriva che la tendenza verso la moltiplicazione degli statuti aquiliani (237), che si manifesta soprattutto con riguardo ai criteri d'imputazione, trova un punto di riferimento costante e unitario nella regola di responsabilità prevista dall'art. 2043 c.c, che proprio al danno ingiusto affida il compito di garantire il necessario ancoraggio al sistema della tutela risarcitoria (238).

Né in senso contrario sembra possibile trarre argomento dalla recente disciplina dell'azione collettiva risarcitoria prevista nell'art. 140-*bis* cod. cons., la quale sembra invece distinguere i comportamenti anticoncorrenziali dagli atti illeciti extracontrattuali, prevedendo genericamente il diritto del consumatore al risarcimento del danno o alle restituzioni delle somme indebitamente pagate, senza tuttavia individuare nel merito il rimedio concretamente esperibile nelle diverse ipotesi.

Da questa prospettiva la mera violazione della disciplina antitrust non costituisce ragione sufficiente per legittimare la tutela risarcitoria di interessi individuali, là dove la stessa legge abbia optato per una diversa soluzione, limitandosi a prevedere l'irrogazione di sanzioni amministrative da parte dell'Autorità garante, senza attribuire al soggetto pregiudicato alcun potere di agire per il risarcimento del danno contro gli autori della violazione.

---

(237) Sul punto vedi ROSALBA ALESSI, *Il difficile percorso della « responsabilità civile europea »*, in *Danno e resp.*, 1998, 381.

(238) Così SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 49 s. segnala la necessità di valorizzare l'art. 2043 c.c. come regola di decisione, che nell'ingiustizia del danno trova il criterio sistematico per risolvere il conflitto tra interessi contrapposti.

12. *Il diritto dei consumatori alla correttezza, trasparenza ed equità degli scambi e la responsabilità contrattuale delle imprese aderenti al cartello.*

Un autore peraltro ha ritenuto che l'interesse leso dalla condotta anticoncorrenziale abbia trovato riconoscimento come situazione giuridica soggettiva nell'art. 1 l. n. 281/98 [ora art. 2, co. 2, lett. e) cod. cons.], che prevede il diritto dei consumatori « alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi » (239).

Proprio il riferimento ai *rapporti contrattuali* mette però in evidenza il limite soggettivo del riconoscimento operato dalla norma in questione, che configura un diritto e un corrispondente obbligo di correttezza e trasparenza soltanto tra le parti di un rapporto già esistente e non tra soggetti estranei. Tale norma costituisce pertanto espressione del più generale obbligo di buona fede, dalla cui violazione origina una responsabilità che non è extracontrattuale, ma contrattuale (240).

La tutela risarcitoria dell'interesse patrimoniale del consumatore danneggiato dall'intesa anticoncorrenziale risulta così limitata dal punto di vista soggettivo in quanto può essere promossa soltanto nei confronti della propria controparte, allorché questa sia altresì complice dell'intesa vietata (241). Il consumatore non potrà far valere la responsabilità delle altre imprese aderenti al cartello diverse da quella con la quale abbia stipulato il contratto a valle. Ritenerne anche queste solidalmente responsabili, a prescindere dall'esistenza di un rapporto obbligatorio, potrebbe del resto apparire arbitrario e irragionevole ove si consideri che il danno è il risultato di un contratto stipulato soltanto da una delle imprese che hanno concorso nell'illecito

---

(239) Così SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, cit., 1130.

(240) Vedi in tal senso le osservazioni di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 187 s. Si tratta peraltro di una soluzione compatibile con l'orientamento espresso nel *caso Manfredi* da Corte eur. giust., 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, in *Resp. civ.*, 2006, 1861 s., la quale riconosce bensì il diritto al risarcimento del danno cagionato dalla violazione dell'art. 81, Trattato UE, ma alle condizioni e secondo le modalità previste nei singoli ordinamenti nazionali. Parimente, non si pronuncia sulla natura delle pretese risarcitorie dei soggetti danneggiati dalle intese restrittive Corte eur. giust., 20 settembre 2001, cit.

(241) Proprio questa era del resto la situazione concretamente verificatasi in tutte le controversie decise dalla Cassazione nelle sentenze precedentemente esaminate.

antitrust (242). Né in tal caso potrebbe configurarsi una complicità delle imprese concorrenti nella violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza, che al momento dell'intesa restrittiva non è ancora sorto, traendo esso origine proprio dal successivo instaurarsi del rapporto a valle.

Parimente il consumatore non potrà avvalersi dell'azione contrattuale di risarcimento del danno nelle ipotesi in cui manchi un rapporto con qualcuna delle imprese aderenti al cartello, perché il bene è stato acquistato non direttamente dal produttore, ma come normalmente accade, da un distributore estraneo all'intesa illecita (243).

Non si potrebbe del resto configurare una responsabilità contrattuale del distributore, il quale per primo subisce l'aumento del prezzo determinato dall'accordo restrittivo della concorrenza (244). Anche là dove il distributore riesca a riversare l'extraprezzo sul consumatore, affermarne la responsabilità significherebbe attribuirgli una funzione di garanzia rispetto alla commissione d'illeciti anticoncorrenziali che egli non ha né il dovere né il potere di impedire (245).

La tutela risarcitoria, del resto, al di là dei limiti soggettivi appena esaminati, risulta di per sé sola inadeguata nella misura in cui non priva di effetti il contratto a valle, che il consumatore sarà comunque tenuto

---

(242) Vedi in tal senso i rilievi di CASTRONOVO, *Private Remedies for Antitrust Violations*, cit., 115, secondo il quale la responsabilità aquiliana, come strumento di tutela previsto in assenza di rapporti giuridici, sarebbe inadeguata rispetto a danni che hanno origine nel contratto.

(243) Diversamente il diritto tedesco, da una prospettiva di responsabilità extracontrattuale, riconosce la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno sia all'acquirente diretto che all'acquirente indiretto (subacquirente), regolando l'ulteriore questione relativa alla possibilità di opporre la c.d. eccezione di trasferimento all'acquirente diretto che abbia riversato il danno sul subacquirente. Al riguardo il § 33, *Abs. 3 S.2 GWB* esclude che il risarcimento possa essere negato per il solo fatto del trasferimento del danno, ma non chiarisce se e in che misura l'eccezione è ammissibile: sul punto cfr. F. W. BULST, *Schadensersatzansprüche der Marketgegenseite im Kartell recht. Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-Amerikanischem Recht*, München, 2006, 114 s.

(244) È opportuno in questo senso il chiarimento di NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, cit., 1456, secondo il quale « a prescindere dalla circostanza che il rivenditore riesca o meno a trasferire sugli acquirenti posteriori il sovrapprezzo, un danno a suo carico si produrrà comunque o attraverso una diminuzione delle vendite oppure attraverso la mancata percezione dell'aumento di prezzo che il mercato si è in concreto rivelato capace di assorbire ».

(245) Così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 188-189.



a eseguire, anche quando proprio tale esecuzione sia fonte del danno di cui è legittimato a chiedere il risarcimento (246). Ma, diversamente da quanto avviene nelle ipotesi di dolo incidente, nel caso in esame è disapprovato il contenuto stesso del contratto, che dà attuazione all'intesa illecita, e non solamente le concrete modalità con le quali l'accordo è stato raggiunto. Sarebbe pertanto intrinsecamente contraddittorio ritenere valido e produttivo di effetti un atto che al tempo stesso si considera oggetto di riprovazione da parte dell'ordinamento (247). Tale conclusione andrebbe, infatti, incontro a un insuperabile ostacolo di ordine logico, che non consente di ammettere che la medesima fattispecie possa dar luogo a due effetti tra loro contrastanti (248).

13. *La nullità del contratto « a valle » come rimedio civilistico alle pratiche antimonopolistiche.*

Da questo punto di vista si rivela più adeguata la tutela rappresentata dalla nullità che colpisca non soltanto l'intesa restrittiva, ma anche il contratto stipulato in attuazione della stessa (249).

In questo senso si è opportunamente rilevato che ove l'intesa stabilisca il prezzo o indichi i criteri per determinarlo, il divieto contenuto nell'art. 2, co. 2, l. n. 287/90 rende illecito anche l'oggetto

---

(246) Vedi al riguardo le critiche rivolte da A. NICOLUSSI, *Consumatori, percorso a ostacoli*, ne *Il sole 24 ore*, 11 febbraio 2005, alla sentenza n. 2207 del 2005 delle Sezioni unite della Cassazione. Non pare invece condivisibile la diversa valutazione in precedenza effettuata da A. FRIGNANI, *Le sanzioni*, in *Diritto antitrust italiano*, cit., I, 367, il quale inspiegabilmente considera molto più efficace rispetto alla nullità, che peraltro suppone integrale, il risarcimento del danno consistente nella differenza tra il prezzo monopolistico e quello di concorrenza.

(247) Sottolinea tale contraddizione anche CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 218-219, ma limitatamente alla tesi che configura un illecito aquiliano.

(248) Così NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., 688 s.

(249) A favore di tale conclusione si era peraltro espresso, in qualità di commissario europeo per la concorrenza, M. MONTI, *Private Litigation as key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on implementation of the new Merger Regulation*, in *8th Annual Competition Conference*, Fiesole, 17 settembre 2004.

del contratto che ne costituisce attuazione, con conseguente nullità della relativa clausola per la parte che eccede la misura del corrispettivo che le parti avrebbero pattuito in un mercato concorrenziale (250).

Il controllo sulla liceità dell'*oggetto*, del resto, non si esaurisce nell'esame delle determinazioni negoziali che costituiscono propriamente il *contenuto* del contratto (251), ma implica il riferimento a « un termine esterno, rispetto al quale si possa operare il necessario collegamento tra l'atto di autonomia privata e ciò che ad esso preesiste, o deve venire ancora ad esistenza, ma che acquista in ogni caso una propria rilevanza ed una propria identità ... nell'ambito della struttura adeguatamente configurata dall'autore o dagli autori del contratto » (252). Illecito sarà pertanto l'oggetto del contratto non soltanto quando una norma specificamente proibisca quella determinata manifestazione di volontà, ma anche quando l'attività dedotta come prestazione dovuta da una delle parti sia vietata in sé o per il risultato che essa direttamente e immediatamente realizza (253).

Parimente dovrà ritenersi contrario alla norma che vieta l'intesa restrittiva l'oggetto del contratto che a essa dia concreta attuazione, così giungendo proprio all'esito che la legge voleva evitare.

La nullità per illiceità dell'oggetto costituisce peraltro una tutela esperibile in tutti i casi in cui la restrizione della concorrenza si sia concretizzata nell'uniformazione delle clausole e dei contenuti dei successivi negozi, secondo quanto concordato dalle imprese aderenti al

---

(250) Così CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., 773 e ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, 1169.

(251) La stessa dottrina che identifica l'oggetto con il contenuto del contratto, come puro elemento del voluto, ammette del resto che ad esso non possono logicamente attribuirsi i requisiti di possibilità e liceità, ma soltanto quello di determinatezza e determinabilità: così N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 805 s.

(252) Così E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, ne *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, *sub* art. 1346, Milano, 2001, 28 e ivi ulteriori riferimenti dottrinali.

(253) Sul punto sia consentito rinviare ad ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 279 s. La ricostruzione in esame trova del resto conferma nell'orientamento della giurisprudenza che ritiene illecito l'oggetto dell'appalto anche quando la prestazione dell'appaltatore in sé lecita consegue un risultato vietato dalla legge, qual è la costruzione di un immobile in un'area non edificabile: così vedi recentemente Cass., 21 febbraio 2007, n. 4015, in *Foro it.* on line.

cartello (254), ma non rappresenta una soluzione proponibile con riguardo ad altre possibili varianti di intese illecite, come ad esempio quella mediante la quale le parti si ripartiscono un determinato mercato, segmentato per aree geografiche (255).

In queste ipotesi si tratta quindi di verificare se la nullità possa trovare un fondamento diverso dalla diretta contrarietà alla norma antitrust (dell'oggetto) del contratto a valle.

Tale invalidità, però, non potrebbe farsi correttamente *derivare* da un preteso quanto inesistente collegamento negoziale tra il contratto « a valle » e l'accordo restrittivo « a monte » (256). Questa conclusione trova innanzitutto un limite nella considerazione del carattere non negoziale che il più delle volte assumono le intese anticoncorrenziali e che non soltanto impedisce di configurare un collegamento tra « due » negozi (257), ma in termini ancora più radicali esclude, come si è già detto, la possibilità di riconoscere quella stessa nullità ai sensi dell'art. 2 l. n. 287/90, che si pretenderebbe di estendere ai contratti a valle. Condizione essenziale perché possa parlarsi d'invalidità « derivata » è, infatti, che questa « colpisca quell'atto che rappresenta il presupposto dell'intera sequenza, sicché anche gli altri vengono travolti » (258).

Ma pur quando la restrizione della concorrenza sia oggetto di un vero e proprio accordo, avente natura contrattuale, questo non può comunque dirsi funzionalmente collegato ai successivi negozi con i quali ciascuno dei partecipanti vi dà concreta esecuzione nei rapporti con i terzi. L'attuazione dell'intesa restrittiva costituisce, infatti, soltanto lo scopo soggettivo unilateralmente perseguito da uno dei contraenti, non già la funzione economico-pratica, che in ragione del

---

(254) Tale è del resto la situazione alla quale fanno riferimento i già citati casi con riguardo ai quali la Suprema Corte si è pronunciata nel merito o in sede di regolamento di competenza. Nel senso della nullità della clausola riproduttiva dell'intesa restrittiva si è espressa anche App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, II, 1876 s.

(255) In tal senso vedi puntualmente CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 123.

(256) Così, invece, L. C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986, 98 s. con specifico riferimento ai contratti bancari conclusi in conformità alle c.d. *Norme bancarie uniformi* predisposte dall'ABI in violazione del divieto contenuto nell'art. 2 l. n. 287/90.

(257) Cfr. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., 81 s.

(258) In tal senso vedi CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 98.

comune intento manifestato dalle parti possa giustificare causalmente la concreta operazione negoziale (259).

La mancanza di un collegamento funzionale non esclude, tuttavia, che l'illecita restrizione della concorrenza abbia condizionato l'esercizio dell'autonomia contrattuale di entrambe le parti nonché il contenuto stesso dell'accordo da queste raggiunto. Si tratta allora di verificare se l'alterazione della dimensione concorrenziale del mercato così realizzata possa integrare una fattispecie d'invalidità concettualmente distinta e autonoma rispetto a quella prevista dall'art. 2 l. n. 287/90. In tal senso una parte della dottrina ha correttamente ritenuto che il contratto concluso in attuazione di un'intesa restrittiva della concorrenza, può ritenersi nullo ove integri la fattispecie di abuso di posizione dominante vietata dall'art. 3 della medesima legge (260). L'intesa restrittiva, infatti, ove produca effetti rilevanti sul mercato di riferimento e sia caratterizzata da una forte coesione interna tra i partecipanti, si traduce all'esterno in un predominio che, pur riguardando collettivamente tutte le imprese coinvolte, può essere esercitato individualmente da ciascuna di esse (261), come peraltro risulta dalla lettera stessa dell'art. 3 l. n. 287/90, che espressamente ammette un abuso posto in essere da « una o più imprese ».

Tale ricostruzione trova una significativa conferma nella giurisprudenza comunitaria, che ha riconosciuto le possibili interferenze tra i corrispondenti illeciti anticoncorrenziali vietati dagli artt. 81 e 82 del Trattato (262), precisando altresì che l'esistenza di una posizione

---

(259) Vedi al riguardo la critica di GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., 82 s.

(260) Così A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003, 70 s. e M. R. MAUGERI, *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un'impresa che partecipi ad un'intesa vietata*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 353 s.

(261) Vedi per tutti LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, cit., 564 s. Tale opinione recentemente ribadita da ID., *L'abuso di posizione dominante*, in *Manuale di diritto privato europeo*, III, cit., 283 s. non è peraltro contraddetta da Cass. s.u., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit., la quale pur distinguendo la figura di cartello orizzontale, che ricorreva nel caso di specie, dall'abuso di posizione dominante non esclude che in altre situazioni possano sussistere gli elementi di entrambe le fattispecie.

(262) In questo senso tra le pronunce più recenti, che hanno ravvisato un abuso di posizione dominante nell'attuazione di un cartello forte e coeso, vedi Corte eur. giust., 16 marzo 2000, C-395/96 e C-396/96, in *Foro it.*, 2001, IV, 258; Trib. I grado

dominante non è esclusa per il solo fatto che l'uniformazione di comportamenti delle imprese aderenti al cartello non sia totale (263).

Né del resto in senso contrario sembra corretto obiettare che la sovrapposizione delle due fattispecie porterebbe a risultati paradossali, nella misura in cui per un verso consentirebbe eventualmente di reprimere condotte attuative di un'intesa restrittiva, che però è lecita in quanto oggetto di esenzione, e per altro verso impedirebbe di sanzionare abusi compiuti in esecuzione di accordi anticoncorrenziali meno rilevanti (264). Entrambi gli esiti appena descritti appaiono in realtà ragionevoli e in linea con le finalità e gli obiettivi della normativa antitrust. Nel primo caso, infatti, l'intesa esentata genera una posizione dominante che, se è ammessa dalla legge in quanto tale non lo è nelle sue eventuali manifestazioni abusive. Al contrario nel secondo caso la restrizione concordata della concorrenza di per sé illecita non è comunque tale da determinare una situazione di dominanza sul mercato che renda possibile l'abuso vietato (265). Là dove, invece, ricorrono gli elementi di entrambe le fattispecie, secondo l'ipotesi finora presa in considerazione, l'applicazione congiunta dei relativi divieti consente di affermare la nullità non soltanto delle intese a monte, ma altresì dei contratti a valle (266).

Alla medesima conclusione si deve giungere sia nel caso in cui gli aderenti al cartello abbiano uniformato le proprie scelte contrattuali agli impegni reciprocamente assunti sia nel caso in cui abbiano ripartito il mercato in zone distinte, riservate alla competenza esclusiva di ciascuno di essi, senza quindi in alcun modo concordare il contenuto

---

CE, 7 ottobre 1999, n. 228, in *Foro it.*, 2000, IV, 54 e Trib. I grado CE, 8 ottobre 1996, n. 24, in *Dir. ind.*, 1997, 419.

(263) Così Trib. I grado CE, 30 settembre 2003, n. 191, in *Raccolta*, 2003, II, 3275.

(264) In tal senso le obiezioni di CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 110-111.

(265) Vedi al riguardo A. FRIGNANI, *Abuso di posizione dominante*, in *Diritto antitrust italiano*, I, cit., 316.

(266) Dal punto di vista dei rimedi civilistici non trova pertanto riscontro la considerazione formulata in merito ai poteri sanzionatori dell'Antitrust comunitario, da M. GIORDANO, *Abuso di posizione dominante collettiva e parallelismo oligopolistico: la Corte di giustizia tenta la quadratura del cerchio?*, in *Foro it.*, 2001, IV, 267, secondo il quale il divieto di abuso di posizione dominante collettiva, ove colpisca fattispecie che costituiscono attuazione di un cartello tra più imprese, non aggiunge nulla alla portata della norma che vieta le intese restrittive.

dei contratti che in tale ambito decideranno di stipulare con i terzi interessati.

La nullità del contratto attraverso il quale si realizza l'abuso di posizione dominante presuppone che le condizioni contrattuali imposte alla controparte siano ingiustificatamente gravose o discriminatorie [art. 3 lett. a) e c), l. n. 287/90] a prescindere dalla loro conformità a contenuti negoziali previamente concordati dai partecipanti all'intesa anticoncorrenziale, la quale invece rileva soltanto come condizione preliminare che consente a una di esse di esercitare un potere di mercato sull'altra.

Da questa prospettiva non è condivisibile la tesi secondo cui la violazione della norma che vieta l'abuso darebbe luogo esclusivamente a rimedi risarcitori, senza tuttavia invalidare il contratto che ne costituisce il risultato (267). La distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità non impedisce, infatti, di ritenere contrario alla norma imperativa e in quanto tale privo di effetti un regolamento negoziale, che è riprovato dalla legge non solo per le modalità e le circostanze nelle quali si è formato, ma anche in ragione del suo contenuto concreto, che integra un elemento costitutivo della fattispecie vietata (268).

In tal caso, pertanto, la nullità discende dalla regola generale dell'art. 1418, co. 1, c.c. pur in mancanza di una specifica previsione in questo senso (269), la quale è necessaria soltanto nelle ipotesi in cui sia vietata la mera condotta materiale che precede o segue la conclusione del contratto (270).

Sarà viceversa nullo il contratto stipulato da un'impresa aderente al

(267) Così CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 112 s.

(268) Sul modo di intendere il contratto la cui contrarietà al divieto normativo ne determina la nullità mi permetto di rinviare a ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvensione*, cit., 1002 s.

(269) Alla medesima conclusione giunge anche L. DELLI PRISCOLI, *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Milano, 2002, 155 s. Un'opinione contraria è invece espressa da G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 543 s.

(270) Ritiene insufficiente a rendere nullo il contratto la mera violazione di una norma comportamentale non assistita da una espressa previsione in tal senso anche G. D'AMICO, *Buona fede in contraendo*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia* a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, 1068. Sul significato attuale della distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 1418, co. 1, c.c. vedi *supra* in questo capitolo il § 5.

cartello, che, proprio in forza di tale adesione, abbia abusato di un potere di mercato corrispondente a quello che eserciterebbe un unico soggetto che si trovi da solo in posizione dominante sul mercato, per imporre all'altra un regolamento negoziale per questa gravemente svantaggioso o discriminatorio.

Nell'ipotesi, poi, in cui il consumatore abbia concluso il contratto con un intermediario estraneo all'intesa anticoncorrenziale, la nullità potrebbe invece trovare fondamento in una applicazione non diretta ma analogica dell'art. 2 l. n. 287/90, che vieta le intese restrittive. La nullità di queste non è, infatti, sufficiente a impedire che imprese colluse spontaneamente diano ugualmente corso agli accordi presi. La mancata previsione della nullità del contratto a valle si configura quindi come *lacuna legis*, che è possibile colmare in via interpretativa estendendo analogicamente la norma a ipotesi che la sua stessa *ratio* esige che siano colpite dalla nullità (271). Diversamente risulterebbe vanificata la finalità stessa del divieto previsto dall'art. 2 l. n. 287/90, che, negando valore giuridicamente vincolante all'intesa restrittiva, intende impedire gli effetti distorsivi della concorrenza, che però discendono non già dalla mera pattuizione di essa, ma dalla sua concreta ed effettiva esecuzione.

La norma in esame mira del resto a garantire il funzionamento concorrenziale del mercato come presupposto per la libertà contrattuale di tutti i soggetti che a esso si rivolgono e non soltanto delle imprese che hanno preso parte all'accordo vietato. Né si potrebbe obiettare che il disvalore non investe il contratto a valle come regolamento d'interessi, ma come condotta materiale, che, solo ove sia reiterata su vasta scala, sarebbe in grado di compromettere l'interesse protetto che fa capo all'intera collettività, di tal che il precetto violato non potrebbe ritenersi incompatibile con la regola negoziale, che invece, pregiudicherebbe soltanto l'interesse individuale di uno dei

---

(271) Sull'applicabilità analogica delle norme imperative sia consentito rinviare ad ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 356 s. In questa sede mi limito a ribadire che tale operazione ermeneutica si differenzia significativamente da quelle che l'interprete sarebbe chiamato a svolgere ove potesse desumere la nullità c.d. virtuale da una valutazione della sua congruità rispetto all'interesse protetto dalla legge anziché da un'indagine di stretto diritto relativa al tipo di tutela in essa prevista. Negare che la nullità per violazione di norme imperative metta capo a criteri extrasistematici non significa infatti negare altresì l'estensibilità di tali disposizioni per analogia, attraverso un procedimento ermeneutico che non lascia spazio a giudizi di opportunità diversi da quelli fatti propri dal legislatore.



contraenti (272). Tale disciplina è, infatti, finalizzata a proteggere un interesse che fa bensì capo all'intera collettività, ma non si esaurisce nella libertà « del » mercato nel suo complesso, riguardando invece la libertà « nel » mercato di tutti coloro che a esso si rivolgono e che sono in vario modo coinvolti nel suo funzionamento. L'apprezzamento negativo dell'ordinamento non potrebbe rimanere limitato ai « fatti » che alterano il funzionamento del sistema nel suo complesso, senza riflettersi anche sui singoli rapporti nei quali in definitiva si manifesta la compressione della libertà di autodeterminazione dei soggetti (273). Allo stesso modo i « singoli atti » di cui si compone l'« attività » anticoncorrenziale delle imprese colluse non perdono la loro individualità, ma restano soggetti alla disciplina a essi autonomamente applicabile (274).

Da questa prospettiva la nullità non si fonda sulla violazione di una generica regola di ordine pubblico economico (275), ma presuppone l'accertamento rigoroso di identità di *ratio* tra la regola dettata dalla legge per la fattispecie vietata e quella elaborata dall'interprete con riguardo al caso disciplinato. Ne deriva che il contratto stipulato dall'impresa aderente al cartello potrà considerarsi nullo se e in quanto costituisce attuazione dell'intesa vietata (276).

---

(272) Sulla base di tale argomento GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., 99-102 esclude in termini generali la nullità dei contratti che danno corso alle intese anticoncorrenziali.

(273) Per considerazioni analoghe vedi DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, cit., 10 s., secondo il quale la disciplina della concorrenza in quanto tesa a salvaguardare la libertà di scelta di coloro che si rivolgono al mercato per soddisfare i propri bisogni, si riflette inevitabilmente sull'agire negoziale dei singoli soggetti.

(274) In tal senso vedi la ricostruzione dei rapporti tra attività e singoli atti d'impresa proposta da F. ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative (Saggi)*, Napoli, 1999, 37 s.

(275) Configura una nullità per contrarietà all'ordine pubblico economico N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, II, 420 s. Ad analoga conclusione giunge A. BERLOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti « a valle »*, in *Giur. it.*, 2000, 1876.

(276) Dalla prospettiva dell'applicazione analogica dell'art. 2 l. n. 287/90 si rivela non decisiva la critica di M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 170-171 secondo la quale nel divieto di stipulare intese restrittive della concorrenza non può ritenersi incluso, se non indirettamente, il divieto di darvi attuazione. Né sembra corretto affermare che per la tutela della concorrenza è sufficiente la mera irrogazione delle sanzioni previste dalla legge, come dimostra lo stesso art. 2 l. n. 287/90 prevedendo testualmente la nullità dell'intesa illecita.

14. *Il ripristino dell'equilibrio concorrenziale nei rapporti tra contraenti attraverso la parziale eliminazione degli effetti contrattuali e il risarcimento del danno residuo.*

In tutte le ipotesi esaminate, peraltro, la nullità riguarderà soltanto quella parte del contratto a valle nella quale trova definitivo compimento l'alterazione della dimensione concorrenziale del mercato, riproducendo il modello concordato nel cartello a monte ovvero realizzando l'abuso di posizione dominante di cui collettivamente godono le imprese che partecipano all'intesa restrittiva.

In questi termini si potrà ritenere parzialmente nulla anche la clausola che determina il corrispettivo in misura superiore a quella c.d. concorrenziale e che non potrebbe comunque intendersi, secondo la nozione generale, come unità minima del regolamento negoziale non ulteriormente scomponibile (277), in quanto per far ciò si dovrebbero artificiosamente configurare tante manifestazioni di volontà quante sono le frazioni in cui la somma pattuita può essere divisa (278). È invece innegabile che le parti, quand'anche risulti che in ipotesi avrebbero convenuto prestazioni quantitativamente inferiori rispetto a quella stabilita, hanno però manifestato una volontà concreta diversa, che dovrà considerarsi (solo) in parte priva di effetti.

In tutte queste ipotesi non potrebbe tuttavia proporsi la soluzione che fa discendere la nullità (necessariamente) parziale dalla finalità di tutela del contraente debole sottesa alla norma violata (279), secondo un ragionamento che presuppone una finalità di protezione di interessi individuali, che non connota invece le norme antitrust.

In mancanza di una norma che imponga un determinato contenuto negoziale, non si potrebbe d'altra parte realizzare neppure quella

---

(277) L'obiezione è di CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 129 che richiama al riguardo l'insegnamento di C. GRASSETTI, *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 185.

(278) Tale considerazione vale del resto in tutte le ipotesi in cui le parti abbiano stabilito in termini quantitativi la misura della prestazione o la durata nel tempo di un determinato effetto giuridico.

(279) In tal senso vedi anche CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 138 s., ma da una prospettiva, che esclude comunque l'ammissibilità di tale figura al di fuori dei casi espressamente previsti, a prescindere dall'eventuale *ratio* di protezione della norma considerata.

sostituzione di clausole che ai sensi dell'art. 1419, co. 2, c.c. impedisce di estendere la nullità all'intero contratto (280).

Ne deriva che nelle diverse fattispecie considerate la nullità parziale potrebbe estendersi all'intero contratto ai sensi dell'art. 1419, co. 1, ove risulti « che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità ».

La norma peraltro, facendo riferimento a una volontà ipotetica e non reale, prescinde da qualsiasi accertamento di tipo psicologico di tal che il criterio più idoneo per decidere la sorte del contratto parzialmente nullo è quello rappresentato dall'interesse che avrebbero avuto i contraenti alla sua conclusione in mancanza della parte che è stata invalidamente pattuita (281). L'estensione della nullità sarà pertanto subordinata all'accertamento di un'obiettiva incompatibilità « tra l'efficacia del regolamento residuo e il rispetto sostanziale del piano d'interessi originariamente convenuto » (282), in quanto espressivo di un ipotetico orientamento contrario alla conservazione di un regolamento difforme da quello pattuito. In tal senso si tratta di verificare se i contraenti avrebbero avuto o no interesse alla conclusione del contratto, tenendo conto della nullità, che però nel caso di specie colpisce non soltanto parte del contratto a valle, ma anche l'intesa restrittiva a monte. Proprio nel momento in cui si accerta che il contratto è nullo in quanto attua un'intesa illecita, si deve pertanto coerentemente ammettere che senza di essa il contratto sarebbe stato stipulato a condizioni diverse ossia senza quella parte del regolamento che è colpita dalla nullità.

Tale nullità (parziale) peraltro riguarda non solo il contratto stipulato dal consumatore, ma anche quello eventualmente concluso dall'intermediario. Entrambi tali soggetti sono quindi legittimati a ripetere la parte di prezzo indebitamente pagata nei confronti della propria controparte contrattuale, di tal che il consumatore agirà contro l'intermediario e quest'ultimo contro il produttore o il fornitore.

Là dove invece il contratto non abbia avuto ancora in tutto o in parte esecuzione, la nullità libera le parti dall'obbligo di eseguirlo nella

---

(280) Sul punto vedi CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., 115-116.

(281) In questo senso vedi SACCO-(DE NOVA), *Il contratto*, cit., II, 546-547.

(282) Così E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 686 s.

parte nulla, impedendo così in radice il verificarsi di una prestazione indebita.

È tuttavia possibile che un danno consegua alla nullità e in tal caso si avrà il cumulo dei due rimedi. La possibilità di cumulare l'azione di nullità con il risarcimento del danno non sembra del resto che possa mettersi in dubbio se si aderisce all'orientamento, dominante in dottrina, secondo cui l'operatività delle regole di responsabilità non è preclusa dall'espressa previsione dell'invalidità negoziale quale conseguenza del comportamento scorretto di una parte (283). Regole di validità e regole di responsabilità, infatti, se pure tendono a sovrapporsi, svolgono funzioni autonome e pertanto l'applicazione delle prime non esclude quella delle seconde. Non si comprende del resto per quale ragione si debba negare accesso alla tutela risarcitoria, ove ne sussistano i presupposti, quando la previsione della nullità e l'eventuale tutela restitutoria che ne consegue si rivelino insufficienti a riparare le conseguenze pregiudizievoli del comportamento scorretto.

Un'ipotesi classica in tal senso è quella prevista dall'art. 1338 c.c. con riguardo al danno che un contraente abbia subito per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto (284). Ma il risarcimento può avere a oggetto anche quegli ulteriori ed eventuali pregiudizi che, a prescindere da un nesso di derivazione dalla mancata comunicazione della causa di nullità, costituiscono conseguenza diretta dell'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose in violazione della normativa antitrust e che non possono ricondursi causalmente all'affidamento incolpevole nella validità del contratto (285).

In tal senso, peraltro, la Corte europea di giustizia ha affermato che il diritto nazionale non può impedire a chi abbia concluso « un contratto che può restringere o falsare la concorrenza ... di chiedere il risarcimento di un danno causato dall'esecuzione del detto contratto

---

(283) Vedi sul punto l'esame della questione condotto *supra* nel § 2 di questo capitolo e specialmente le opinioni dottrinali citate alla nota 44.

(284) Così con specifico riguardo alla nullità dei contratti stipulati a valle di un'intesa restrittiva della concorrenza *CASTRONOVO, La nuova responsabilità civile*, cit., 194.

(285) Una soluzione analoga è del resto adottata dall'art. 4:117 dei *Principi di diritto europeo dei contratti*, che nel caso di annullamento del contratto riconosce alla parte che ha proposto l'impugnazione il diritto al risarcimento del danno nella misura che consenta di riportarla nella situazione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato concluso, senza dovere provare che il pregiudizio deriva dall'affidamento incolpevole nella validità del medesimo.

per il solo motivo che il richiedente è parte di quest'ultimo » (286). Tale responsabilità trova però fondamento e giustificazione razionale non già nell'adempimento del contratto nullo (287), che in quanto indebito genera soltanto rimedi restitutori, bensì nella violazione di obblighi diversi da quello di prestazione, che nella fase precedente e successiva alla stipulazione impongono al « contraente forte » di non abusare del potere di mercato che gli deriva dall'illecita restrizione della concorrenza.

In questo modo la condanna al risarcimento, che consegue all'accertamento delle circostanze che hanno turbato la libertà di decisione di uno dei contraenti, consente praticamente di rimuovere, mediante il meccanismo della compensazione, gli effetti pregiudizievoli del contratto, che la nullità non è riuscita a impedire (288).

---

(286) Così Corte eur. giust., 20 settembre 2001, cit., 791.

(287) Questa è invece la ricostruzione proposta da A. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 794 s. e da A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: « chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni*, in *Foro it.*, 2002, IV, 80.

(288) Un analogo ricorso alla responsabilità precontrattuale è teorizzato, MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 18, sia pure con riguardo situazioni, nelle quali il rimedio risarcitorio opera in alternativa e non in aggiunta all'invalidità del contratto.



## INDICE DEGLI AUTORI

*Sono di seguito indicate soltanto le citazioni integrali di ciascuna opera mediante il riferimento al capitolo (numero romano) e alla nota (numero arabo) che le contiene*

- ABBADESSA P.: IV, 173  
AFFERNI G.-ROPPA V.: IV, 54  
AGRIFOGLIO S.: IV, 210  
ALBANESE A.: I, 22; I, 25; I, 39; I, 152; II, 55; IV, 136; IV, 159  
ALCARO F.: IV, 274  
ALCHIAN A. A.-KLEIN R.-CRAWFORD G.: III, 7  
ALESSI RICCARDO: I, 3  
ALESSI ROSALBA: III, 71; IV, 237  
ALEXY R.: II, 97  
ALPA G.: III, 21; IV, 51; IV, 174  
AMATO G.: IV, 203  
ANGELICI C.: IV, 121  
ANTISERI D.: I, 13  
ANTONIOLLI DEFLORIAN L.: I, 155  
ARROW K. J.: II, 4  
ATIYAH P. S.: I, 5  
ATTARDI A.: IV, 216
- BALDASSARRE A.: I, 10  
BALEKJIAN W. H.: II, 24  
BARBA A.: III, 13  
BARBERO D.: III, 162  
BARCELLONA M.: I, 139; IV, 195; IV, 224  
BARCELLONA P.: II, 103; IV, 5; IV, 11  
BARENGHI A.: I, 46  
BELFIORE A.: II, 126; IV, 23  
BELLELLI A.: II, 82  
BENATTI F.: IV, 2; IV, 153  
BENEDETTI G.: II, 12; II, 49; II, 106; III, 61  
BENTHAM J.: I, 77  
BERTOLOTTI A.: IV, 275  
BETTI E.: III, 141  
BIANCA C. M.: I, 49
- BIANCHI D'URSO F.-VIDIRI G.: II, 137  
BIGLIAZZI GERI L.: I, 50  
BOBBIO N.: I, 127; II, 126  
BÖHM F.: II, 261; II, 262  
BONFILIO A.-MARICONDA V.: II, 78  
BORK R. H.: III, 90  
BRECCIA U.: IV, 17  
BRENNAN G.-BUCHANAN J.: I, 116  
BUCHANAN J.-BRENNAN G.: I, 116  
BULST F. W.: IV, 243  
BUSNELLI F. D.: I, 162; III, 64; IV, 174  
BUZZELLI D.: I, 70
- CALOGERO G., I, 120  
CAMARDI C.: II, 125  
CAMILLERI E.: I, 22  
CANARIS C. W.: II, 128  
CARPINO B.: I, 71  
CARTWRIGHT J.: IV, 105  
CASO R.-PARDOLESI R.: III, 3  
CASTELVETRI L.: II, 114  
CASTRONOVO C.: I, 2; I, 47; I, 59; I, 112; I, 137; I, 147; II, 36; II, 73; II, 771; II, 772; II, 95; III, 80; III, 177; IV, 2; IV, 3; IV, 33; IV, 90; IV, 141; IV, 166; IV, 187; IV, 206; IV, 210; IV, 211; IV, 223; IV, 250  
CATAUDELLA A.: II, 43  
CHINÈ G.: III, 64  
CIAN G.: II, 84; III, 65; IV, 225  
COASE R. H.: III, 121, 122  
COLANGELO G.: III, 58  
COLLINS H.: I, 34; I, 124  
CORTI M.: II, 141  
COSTANZA M.: III, 135; III, 147



- CRAWFORD G.-KLEIN R.-ALCHIAN A. A.: III, 7  
 CRESCI G.: III, 40  
 CRISCUOLI G.: I, 160; II, 119; IV, 15
- D'AMICO G.: I, 40; II, 93; IV, 5; IV, 37; IV, 38; IV, 86; IV, 270  
 DALMARTELLO A.: II, 119  
 DE ANGELIS L.: II, 109  
 DE CRISTOFARO G.: III, 110; IV, 84  
 DE CUPIS A.: III, 126; III, 130  
 DE FRANCHIS F.: I, 160  
 DE LORENZI V.: IV, 32  
 DE LUCA TAMAJO R.: II, 59  
 DE NOVA G.: II, 44; II, 57; II, 127; III, 128; IV, 74  
 DELLI PRISCOLI L.: IV, 269  
 DENOZZA F.: II, 8; III, 27; III, 86; III, 88; III, 91  
 DI MAJO A.: I, 85; II, 13; III, 69; III, 120; III, 147; IV, 4; IV, 58; IV, 287  
 DI MARZIO F.: IV, 44  
 DOLMETTA A. A.: IV, 1  
 DONISI C.: I, 89  
 DRAGHI M.: I, 16
- EISENBERG M. A.: III, 79
- FEBBRAJO T.: III, 158  
 FEDELE A.: II, 90  
 FERRARINI G.: IV, 174  
 FERRI G. B.: I, 20; II, 37; II, 56; III, 145; III, 147; IV, 41  
 FLESSNER A.-KÖTZ H.: I, 45  
 FLUME W.: II, 131  
 FRIGNANI A.: IV, 246; IV, 265
- GABRIELLI E.: IV, 252  
 GABRIELLI G.: III, 76; IV, 119  
 GALGANO F.: III, 151; IV, 7; IV, 91  
 GALOPPINI A.: IV, 2  
 GAY A.-PETRETTO A.: III, 36  
 GAZZONI F.: I, 92; III, 149  
 GEMMA A.: III, 39  
 GENTILI A.: II, 78; IV, 102  
 GERI L.: III, 162  
 GHEDINI FERRI L.: III, 130
- GHIDINI G.: I, 8  
 GIANNINI M. S.: II, 134  
 GIGLIOTTI F.: IV, 55  
 GIOIA G.: I, 90  
 GIORDANO M.: IV, 266  
 GOODE R.: I, 159  
 GORDLEY J.: II, 122  
 GORLA G.: I, 20  
 GRASSETTI C.: IV, 277  
 GRASSO A.: IV, 66  
 GRISI G.: IV, 5  
 GROSSI P.: II, 30; II, 63  
 GUARNIERI ANTONIO II, 105; II, 107  
 GUASTINI R.: II, 126  
 GUIZZI G.: I, 4; I, 74
- HABERMAS J.: II, 11  
 HART H. L. A.: IV, 91  
 HAYEK F. A.: I, 111  
 HELLER H.: I, 127  
 HONDUS E.: I, 166  
 HOVENKAMP H.: III, 87
- INZITARI B.: I, 92  
 IRTI N.: I, 7; III, 26; IV, 251
- JANNARELLI A.: I, 33  
 JHERING R.: IV, 104  
 JOLOWICZ J. A.: III, 67  
 JOSKOW P. L.: III, 5
- KIRZNER I. M.: I, 115  
 KLEIN R.-CRAWFORD G.-ALCHIAN A. A.: III, 7  
 KLEMPERER P.: III, 6  
 KOLASKY W. J.: III, 95  
 KÖTZ H.-FLESSNER A.: I, 45
- LA PORTA U.: IV, 13  
 LANZILLO R.: III, 148  
 LARENZ K.: II, 33; II, 132; II, 135  
 LENER G.: IV, 121; IV, 122  
 LENER R.: IV, 88  
 LIBERTINI M.: III, 48; IV, 181; IV, 188; IV, 222; IV, 261  
 LIBONATI B.: I, 125  
 LIPARI N.: I, 17; I, 31

- LONARDO L.: II, 90  
 LUCARELLI F.: III, 144  
 LUMINOSO A.: III, 70
- MAFFEIS D.: II, 133; III, 96; IV, 52; IV, 97;  
 IV, 139  
 MAGAZZÙ A.: III, 128  
 MAGNANI M.: I, 96; II, 104  
 MAIORCA S.: III, 64  
 MANGIONE G.: III, 53  
 MANTOVANI M.: IV, 5  
 MARICONDA V.: II, 94; IV, 68; IV, 77  
 MARICONDA V.-BONFILIO A.: II, 78  
 MARINELLI M.: II, 108  
 MARINI A.: III, 122  
 MARSHALL A.: III, 8  
 MAUGERI M. R.: I, 41; IV, 260  
 MAZZAMUTO S.: I, 36; II, 20; II, 74; IV, 89  
 MAZZARESE S.: III, 165  
 MCKENDRICK E.: I, 161; I, 165  
 MELI M.: II, 101; IV, 276  
 MENGER A.: II, 35  
 MENGHINI L.: II, 138  
 MENGONI L.: I, 12; I, 16; I, 18; I, 32; I, 93;  
 I, 96; I, 97; I, 121; I, 134; II, 97; II,  
 115; III, 35; III, 68; III, 82; III, 98; III,  
 123; III, 146; III, 179; IV, 21; IV, 103  
 MERUZZI G.: I, 90  
 MINERVINI G.: III, 152; IV, 122  
 MIRABELLI G.: II, 90  
 MIRONE A.: IV, 260  
 MONATERI P. G.: III, 59  
 MONTI M.: IV, 249  
 MORELLI M. R.: IV, 10  
 MORELLO U.: II, 38; IV, 38
- NANNI L.: IV, 11  
 NAPOLI M.: I, 95  
 NATOLI R.: III, 14  
 NICOLÒ R.: II, 56  
 NICOLUSSI A.: I, 64; I, 122; I, 153; IV, 3;  
 IV, 38; IV, 83; IV, 170; IV, 193; IV,  
 246  
 NIVARRA L.: IV, 202; IV, 204  
 NOGLER L.: I, 98  
 NUZZO M.: II, 103; III, 64
- OPPO G.: I, 11; IV, 74; IV, 269;  
 ORESTANO A.: I, 61; II, 84  
 OSTI C.: I, 26; III, 50  
 OTT C.-SCHÄFER H. B.: II, 4  
 PACE A.: I, 6  
 PALERMO G.: III, 147  
 PALMIERI A.-PARDOLESI R. IV, 220; IV, 287  
 PANDOLFINI V.: III, 96  
 PARDOLESI R.-PALMIERI A.: IV, 220; IV, 287  
 PARDOLESI R.: II, 47; III, 47; IV, 189  
 PARDOLESI R.-CASO R.: III, 3  
 PASSAGNOLI G.: I, 22; III, 103  
 PATTI S.: II, 53  
 PAVONE LA ROSA A.: III, 149  
 PELOSI A. C.: I, 88  
 PEREGO E.: IV, 122  
 PERFETTI U.: III, 166  
 PERLINGIERI P.: II, 90  
 PERRONE A.: III, 96; IV, 55; IV, 59; IV, 60  
 PETRETTO A.-GAY A.: III, 36  
 PIERAZZI F. M.: IV, 7  
 PIETROBON V.: IV, 5  
 PIRAINO F.: IV, 229  
 PISANI C.-VALLEBONA A.: II, 140  
 PLAIA A.: II, 51  
 POLINSKY A. M.: II, 6  
 PONTIROLI L.: II, 9  
 PONZANELLI G.: III, 127; IV, 53  
 PORTALE G. B.: IV, 174  
 POSNER R.: II, 2  
 POSNER R. A.: III, 90; III, 154  
 PROSDOCIMI S.: I, 75  
 PROTO PISANI A.: IV, 216  
 PUGLIATTI S.: II, 103; IV, 121
- QUADRI E.: I, 79
- RAGANELLI E.: IV, 77  
 RAISER L.: I, 4  
 RAWLS J.: III, 93  
 REALMONTE F.: I, 30; II, 134; IV, 44; IV,  
 153; IV, 166; IV, 172  
 REICH N.: I, 145  
 RESCIO G. A.: IV, 12  
 RICCARDI A.: II, 112  
 RICCI F.: III, 77  
 RICCIO A.: IV, 7

- RIZZO V.: I, 50  
 RODOTÀ S.: IV, 1; IV, 182  
 ROMEI R.: II, 104  
 ROPPO E.: III, 64; IV, 282  
 ROPPO V.: I, 55; II, 92; IV, 160  
 ROPPO V.-AFFERNI G.: IV, 54  
 ROSSI CARLEO L.: III, 23  
 ROTH G. H.: I, 52; IV, 226
- SACCO R.: IV, 102; IV, 169  
 SALANITRO N.: IV, 275  
 SALANITRO U.: IV, 71  
 SARACINI E.: III, 161  
 SARTORI F.: IV, 111  
 SCAGLIONE F.: II, 123  
 SCALISI V.: I, 85; I, 138; II, 27; IV, 51; IV, 195  
 SCHÄFER H. B.-OTT C.: II, 4  
 SCHLESINGER P.: I, 135; I, 142; II, 78; II, 80; IV, 76; IV, 228  
 SCHWARTZ A.: III, 79  
 SCHWARTZ A.-SCOTT R. E.: III, 18  
 SCODITTI E.: IV, 4; IV, 44; IV, 208  
 SCOGNAMIGLIO C.: I, 162; IV, 211; IV, 222  
 SCOGNAMIGLIO R.: I, 86; II, 53  
 SCOTT R.E.-SCHWARTZ A.: III, 18  
 SCOTTI CAMUZZI S.: IV, 117  
 SIMITIS S.: I, 102  
 SINESIO D.: I, 84  
 STOLFI G.: I, 87  
 SUMMERS R. S.: II, 5  
 SUMNER MAINE H.: II, 31
- SYLOS LABINI P.: I, 126
- TAMPONI M.: IV, 161  
 TETI R.: I, 73  
 TIMPANO V.: I, 83  
 TOFFOLETTO A.: IV, 186  
 TOMMASINI R.: II, 54  
 TRABUCCHI A.: IV, 43; IV, 100  
 TRANQUILLO C.: III, 180  
 TREBILCOCK M. J.: II, 3  
 TRIMARCHI P.: II, 7; II, 54
- UBERTAZZI L.C.: IV, 256  
 UNGER R.: I, 29
- VALLEBONA A.-PISANI C.: II, 140  
 VENUTI M.C.: III, 105  
 VETTORI G.: I, 20; I, 100; I, 156; II, 16; III, 142; III, 148  
 VIDIRI G.-BIANCHI D'URSO F.: II, 137  
 VILLA G.: II, 88  
 VISINTINI G.: IV, 6
- WEBER M.: I, 128  
 WHITTAKER S.-ZIMMERMANN R.: I, 157  
 WIEACKER F.: II, 29  
 WILLIAMSON O. E.: III, 4; III, 8; III, 32
- ZANA M.: IV, 121  
 ZIMMERMANN R.-WHITTAKER S.: I, 157  
 ZOPPINI A.: III, 160