

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ANNO XXVIII
N. 6 NOVEMBRE-DICEMBRE 2012

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

Rivista fondata da Francesco Galgano

- **Leasing** nel fallimento
- **Shopping** di norme convenzionali
- **Confisca** di beni della criminalità organizzata
- **Contratto**
buona fede e nullità virtuale
buona fede, dolo e abuso del diritto
incapacità naturale
nullità speciale dopo annullamento di aggiudicazione
- **Responsabilità del produttore**
sicurezza degli autoveicoli in Italia e U.S.A.
danni provocati da fumo
- **Consumatore**
informazione e giusto prezzo
- **Società**
responsabilità degli organi societari di controllo

CEDAM

La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nullità virtuale, la nullità testuale e il contratto illecito. – 3. Il contrasto del « contratto » con norme imperative. – 4. La nullità virtuale e la violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede. – 5. La nullità virtuale ed il contratto « ingiusto ». – 6. La nullità virtuale ed il contratto che realizza un abuso di situazione dominante. – 7. (*segue*) La nullità virtuale ed il contratto a valle di un'intesa restrittiva della concorrenza.

1. – Il comma 1° dell'art. 1418 c.c. è tradizionalmente interpretato come norma di chiusura e, come tale residuale, del sistema delle nullità previste dallo stesso art. 1418 c.c. (1). Per questa ragione, è spesso suggerita una lettura invertita dell'ordine dei commi di cui consta la norma, al fine di semplificarne la comprensione (2). Tale ricostruzione si fonda sul rilievo che, al carattere residuale del comma 1° si contrappone – nei commi 2° e 3° dell'art. 1418 c.c. – un elenco di ipotesi tassative di nullità. Nel comma 1° dell'art. 1418 c.c., invece, la nullità deriva non da una ipotesi tipica, bensì dal contrasto tra l'atto di autonomia ed una norma imperativa, anche se quest'ultima non dispone direttamente la nullità del vincolo quale conseguenza della sua violazione (fatto salvo il caso in cui « *la legge disponga diversamente* »).

(1) DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 436; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto*, diretto da ROPPO, IV, *Rimedi*, a cura di GENTILI, Milano, 2006, p. 37; DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 74, 82, nota 32; GITTI, *Il contratto in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 793. Sul significato assunto dal comma 1° dell'art. 1418, inteso come norma di chiusura volta a disciplinare in termini generali le conseguenze della violazione di divieti legali privi di una espressa previsione circa la sorte del contratto vietato, A. ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*, in *Contratti*, 2004, f. 11, p. 997. Al riguardo BRECCIA, *Il contratto illecito*, in *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da BESSONE, Torino, 1999, p. 117, suggerisce di leggere il comma 2° dell'art. 1418 come se fosse la norma base rispetto alla regola « assai vaga » dettata dal comma 1°.

(2) DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 436; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 740; GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, II, Torino, 2006, p. 1510. In senso critico rispetto ad una lettura invertita, MARICONDA, *Le cause di nullità*, in *I contratti in generale. Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, diretto da G. ALPA e M. BESSONE, in *Giur. sist. Dir. civ. comm.*, Bigiavi, Torino, 1991, p. 369.

A conferma della valenza di norma di chiusura del comma 1° dell'art. 1418 c.c., vi sono anche i lavori preparatori del codice civile ⁽³⁾, in cui la nullità del contratto in contrasto con norme imperative – salvo che la legge disponga diversamente – è giustificata con la volontà di « comprendere anche le ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita ». Nel codice previgente, infatti, la nullità per contrarietà a norme imperative – nel silenzio della legge – era spesso ricondotta nell'ambito dell'illiceità della causa del contratto, anche se il divieto violato andava ad incidere su circostanze esterne al contratto o sulla persona di uno dei contraenti ⁽⁴⁾.

Il comma 1° dell'art. 1418 c.c. finisce, così, per ampliare i casi di nullità rispetto alle ipotesi di nullità testuale del comma 3° e rispetto a quelle che derivano dal comma 2°, introducendo una forma di nullità non prevista espressamente e pertanto « virtuale » ⁽⁵⁾. Tale ampliamento risulta ancor più rilevante alla luce della costante tendenza all'incremento delle norme imperative, soprattutto di derivazione comunitaria, poste spesso a presidio di interessi non solo generali, ma anche particolari o seriali, come nel caso di categorie o classi di contraenti, ritenuti meritevoli di protezione negli scambi di mercato ⁽⁶⁾.

Al contempo una lettura invertita dei commi di cui si compone l'art.

⁽³⁾ DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 436; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 37; DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. Bessone*, cit., p. 74, 82, nota 32; GITTI, *Il contratto in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, cit., p. 793. Sul significato assunto dal comma 1° dell'art. 1418, inteso come norma di chiusura volta a disciplinare in termini generali le conseguenze della violazione di divieti legali privi di una espressa previsione circa la sorte del contratto vietato, A. ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di convenzione*, cit., 997. Al riguardo BRECCIA, *Il contratto illecito*, cit., p. 117, suggerisce di leggere il comma 2° dell'art. 1418 come se fosse la norma base rispetto alla regola « assai vaga » dettata dal comma 1°.

⁽⁴⁾ Lo evidenziano VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 18; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 114.

⁽⁵⁾ DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 439; DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. Bessone*, cit., p. 82; in senso critico, invece, LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 109, secondo il quale la nullità del comma 1° dell'art. 1418 c.c. non costituisce ipotesi generale di sanzione, ma solo la conseguenza da comminare allorché manchi una sanzione (civilistica) espressa al fine di eliminare incertezze e contraddizioni.

⁽⁶⁾ Lo sottolinea MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 39; ID., *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova giur. civ.*, 1987, II, p. 68; al riguardo ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 9, evidenzia come le discipline contrattuali di origine europea segnano la netta prevalenza delle norme imperative su quelle dispositive. Sul punto anche D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, f. 7, p. 732, il quale evidenzia anche la tendenza del legislatore di lasciar scoperto proprio il profilo del rimedio da ricollegare alla violazioni delle norme che egli introduce, aprendo così la strada alla questione della configurabilità di una ipotesi di nullità virtuale.

1418 c.c. permette di conservare un'autonoma rilevanza per il comma 1° seppur come norma di chiusura del sistema della nullità; viceversa, seguendo l'ordine letterale dell'art. 1418 c.c., si favorirebbero letture – già diffuse in giurisprudenza negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice (7) – secondo le quali il comma 1° avrebbe un valore meramente declamatorio di regole contenute nel comma 2° dello stesso art. 1418 c.c. (8). Alla stregua di siffatta interpretazione, pertanto, la disposizione del comma 1° risulterebbe priva di una reale autonomia sistematica, avendo la funzione di anticipare a livello generale quanto più specificatamente indicato nel comma successivo.

2. – Attribuire al comma 1° dell'art. 1418 c.c. un'autonoma rilevanza, e non un valore meramente declamatorio di principi enunciati nei commi successivi dello stesso art. 1418, rende opportuno delimitare l'ambito di operatività delle ipotesi dei commi 2° e 3°: soltanto se si definisce il campo di applicazione della nullità, ai sensi dei commi 2° e 3° dell'art. 1418 c.c., è possibile individuare l'esatta portata della norma di chiusura di cui al comma 1°.

In altre parole, il carattere residuale del comma 1° dell'art. 1418 c.c. (9) impone di valutare, in primo luogo, se la violazione o l'inosservanza della norma sia riconducibile ai commi successivi della disposizione. Soltanto in caso di riscontro negativo, è possibile ricondurre l'inosservanza della norma nell'ambito della nullità virtuale del comma 1° dell'art. 1418 c.c.

In tale indagine – volta ad accertare a quale dei commi dell'art. 1418 c.c. sia riconducibile la violazione della norma – il comma 3° pone minori problematiche all'interprete, in quanto esso allude alle nullità testuali, ricorrenti quando un contratto o una singola regola contrattuale siano espressa-

(7) Al riguardo, P. GALLO, *Tratt. del contratto*, III, Torino, 2010, p. 1915; e la giurisprudenza ivi citata.

(8) SACCO, *Il contratto*, II, a cura di SACCO e DE NOVA, Torino, 1993, p. 475, attribuisce al comma 1° un valore «ridondante». Di recente, in senso critico anche CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 344, 345, il quale sottolinea come la categoria della nullità virtuale sia una «contraddizione in termini».

In senso diverso, ritenendo che l'idea della nullità virtuale del comma 1° dell'art. 1418 c.c. non possa essere messa in discussione dai successivi commi, OPPO, *Ordinamento valutario e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 600, nota n. 19, anche se evidenzia come non sempre sia facile «distinguere norma imperativa e norma descrittiva della fattispecie», non essendo la presenza della prima garantita in modo assoluto nemmeno dalla formulazione in termini di divieto».

(9) DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 436; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 37; DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 74, 82, nota 32; BRECCIA, *Il contratto illecito*, cit., p. 117.

mente dichiarati nulli da una norma. Di conseguenza, se il contratto è contrario ad una norma ed al tempo stesso il legislatore – attraverso la disposizione – abbia testualmente disposto la nullità del contratto che la violi, si rientra nell'ambito di applicazione del comma 3° dell'art. 1418 c.c. e non in quello del comma 1°. In tal modo, con la nullità testuale, vengono meno le questioni interpretative legate alla c.d. nullità virtuale ed, in particolare, se la norma violata sia imperativa e se la nullità debba essere la conseguenza di tale inosservanza oppure se la legge dispone diversamente.

La nullità, infatti, ricorre, ancor prima che ai sensi del comma 1° dell'art. 1418 c.c., in quanto il legislatore ha espressamente disposto la nullità, quale conseguenza della violazione, togliendo ogni margine di incertezza circa la conseguenza della nullità e precludendo con ciò ogni valutazione discrezionale dell'interprete⁽¹⁰⁾. Il reale valore operativo della nullità testuale si manifesta, pertanto, nelle ipotesi cui – in assenza di un'espressa previsione di legge – sarebbe alquanto dubbia e controversa la nullità, quale conseguenza dell'inosservanza della norma prevista al riguardo⁽¹¹⁾. In casi di questo genere, infatti, alla stregua dei commi 1° e 2° dell'art. 1418 c.c., si potrebbe arrivare ad esiti diversi rispetto alla nullità⁽¹²⁾.

Minore rilevanza ha, invece, la previsione della nullità testuale quando il contratto, anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso, sarebbe

⁽¹⁰⁾ MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 63; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 746.

⁽¹¹⁾ Lo sottolinea ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 742.

⁽¹²⁾ Così ad esempio è particolarmente significativa l'ipotesi del comma 3° dell'art. 100 bis T.u.f. – come modificato dall'art. 15 del d. lgs. n. 164 del 17 settembre 2007 – che prevede espressamente la nullità dei contratti di «rivendita» dei prodotti finanziari qualora non sia stato pubblicato un prospetto informativo. Prima della modifica legislativa, invece, era controverso che si potesse sanzionare con la nullità il contratto concluso dagli intermediari che – tramite l'elusione dell'obbligo di pubblicazione a carico degli emittenti – avessero distribuito presso la propria clientela titoli privi di prospetto. In tal modo, il legislatore – sulla base di una valutazione degli interessi che vengono in rilievo, rappresentati dall'esigenza di ostacolare la diffusione presso investitori non qualificati di strumenti finanziari in relazione ai quali l'Autorità di vigilanza non ha potuto esercitare i normali controlli – ha preferito comminare la nullità, eliminando qualsiasi perplessità e rimuovendo ogni possibile interpretazione contraria, in merito alla conseguenza della nullità. Tale previsione testuale della nullità, inoltre, è ancor più importante, in quanto introduce un trattamento del contratto nullo, diverso dalla disciplina comune, precisando che la stessa può essere fatta valere soltanto da una delle parti, nel caso di specie, l'acquirente che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale. Sull'art. 100 bis t.u.f., VIGLIONE, *Nullità e risarcimento del danno nell'art. 100 bis T.u.f.: quale tutela per l'investitore non professionale*, in *questa rivista*, 2008, p. 55; SANGIOVANNI, *Circolazione dei prodotti finanziari e offerta al pubblico nell'art. 100 bis T.u.f.*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2889; ID., *L'art. 100 bis T.u.f. sulla circolazione di prodotti finanziari*, in *Il Nuovo dir. soc.*, 2011, p. 42.

ugualmente nullo; questo può accadere, ad esempio, quando vi è un difetto di un requisito essenziale del contratto, ai sensi del comma 2° dell'art. 1418 c.c. ⁽¹³⁾, oppure quando vi è un contrasto con una norma imperativa, ai sensi del comma 1° dell'art. 1418 c.c.

Indubbiamente più complesso – rispetto alle ipotesi in cui ricorra la nullità testuale – è il rapporto sussistente tra il comma 1° dell'art. 1418 ed il comma 2° dello stesso articolo. Quest'ultima disposizione, infatti, contiene accanto ad ipotesi di nullità riguardanti la formazione del contratto (derivanti cioè da incompletezza del contratto, per la mancanza di uno dei suoi requisiti essenziali), ipotesi di nullità sostanziale, dipendenti, principalmente, dall'illiceità del contenuto o della funzione del contratto ⁽¹⁴⁾. Per questa ragione, si deve accertare se il contrasto del contratto con la norma imperativa debba essere ricondotto al comma 1° dell'art. 1418 c.c. oppure alle ipotesi di illiceità previste dal comma successivo.

La nullità virtuale, infatti, può essere riscontrata soltanto se, all'esito del giudizio di validità effettuato alla stregua del comma 2° non venga in rilievo l'illiceità del negozio ⁽¹⁵⁾. È del tutto evidente, però, il rischio di una sovrapposizione tra il comma 1° ed il comma 2° dell'art. 1418 c.c.; in particolare, non sempre è facilmente distinguibile, ad esempio, il contratto nullo per illiceità della causa o dell'oggetto, rispetto al contratto nullo per contrarietà a norme imperative, tanto che da taluni si dubita dell'autonomia stessa del comma 1°.

In altre parole, può risultare difficile, talvolta, immaginare che un contrasto del contratto con norma imperativa possa, nel silenzio della legge,

⁽¹³⁾ Si segnala ad es. il disposto dell'art. 1895 c.c., il quale prevede espressamente la nullità del contratto d'assicurazione « se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto ». In assenza della previsione della nullità, tuttavia, il contratto sarebbe ugualmente nullo, essendo – se l'evento rischioso assicurato non è mai esistito – il contratto privo della sua causa o del suo oggetto; in giurisprudenza di recente in questo senso Cass. civ., sez. III, 30 giugno 2011, n. 14410.

⁽¹⁴⁾ Sul punto, tra gli altri, FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, cit., p. 148. In senso critico sulla distinzione tra i casi di invalidità per difetto della fattispecie (o per disformità da norme ordinarie), dall'ipotesi del negozio illecito che costituisce una violazione di norme e riceve nella nullità una sanzione adeguata, SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 372.

⁽¹⁵⁾ MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 69, evidenzia come le nullità del comma 2° dell'art. 1418 c.c. possano definirsi di « disvalore », a testimonianza della maggior carica di disapprovazione dell'ordinamento nei confronti di un assetto di interessi pur « completo » nella sua struttura di regola dell'autonomia, e tuttavia contrastante con interessi e valori rilevanti; al riguardo anche DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 74; fa riferimento a nullità « politiche » ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 742. Al riguardo anche TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, § 12.

dar luogo a nullità, senza ravvisare una qualche incidenza, diretta od indiretta, di quel contrasto con il contenuto del contratto, ovvero con il risultato che il contratto è destinato a produrre e che induce a proibire la soddisfazione degli interessi dei contraenti (16).

Tali incertezze sono amplificate da alcuni arresti di legittimità, che individuano l'operatività della nullità virtuale nell'ambito degli elementi intrinseci del contratto (17). È evidente, però, che se si fa discendere la nullità virtuale dalla violazione di norme riguardanti la struttura od il contenuto del contratto (18), si rischia di relegare la stessa nell'ambito della nullità di cui al comma 2° dell'art. 1418 c.c., negando di fatto autonomia alla nullità virtuale, ridotta quindi a « lettera morta » (19).

Siffatta impostazione – nel riflettere le difficoltà di individuare lo spazio di autonoma operatività del comma 1° dell'art. 1418 c.c. rispetto al comma 2°, – rimanda alla vigenza del precedente codice in cui, in mancanza di una

(16) Al riguardo, BRECCIA, *Il contratto in generale*, cit., p. 159; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 70; ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. critica dir. privato*, 1985, p. 491, il quale sottolinea espressamente che « mi riesce difficile immaginare casi in cui sicuramente possa dirsi che un certo contratto contrasta con norme imperative, però la sua causa non contrasta con quelle stesse norme imperative ». Sulle difficoltà di distinguere l'ipotesi di illiceità del contratto dalla contrarietà a norme imperative, ai sensi del comma 1° dell'art. 1418, tra gli altri, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 924; DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 74; CARRESI, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da MENGONI, Milano, 1987, p. 335.

(17) Al riguardo, si segnala Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25, con nota di ROPPO ed in *Corriere giur.*, 2006, p. 669, con nota di GENOVESI. In dottrina, in questo senso, tra gli altri, LUMINOSO, *Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*, cit., p. 1427. Altrettanto significativa della tendenza a sovrapporre la fattispecie di cui al comma 1° con quella del comma successivo appare la ricostruzione giurisprudenziale che riconduce l'ipotesi del contratto nullo in quanto contrario a norma imperativa, contemplata dal comma 1° dell'art. 1418 c.c., ad un « contrasto della causa del negozio, ossia della funzione economico – sociale cui esso adempie, rispetto a norme cogenti, positive (consistenti in un comando) o negative (consistenti in un divieto), a cui il soggetto o i soggetti del negozio non possono contravvenire, senza incorrere nel più grave vizio di nullità » (in questo senso, ad es., Cass., 10 dicembre 1986, n. 7322, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, f. 12, la quale esclude che la fattispecie della truffa di un contraente in danno dell'altro costituisca causa di nullità del contratto).

(18) PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1040; ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 536.

(19) In questo senso, ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 32; ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 540. Al riguardo anche D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., p. 732.

norma espressa, la contrarietà a norme imperative veniva forzata entro il concetto di causa illecita⁽²⁰⁾. La novità del legislatore del 1942 di prevedere la nullità per contrarietà a norme imperative, tuttavia, non dovrebbe rimanere priva di significato e conseguenze; in particolare, la vicinanza tra le disposizioni del comma 1° e del comma 2° dovrebbe portare ad escludere che tra il contratto contrario a norme imperative ed il contratto con causa ed oggetto illeciti vi possa essere identità di nozione, dal momento che una ripetizione di norme in successione apparirebbe anche quantomai illogica⁽²¹⁾.

Al contempo, la distinzione tra la nullità del comma 1° dell'art. 1418 c.c. e quella del comma 2° della stessa disposizione assume rilievo non solo a livello astratto ma anche sul piano della disciplina; infatti, il comma 2° omettendo l'inciso «*salvo che la legge disponga diversamente*» di cui al comma 1° non permette all'interprete di escludere la conseguenza della nullità. In altre parole, il contratto che contrasti – ai sensi del comma 1° – con norme imperative è normalmente nullo, ma non necessariamente: la disposizione ammette che la conseguenza prevista possa essere diversa, in modo che la produzione di effetti contrattuali rimane possibile, nonostante la violazione della norma⁽²²⁾. Se invece si ricade nell'ambito di applicazione del comma 2° il contratto è sempre nullo.

Tale differenza nell'offrire autonoma rilevanza all'interpretazione del comma 1° dell'art. 1418 c.c. conferma l'opportunità di distinguere quando il contratto sia contrario a norme imperative, dai casi in cui il contratto risulti nullo per illiceità della causa oppure dell'oggetto⁽²³⁾. Senza contare, inoltre,

⁽²⁰⁾ VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 18; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 114.

⁽²¹⁾ VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 26. Al riguardo, DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 74, il quale nell'evidenziare il non semplice rapporto tra il I ed il comma 2° dell'art. 1418 c.c., rappresenta le cause di nullità come «cerchi concentrici»: al cerchio più ristretto costituito dal contratto con causa o motivo illeciti corrisponde un cerchio più ampio rappresentato dal contratto che si pone in contrasto con una norma imperativa.

⁽²²⁾ Lo evidenziano, tra gli altri, DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., G. B. FERRI, *Appunti sulla validità del contratto*, cit., p. 385; ID., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 149; MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, cit., p. 69; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 43; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 29; BRECCIA, *Il contratto in generale*, cit., p. 117; 156; GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, cit., p. 1496.

⁽²³⁾ Sull'irrelevanza della distinzione tra illiceità dell'oggetto e della causa, VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 30, il quale evidenzia come il problema spesso diventi una questione puramente classificatoria e di scarso rilievo sul piano pratico. Le conseguenze, infatti, nei due casi sono le stesse ed ha poca importanza stabilire se illecita sia la causa o l'oggetto, tanto che si tende a negare l'autonomia delle due nozioni, soprattutto alla luce della convinzione che l'illiceità dell'oggetto rende automaticamente illecita la causa.

che la disciplina del contratto illecito può essere peggiore rispetto alla disciplina riservata al negozio nullo ma non illecito⁽²⁴⁾, come confermato, ad esempio, dal disposto dell'art. 1972 c.c., in tema di transazione su un titolo nullo, dall'art. 2126 c.c., in tema di nullità del contratto di lavoro, oppure dall'art. 1417 c.c., in tema di prova della simulazione⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Sulla tradizionale e discussa distinzione tra contratto illecito e contratto illegale, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa II ed., Napoli, 1994, p. 114. Al riguardo anche DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 439; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2002, p. 280; ID., *Il contratto*, cit., p. 289; GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, Torino, 2006, p. 1407; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 747; BRECCIA, *Il contratto illecito*, in *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 1999, p. 120; FRANZONI, *Della nullità del contratto*, in GALGANO, PECCENINI, FRANZONI, MEMMO, CAVALLO BORGIA, *Simulazione, nullità del contratto, Annullabilità del contratto*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1998, p. 206; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 924; MARICONDA, *Le cause di nullità*, in *I contratti in generale. Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1991, p. 372.

⁽²⁵⁾ Ugualmente, è dibattuto se il testamento nullo o la donazione nulla per illiceità possano essere suscettibili di conferma, ex artt. 590 e 799 c.c., in quanto l'illiceità dell'atto del disponente finisce sempre per riprodursi e ripercuotersi sull'atto di conferma del successore che, pertanto, risulta parimenti illecito (NUZZO, *Negozio giuridico, IV) Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 151; GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 281). Allo stesso modo, è incerto se un contratto nullo possa essere convertito, ai sensi dell'art. 1424 c.c. e produrre così gli effetti di un contratto diverso, allorché l'invalidità sia determinata dall'illiceità della causa o dell'oggetto (FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, cit., p. 153; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 438; NUZZO, *Negozio giuridico, IV) Negozio illecito*, cit., p. 2; al riguardo, si veda la dottrina citata in VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 32, nota 18. Sull'impossibilità di convertire il contratto illecito ex art. 1424 c.c., si segnala FRANZONI, *Della nullità del contratto*, in Galgano, Peccenini, Franzoni, Memmo, Cavallo Borgia, *Simulazione, nullità del contratto, Annullabilità del contratto*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, sub art. 1424, Bologna-Roma, 1998, p. 206. Anche in questa ipotesi, infatti, alla nullità derivante dall'illiceità sembra preclusa la possibilità di produrre effetti giuridici ulteriori, perché ad essi, in qualche forma od aspetto, si comunicherebbe la stessa illiceità (FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, cit., p. 153, il quale osserva che «poiché il negozio, in cui il negozio nullo si può convertire, deve realizzare un regolamento di interessi simile a quello nullo, la nullità derivante da illiceità (contrarietà a norma imperativa, all'ordine pubblico e al buon costume) necessariamente investe anche questo regolamento di interessi»; DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 75; FRANZONI, *Della nullità del contratto*, cit., p. 207; BRECCIA, *Il contratto illecito*, cit., p. 117). Si discute, inoltre, se l'effetto sanante previsto dall'art. 2652, n. 6, c.c., possa prodursi anche in presenza di un atto illecito (PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale: una incerta distinzione sul piano degli effetti*, cit., p. 22).

3. – Il carattere residuale del comma 1° dell'art. 1418 c.c. porta a ritenere che, se il contrasto con la norma imperativa riguarda direttamente il contenuto ed i risultati che la regola dell'autonomia si propone di realizzare, il contratto è nullo perché illecito ⁽²⁶⁾; se, invece, il contrasto con le norme imperative non implica un coinvolgimento della causa o dell'oggetto del contratto ma incide su aspetti estranei al contenuto in senso stretto od ai risultati perseguiti con lo strumento dell'autonomia, il contratto è nullo ai sensi del comma 1° dell'art. 1418 c.c., salvo che la legge disponga diversamente ⁽²⁷⁾.

È fondamentale, pertanto, individuare quali possano essere le ipotesi in cui un contratto sia contrario a norme imperative, senza però che vi sia un

⁽²⁶⁾ Tra gli altri, MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 72.

⁽²⁷⁾ Parte della dottrina – al fine di distinguere la nullità del contratto, di cui al comma 1° dell'art. 1418 c.c. dall'illiceità prevista dal comma 2° della stessa disposizione – pone l'attenzione sul diverso carattere della norma imperativa violata in un caso e nell'altro. In particolare, secondo tale impostazione, le norme imperative – la cui trasgressione rende il contratto illecito ai sensi dell'art. 1343 c.c. (riguardante l'illiceità della causa, nonché l'oggetto, il motivo o la condizione) – si differenzerebbero almeno sotto due aspetti da quelle la cui violazione rende il contratto nullo *ex art.* 1418 c.c., comma 1°: i) sarebbero sempre norme proibitive, che impongono insormontabili divieti, mentre le norme imperative *ex art.* 1418, comma 1°, possono consistere tanto in norme proibitive quanto in norme ordinarie; ii) sarebbero norme che si collocano al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico, a differenza delle norme imperative *ex art.* 1418, comma 1°, poste, invece, a tutela di interessi generali (GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 283; ID., *Il contratto*, cit., p. 290; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, cit., p. 160). Tale ricostruzione sarebbe il riflesso di quanto emerge dai numerosi precedenti giurisprudenziali, con la conseguenza che essa rimanda ad un giudizio non suscettibile di essere definito a priori ma da attuare alla luce del caso concreto (lo sottolinea DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 75). Per questa ragione, la suddetta ricostruzione – scontando la tradizionale difficoltà circa l'esatta individuazione del tratto qualificante la norma imperativa dell'art. 1418 c.c. – è da taluni respinta per la complessità dell'accertamento, caso per caso, dei valori al vertice del sistema legale e per il rischio di condurre l'illiceità per contrasto con norme imperative nell'area dell'ordine pubblico (GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1498; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 71; BRECCIA, cit., p. 122). In altre parole, è messo in discussione che una valutazione, «sulla norma di legge e dunque sulla sua finalità, sul raggio della sua applicazione, sulla gravità del divieto», possa sempre condurre a risultati soddisfacenti, al fine di determinare l'ambito dell'illiceità del contratto (BRECCIA, *Il contratto in generale*, cit., p. 122). Si evidenzia, così, l'opportunità di indagare anche se il contrasto con la norma imperativa riguardi direttamente il contenuto ed i risultati che la regola dell'autonomia si propone di realizzare: in tal caso, il contratto, sarà nullo perché illecito (MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 72; sul punto anche NUZZO, cit., p. 5); mentre, se il contrasto con le norme imperative non implica un coinvolgimento della causa o dell'oggetto del contratto ma incide su aspetti estranei al contenuto in senso stretto od ai risultati perseguiti con lo strumento dell'autonomia, il contratto sarà nullo ai sensi del comma 1° dell'art. 1418 c.c., salvo che la legge disponga diversamente.

coinvolgimento della sua causa o del suo oggetto nel contrasto con quelle stesse norme imperative; infatti, le difficoltà di immaginare una contrarietà del contratto con norma imperativa – senza una qualche incidenza, diretta od indiretta, del contrasto con il contenuto o con il risultato che il contratto è destinato a produrre – ha fatto sorgere non pochi dubbi e perplessità sulla possibilità di riconoscere un'autonoma rilevanza alla c.d. nullità virtuale e più in generale alla fattispecie di cui al comma 1° dell'art. 1418 c.c. ⁽²⁸⁾.

In altre parole, soltanto se il contrasto del contratto con norme imperative possa riguardare anche ipotesi in cui si esula dall'illiceità dell'oggetto o della causa, il comma 1° dell'art. 1418 c.c. è in grado di assolvere la funzione ad esso tradizionalmente assegnata; la disposizione – come già evidenziato – è considerata normalmente quale norma di chiusura ⁽²⁹⁾, volta a disciplinare le conseguenze della inosservanza di divieti legali privi di un'espressa comminatoria, circa la sorte del contratto vietato, attraverso la previsione di una «ragione autonoma» di nullità, distinta da quelle riconducibili all'illiceità della causa o dell'oggetto ⁽³⁰⁾.

In tale indagine, tesa ad individuare quale sia l'ambito di autonomia della nullità virtuale, non coincidente con quello dell'illiceità della causa o dell'oggetto, assume centralità il riferimento al «contratto» ed al significato che si deve attribuire a tale termine ⁽³¹⁾.

Il comma 1° dell'art. 1418 c.c., infatti, presuppone che in contrasto con la norma imperativa sia il «contratto» e quest'ultimo termine può assumere una pluralità di significati, a seconda del contesto in cui il termine viene impiegato ⁽³²⁾. Nel contesto in esame, il «contratto» – contrario a norma imperativa – è quello che viene sanzionato con la nullità; di conseguenza, ai fini dell'art. 1418 c.c., il termine «contratto» va inteso in senso univoco, come atto di autonomia, come regolamento di interessi ⁽³³⁾: il contrasto si vie-

⁽²⁸⁾ Tali perplessità sono state evidenziate da ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, cit., p. 491; BRECCIA, *Il contratto in generale*, cit., p. 159; DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 74.

⁽²⁹⁾ La valenza di norma di chiusura del comma 1° dell'art. 1418 c.c. sembra essere confermata anche dai lavori preparatori del codice civile in cui la nullità del contratto che contrasti con norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente, è giustificata con la volontà di «comprendere anche le ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita».

⁽³⁰⁾ In questi termini, ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*, cit., p. 997.

⁽³¹⁾ Lo evidenzia, ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 545; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 439.

⁽³²⁾ Sulle diverse accezioni del termine «contratto», si veda SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 1353; di recente, anche ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 105.

⁽³³⁾ ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*, cit., p. 997; ROPPO,

ne a creare tra il regolamento disposto dagli interessati ed una norma specifica od un principio generale, che ha una valenza tale da non consentire e quindi vietare l'atto in discussione ⁽³⁴⁾.

Ai fini della nullità virtuale, tuttavia, la norma imperativa non deve vietare il contratto e così il regolamento pattuito, in termini assoluti; se infatti, la riprovazione della legge colpisce immediatamente e senza eccezioni gli effetti direttamente perseguiti dal contratto, si potrebbe ricadere nella fattispecie del comma 2° dell'art. 1418 c.c., concernente l'illiceità dell'oggetto o della causa del contratto ⁽³⁵⁾. Si riproporrebbero, così, i dubbi sulla reale autonomia della c.d. nullità virtuale, rispetto alle ipotesi di illiceità del contratto ed il rischio di un appiattimento del comma 1° dell'art. 1418 nel comma 2° dello stesso articolo. Il contrasto con norma imperativa, pertanto, dovrebbe riguardare altri elementi del regolamento contrattuale rispetto alla causa od all'oggetto, situazione che, in ipotesi, si può verificare quando il contratto sia proibito solo entro certi limiti o entro certe condizioni ⁽³⁶⁾.

Questo ad esempio è il caso in cui siano violate norme che in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come nell'ipotesi dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione richiesta dalle legge ⁽³⁷⁾, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto ⁽³⁸⁾.

In tali casi, il legislatore vieta, al ricorrere di determinate circostanze, di stipulare il contratto; di conseguenza, se il contratto viene stipulato, è la

La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf, cit., p. 545. Al riguardo anche D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 157.

⁽³⁴⁾ In questo senso anche SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1.

⁽³⁵⁾ Lo sottolinea VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 181, il quale evidenzia che ai fini del comma 1° dell'art. 1418 c.c., il contenuto del contratto non deve essere vietato in assoluto ma solo per un profilo specifico. Nello stesso senso ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 545, nota 36.

⁽³⁶⁾ VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 263; ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corriere giur.*, 2008, p. 107; ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 545, nota 36.

⁽³⁷⁾ Si veda, ad es., la vicenda giurisprudenziale del subappalto conferito da un appaltatore di opera pubblica, in violazione dell'art. 21 della l. n. 646 del 1982, riportata alla nota n. 44.

⁽³⁸⁾ Lo mettono in evidenza Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e, n. 26725, cit. Al riguardo anche PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1040 ss. Sulle ipotesi di violazione di divieti soggettivi di contrarre, si segnala l'ampia casistica in DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 79; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 59.

stessa esistenza del contratto – perché proibito dalla legge – a porsi in contrasto con la norma imperativa, senza alcuna sovrapposizione con la nullità per illiceità dell'oggetto o della causa.

Rimane, invece, estraneo all'ambito di applicazione del comma 1° dell'art. 1418 c.c., il « contratto » inteso come mera fattispecie procedimentale, come sequenza di atti o fatti qualificati a norma degli artt. 1326 c.c.: oggetto di divieto è il regolamento contrattuale e non il modo in cui esso si forma ⁽³⁹⁾. Soltanto del contratto – inteso come atto di autonomia – si può, infatti, ragionevolmente negare validità ed efficacia, mentre non avrebbe alcun senso parlare di nullità con riguardo al comportamento dei contraenti durante le trattative: il comportamento antiggiuridico di una parte, anche se influenza in modo determinante la decisione della controparte, non si traduce in un assetto di interessi vietato dalla legge, che non disapprova il contenuto dell'accordo ma solo le modalità con cui questo si è formato ⁽⁴⁰⁾.

Per chiarire quanto espresso, è assai significativo il rapporto tra norma penale e l'invalidità del contratto e, in particolare, la tradizionale distinzione tra il c.d. « contratto-reato » e l'ipotesi di « reato in contratto » ⁽⁴¹⁾. Il pri-

⁽³⁹⁾ Tra gli altri, ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 545; ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*, in *Contratti*, 2004, p. 997; MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*, in *Corriere giur.*, 1995, f. 2, p. 217; PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, in *questa rivista*, 1987, p. 780, secondo il quale « la contrarietà deve riguardare lo scopo per cui l'atto è stato compiuto, non il modo in cui è stato concluso ». Di recente, ZORZI-GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *questa rivista*, 2011, p. 932; GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/Ce modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 779.

⁽⁴⁰⁾ ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corriere giur.*, 2008, p. 107; ID., *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*, cit., p. 997, il quale evidenzia che il contratto in questione è quello stesso che la legge considera nullo e quindi va inteso in senso univoco, come regolamento di interessi, in quanto solo di questo si può ragionevolmente negare la validità ed efficacia, mentre non avrebbe alcun senso parlare di nullità con riferimento ai comportamenti attraverso i quali si forma l'accordo.

⁽⁴¹⁾ Sul punto, tra gli altri, F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 467; MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova giur. civ.*, 1987, II, p. 72; ID., *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 47; PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, cit., p. 447; GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/Ce modifica il codice del consumo*, cit., p. 780. Al riguardo, anche DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 447, il quale evidenzia che affinché il contratto possa essere vietato, è necessario che sia punito, dalla norma penale, il comportamento di entrambe le parti non di una sola; nello stesso senso, D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 732, nota n. 15; NUZZO, *Negozi illeciti*, cit., p. 7, secondo il quale la violazione della norma penale rea-

mo – riguardante il caso in cui il contratto integri di per sé la condotta tipica vietata dalla norma penale – è nullo in quanto è lo stesso contratto, inteso come regolamento di interessi, a porsi in contrasto con la norma penale; in particolare, il contratto può essere nullo, a causa dell'illiceità di uno dei suoi elementi (causa, oggetto, motivo illecito comune), come, ad esempio, nei tradizionali casi del reato di associazione per delinquere, in cui sarebbe illecita la causa o nell'ipotesi del reato di ricettazione, in cui sarebbe illecito l'oggetto⁽⁴²⁾. Si individua, invece, una nullità virtuale, allorché – pur non venendo in rilievo l'illiceità della causa, dell'oggetto o dei motivi – il divieto proibisca un determinato assetto negoziale non in termini assoluti e senza eccezioni ma soltanto per un profilo specifico; così ad esempio è normalmente ricondotta alla nullità virtuale l'ipotesi del contratto di subappalto conferito da un appaltatore di opera pubblica, in violazione dell'art. 21 della l. n. 646 del 1982, il quale proibisce all'appaltatore di opera pubblica di cedere in subappalto o a cottimo l'esecuzione delle opere stesse o di una loro parte senza l'autorizzazione della « autorità competente »⁽⁴³⁾. Allo stesso modo, si è ricondotta alla nullità virtuale l'inosservanza del divieto di cui all'art. 7 l. 2 maggio 1974, n. 195, di finanziamento o contributi, sotto qualsiasi forma, a partiti politici da parte di organi della pubblica amministrazione, di enti pubblici, di società con partecipazione pubblica superiore al 20%, sanzionato penalmente a carico di entrambe le parti⁽⁴⁴⁾.

lizzata da uno solo dei contraenti rimane circoscritta a questo e non determina la nullità del contratto; nello stesso senso, G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, cit., p. 166; OPPO, *Ordinamento valutario e autonomia privata*, cit., p. 604. In senso contrario, invece, ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corriere giur.*, 2008, p. 107, secondo il quale « l'esame del dettato normativo 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 ». In senso critico al c.d. criterio della « direzione del divieto » – tale per cui il contratto può dirsi vietato e quindi nullo soltanto se il divieto penale riguardi entrambe le parti del contratto – anche, A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002, p. 21.

⁽⁴²⁾ Al riguardo, MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, cit., p. 72; F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 467.

⁽⁴³⁾ Cass., 18 febbraio 2008, n. 3950, in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 2, I, p. 378; Cass., 16 luglio 2003, n. 11131; Cass., 18 novembre 1997, n. 11450; Trib. Chieti, 30 gennaio 2009, in *PQM*, 2009, p. 2, 61; Trib. Bari, 30 marzo 2011, n. 1135, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2011.

⁽⁴⁴⁾ Sul punto DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 448; OPPO, *Finanziamenti dei partiti e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 582 e 583, il quale esclude espressamente un'illiceità della causa o dell'oggetto. Anche in questa ipotesi, infatti, il divieto sembra proibire un determinato assetto negoziale non in termini assoluti ma soltanto per

Nell'ipotesi di c.d. «reato in contratto», invece, la norma penale non vieta direttamente la fattispecie negoziale ma semplicemente qualifica come illecito il comportamento materiale posto in essere da uno dei contraenti a danno dell'altro. Per questa ragione, ad esempio, si esclude normalmente la nullità del contratto concluso per effetto di una truffa realizzata da una parte ai danni dell'altra, considerando che, non solo gli interessi sottesi alla norma imperativa violata sono già soddisfatti dalla diversa conseguenza prevista (annullabilità per dolo) ⁽⁴⁵⁾, ma anche che il contrasto con la norma imperativa riguarda non il contratto come regolamento di interessi ma la condotta di uno dei contraenti durante le trattative ⁽⁴⁶⁾. Per questo stesso motivo, è assai criticato l'orientamento giurisprudenziale che ravvisa, invece, nel reato di circonvenzione di incapace la conseguenza civilistica della nullità del contratto ⁽⁴⁷⁾; infatti,

un profilo specifico, in quanto è parte dell'accordo un soggetto che si trova in una situazione ritenuta dalla legge incompatibile con quel particolare rapporto negoziale. Nell'ampia casistica riscontrabile, si è ravvisata un'ipotesi ulteriore di nullità virtuale nell'eventualità di contratto integrante il reato di mercato di voto di cui all'art. 233 l. fall. (Cass., 13 maggio 1968, n. 1478, in *Mass. Giust. civ.*, 1968, p. 743; Cass., 13 giugno 1980, n. 3763, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 1374; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 448; MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, cit., p. 73); in particolare, tale disposizione punisce «il creditore che stipula col fallito o con altri nell'interesse del fallito vantaggi a proprio favore per dare il suo voto nel concordato o nelle deliberazioni del comitato dei creditori»; ugualmente è punito il fallito e chi ha contrattato col creditore nell'interesse del fallito. In questo caso, è indubbio che il contrasto con la norma imperativa riguarda il contratto come regolamento di interessi, e non la condotta materiale delle parti; tuttavia, questa appare un'ipotesi in cui la riprovazione della legge colpisce senza eccezioni gli effetti direttamente perseguiti dal contratto, che è proibito in assoluto. In altre parole, si pone la questione se la nullità debba essere ricondotta anziché al comma 1° dell'art. 1418, al comma 2° dello stesso articolo e precisamente all'illiceità della causa del contratto.

⁽⁴⁵⁾ Ravvisano l'annullabilità del contratto concluso per effetto di truffa di uno dei contraenti a danno dell'altro, Cass., 31 marzo 2011, n. 7468, *Il civilista*, 2011, f. 6, p. 14; Cass., 26 maggio 2008, n. 13566, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, f. 5, p. 810; Cass., 10 dicembre 1986, n. 7332, in *Corriere giur.*, 1987, p. 208. Su quest'ultimo precedente, non appare condivisibile la motivazione nella parte in cui sembra appiattare la nullità per violazione di norma imperativa nell'ambito dell'illiceità della causa. Sulla sorte del contratto carpitto con una truffa fraudolenta anche, A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, cit., p. 84.

⁽⁴⁶⁾ ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*, in *Contratti*, 2004, p. 997; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 447. In giurisprudenza, Cass., 8 maggio 1969, n. 1570, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 135, secondo la quale «la truffa di un contraente in danno dell'altro, anche quando sia accertata penalmente, non è causa di nullità dell'atto e non è rilevabile d'ufficio»; la conseguenza è che il contratto «è valido fino a quando non venga annullato».

⁽⁴⁷⁾ Cass. civ., 7 febbraio 2008, n. 2860, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1094; Cass. civ., 27 gennaio 2004, n. 1427, cit.; Cass. civ., 6 aprile 1979, n. 4824, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 943.

la condotta penalmente rilevante di una parte durante le trattative non necessariamente si traduce in un programma contrattuale vietato dalla legge⁽⁴⁸⁾. In altre parole, ciò che la norma imperativa censura è la condotta tenuta durante le trattative e non il contratto come regolamento di interessi: non è il negozio ad essere contrario a norma imperativa, bensì il comportamento negoziale di una delle parti⁽⁴⁹⁾.

4. – Il rilievo secondo il quale il contrasto di cui al comma 1° dell'art. 1418 riguarda il contratto – inteso come regolamento di interessi e non le modalità con cui una delle parti ha ottenuto la conclusione del contratto – porta ad escludere che la nullità possa essere la conseguenza della violazione, da parte del contraente, del dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede.

In altre parole, se contrario alla norma imperativa – ai fini del comma 1° dell'art. 1418 c.c. – non può che essere il contratto inteso come regolamento, in quanto solo di esso si può ragionevolmente negare validità ed efficacia⁽⁵⁰⁾, non è possibile dichiarare la nullità del contratto, a causa dei comportamenti di una parte – nella fase che precede o segue la formazione del consenso – nonostante questi assumano rilevanza come violazione di norme imperative⁽⁵¹⁾. Il divieto, infatti, deve avere ad oggetto il regolamento contrattuale e non la condotta scorretta di uno dei contraenti, con la conseguenza che soltanto tale regolamento può ritenersi contrario alla norma imperativa, al fine di negare validità ed efficacia al contratto.

Per questa ragione, ad esempio, si esclude – nel silenzio della normativa circa i rimedi civilistici – la nullità dei contratti stipulati con il consumatore dal professionista che abbia fatto ricorso ad una «pratica commerciale

⁽⁴⁸⁾ ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*, cit., p. 997; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 447; MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*, cit., p. 217; PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, cit., p. 780; ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 545; RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 212; BRECCIA, *Il contratto illecito*, cit., p. 129. In senso favorevole, a ritenere che si tratti di una nullità relativa, A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, cit., p. 92, il quale ritiene coerente con il sistema normativo la soluzione di sottoporre l'atto di disposizione compiuto dal soggetto circuito alla sanzione di nullità.

⁽⁴⁹⁾ Tra gli altri, F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 471.

⁽⁵⁰⁾ In questo senso, ALBANESE, *Non tutto ciò che è virtuale è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 321.

⁽⁵¹⁾ ALBANESE, *Non tutto ciò che è virtuale è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., p. 321.

scorretta»⁽⁵²⁾. Al riguardo, appare significativo il rilievo secondo il quale – se al legislatore è sicuramente consentito ricollegare espressamente la nullità di un contratto al solo fatto che una « scorrettezza » ne abbia inficiato l'*iter* formativo – all'interprete il comma 1° dell'art. 1418 consente solo di rilevare la nullità (c.d. virtuale) di un contratto che sia esso (e non già semplicemente le condotte che hanno portato alla sua stipulazione) contrario a norme imperative⁽⁵³⁾.

Allo stesso modo, l'impossibilità di ricondurre al comma 1° dell'art. 1418 c.c., l'inosservanza di una norma imperativa che vieta, non il regolamento di interessi previsto dal contratto, bensì la condotta materiale di una o di entrambe le parti nella fase che precede o segue la conclusione del contratto, è la chiave di lettura della *vexata quaestio* circa la responsabilità degli intermediari per violazione delle regole di condotta previste dal T.u.f. e dai regolamenti Consob⁽⁵⁴⁾.

La mancata indicazione delle conseguenze civilistiche di tali violazioni, infatti, ha originato molteplici soluzioni ad iniziare da quella di una nullità virtuale del contratto⁽⁵⁵⁾, in considerazione della finalità prevalentemente pubblicistica e quindi della natura imperativa riconosciuta alle norme violate⁽⁵⁶⁾. Il noto intervento delle Sezioni Unite della Cassazione del 2007, tut-

(52) Sul punto, tra gli altri, GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/Ce modifica il codice del consumo*, cit., p. 779; ZORZI-GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *questa rivista.*, 2011, p. 921; CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Le invalidità nel diritto privato* a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 157; NATOLI, *Sul dialogo tra diritto civile e diritto dei mercati finanziari*, in *Le invalidità nel diritto privato* a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 426.

(53) In questo senso, GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/Ce modifica il codice del consumo*, cit.; si consideri che anche le stesse Cass., sez. un. 19 dicembre 2007, n. 26725, cit., hanno evidenziato che nulla impedisce « che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto ».

(54) In tal senso ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 545.

(55) Tra le tante, Trib. Brindisi, 18 luglio 2007, n. 625; Trib. Teramo, 18 maggio 2006, n. 429; Trib. Trani, 30 maggio 2006, n. 637; Trib. Foggia, 15 maggio 2006, n. 2128; Trib. Termini Imerese, 7 marzo 2006; Trib. Pescara, 28 febbraio 2006; tutte le sentenze sono pubblicate sul sito <http://www.ilcaso.it>.

(56) Sulla qualifica di tali norme come imperative, tra gli altri, INZITARI, PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, p. 146; FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La responsabilità civile*, 2006, p. 296; MIRIELLO, *La tutela dell'investitore tra scandali finanziari e pretese nullità virtuali dei contratti di intermediazione finanziaria*, in *Mercato finanziario e tutela del risparmiatore* a cura di Galgano e Visintini, Padova, 2006, p. 151.

tavia, ha fermamente negato la possibilità di ricondurre alla nullità virtuale la violazione dei doveri di condotta previsti a carico degli intermediari finanziari ⁽⁵⁷⁾. La motivazione è incentrata sulla tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, se si traduce in un inadempimento; in nessun caso, però, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione delle norme di comportamento può incidere sulla validità dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità.

La conseguenza, pertanto, è che l'inadempimento dei doveri di diligenza a carico degli intermediari – previsti dal T.u.f. e dai Regolamenti Consob e riconducibili alle norme di comportamento – se non è disposto diversamente, non può dare luogo a nullità del contratto ma a rimedi alternativi. Nel contesto in esame, pertanto, la distinzione tra la categoria delle norme di comportamento contrapposta a quelle di validità ⁽⁵⁸⁾ riflette il dettato letterale del comma 1° dell'art. 1418 c.c. ⁽⁵⁹⁾; da tale ambito, infatti, rimane estraneo il comportamento delle parti, in quanto la norma imperativa deve vietare il contratto come tale e non le modalità scorrette con cui una parte ha ottenuto la conclusione del contratto.

⁽⁵⁷⁾ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725, cit.; per una lettura critica di tali sentenze, GENTILI, *Invalidità e regole di scambio*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 138, il quale evidenzia che poiché la scelta di investimento non è stata razionalmente assunta, il rimedio civilistico avrebbe dovuto essere se non la nullità (per mancanza della volontà di quell'investimento) almeno l'annullabilità per errore essenziale sulla caratteristica del bene (idoneità al tipo di investimento) che è determinante.

⁽⁵⁸⁾ In senso critico su tale distinzione, ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 546. Mette in dubbio la sovrapposizione tra il problema della nullità virtuale ed il principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento dei contraenti, così come formulata dai giudici di legittimità, D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 732. Più in generale sulla distinzione, tra regole di validità e regole di comportamento dei contraenti, dello stesso a., D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37; ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996. Sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento nell'ambito dei contratti della P.a. e nell'ambito della responsabilità precontrattuale della stessa, si segnala DI MAJO, *Regole di validità e di comportamento nei contratti con la P.A.*, in *Corriere giur.*, 2010, p. 536.

⁽⁵⁹⁾ ALBANESE, *Non tutto ciò che è virtuale è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., p. 321, evidenzia come nell'art. 1418, comma 1°, c.c., trovi accoglimento la distinzione tra regole di responsabilità e regole di validità.

Significativa, tuttavia, è la vicenda dell'inadempimento da parte dell'intermediario del dovere di informazione sulla situazione di conflitto di interessi; in tale ipotesi, i giudici di legittimità⁽⁶⁰⁾ prima, e quelli di merito⁽⁶¹⁾ dopo, hanno individuato la violazione di un vero e proprio obbligo legale per lo stesso intermediario di astenersi dal compiere l'operazione. La conseguenza – che si è tratta dalla violazione di un obbligo legislativo così individuato – è stata quella di riconoscere, non la nullità del contratto, ma il risarcimento di tutte le perdite subite derivanti dall'operazione, a prescindere, però, da un'indagine sull'esistenza di un nesso causale tra l'inadempimento dell'intermediario (omessa informazione), la decisione del cliente di effettuare l'investimento implicante una situazione di conflitto di interessi (anche se del tutto irrilevante ai fini della scelta d'investimento) ed i danni subiti dalla parte⁽⁶²⁾.

Tale impostazione – estesa anche alla violazione dell'obbligo di non compiere operazioni non adeguate rispetto al profilo dell'investitore, ai sensi dell'art. 29, Reg. Consob, n. 11522/1998⁽⁶³⁾ – merita una ulteriore riflessione. Per giungere al risultato descritto, infatti, i giudici espressamente pongono l'attenzione non sulle modalità con cui l'operazione è stata in concreto realizzata (o avrebbe potuto essere ipoteticamente realizzata da altro intermediario), bensì sul «*compimento stesso dell'operazione che non avrebbe dovuto affatto aver luogo*»⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁰⁾ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.

⁽⁶¹⁾ Trib. Venezia, 28 febbraio 2008, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1169.htm>; Trib. Milano, 3 giugno 2008, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1257.htm>.

⁽⁶²⁾ Ha invece escluso un diritto al risarcimento dei danni in caso di conflitto di interessi di scarso rilievo, ad esempio, Trib. Milano, 25 luglio 2005, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/TMI-CR-25-07-05.htm>, che nel caso di specie, ha ritenuto il conflitto di scarso rilievo e nella specie improduttivo di danno, tenuto conto che non risulta contestato il fatto che la Banca avesse venduto ad un prezzo in linea con il mercato ed atteso che non aveva applicato commissioni sulla vendita; si è altresì escluso che la vendita agli attori sia stata incoraggiata al fine di eliminare ingombranti giacenze del titolo nel portafoglio, posto che risultava documentato agli atti che la Banca convenuta è ricorsa ripetutamente, prima e dopo le negoziazioni di specie, al mercato per acquisire le medesime obbligazioni di cui è causa al fine soddisfare le richieste dei propri clienti.

⁽⁶³⁾ Questo è ad esempio il caso di Trib. Venezia, 28 febbraio 2008, in *Contratti*, 2008, p. 555, secondo la quale «non vi è dubbio che quanto ritenuto dal giudice di legittimità nella sua composizione a sezioni unite non possa essere circoscritto alle operazioni in conflitto di interesse ma sia espressione di un principio generale che deve trovare applicazione ogni qualvolta l'intermediario dia corso ad un'operazione dalla quale, secondo quanto disposto dal regolamento Consob, avrebbe dovuto astenersi».

⁽⁶⁴⁾ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.: «ai fini dell'individuazione di un

Alla stregua di siffatta ricostruzione, però, la violazione della norma imperativa pare riguardare direttamente il contratto, la cui stipulazione è vietata e non i comportamenti posti in essere nella fase che precede la formazione del consenso. In altre parole, se la norma violata censura non la condotta tenuta nella formazione del contratto, ma il contratto stesso come atto che sarebbe vietato, la conseguenza dovrebbe essere la nullità, ai sensi del comma 1° dell'art. 1418 c.c. (65). Se, infatti, il legislatore vieta in determinate circostanze di stipulare il contratto e nondimeno il contratto viene stipulato, è lo stesso regolamento contrattuale a porsi in contrasto con la norma imperativa ed il rimedio civilistico dovrebbe essere la nullità.

La ricostruzione che nega la nullità del contratto, in ipotesi di operazione in conflitto di interessi o di operazione inadeguata, invece, dovrebbe avere come logico presupposto l'assunto secondo il quale la norma violata non proibisce quel determinato regolamento di interessi come tale, bensì sanziona il comportamento in concreto tenuto dall'intermediario. Contestualmente se la norma violata riguarda il comportamento dell'intermediario – venuto meno a quanto previsto dal T.u.f. e dai regolamenti Consob, a tutela dell'interesse degli investitori e dell'integrità dei mercati (art. 21 T.u.f. comma 1°) – appare alquanto opinabile prescindere, ai fini del risarcimento del danno, dall'accertamento, ai sensi dell'art. 1223 c.c., del nesso causale tra la condotta della parte e le conseguenze dannose provocate dall'inadempimento dell'obbligo su di lui gravante; se, infatti, si omette l'accertamento sul nesso di causalità e si riconosce il risarcimento del danno, ad

eventuale danno risarcibile subito dal cliente e del nesso di causalità tra detto danno e l'illegittimo comportamento imputabile all'intermediario, assumono rilievo le conseguenze del fatto che l'intermediario medesimo non si sia astenuto dal compiere un'operazione dalla quale, in quelle circostanze, avrebbe dovuto astenersi (sempre che, s'intende, risulti provato che nel caso in esame aveva l'obbligo di astenersene), non quelle derivanti dalle modalità con cui l'operazione è stata in concreto realizzata o avrebbe potuto esserlo ipoteticamente da altro intermediario».

(65) Al riguardo MAFFEIS, *Dopo le sezioni unite: l'intermediario che non si astiene restituisce al cliente il denaro investito*, in *Contratti*, 2008, p. 555, secondo il quale, però, il caso di specie integra una nullità per illiceità, in quanto «il divieto legale di compiere operazioni inadeguate o in conflitto di interessi manifesta la disapprovazione dell'ordinamento per le operazioni compiute in situazioni di pericolo (presenza di un interesse in conflitto; inadeguatezza), che, contrariamente a quanto statuito dalle Sezioni Unite, trova la sanzione appropriata nella nullità per illiceità, in omaggio all'esigenza di ordine pubblico di garantire l'integrità dei mercati contro la diffusione di operazioni pericolose (e molto probabilmente dannose)». A favore di una nullità ai sensi del comma 1° dell'art. 1418 c.c., invece, SANGIOVANNI, *Informazione sull'adeguatezza dell'operazione finanziaria e dovere di astenersi*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 1255. In questo senso in giurisprudenza, Trib. Ferrara, 28 gennaio 2010, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2051.php>.

esempio, anche nel caso in cui l'intermediario non abbia comunicato una situazione di conflitto di interessi di scarso rilievo – che non ha minimamente inciso sulla decisione di investimento del danneggiato e sulla sua conseguente decisione di investimento – il risarcimento potrebbe assumere anche una componente velatamente punitiva e sanzionatoria, in netto contrasto con la funzione normalmente riconosciuta allo stesso.

5. – La nullità virtuale del contratto, talvolta, è fatta derivare direttamente dalla violazione dell'art. 1337 c.c., il quale impone il canone della buona fede oltre che nelle trattative anche nella formazione del contratto. In tal modo, la violazione della buona fede – considerata norma imperativa – rende nulle le clausole che il contraente più forte impone al contraente più debole.

Tale ricostruzione – che pare porre in discussione il principio secondo cui la nullità virtuale non può derivare dall'inosservanza di norme di comportamento – si inserisce nella più ampia tendenza che – nell'ambito della categoria astratta della c.d. giustizia contrattuale ⁽⁶⁶⁾ – attribuisce rilevanza alla congruità dello scambio, ammettendo limitazioni della libertà contrattuale in presenza di un contratto «ingiusto» o di una singola pattuizione iniqua ⁽⁶⁷⁾. È noto, infatti, che nel corso degli ultimi decenni, si è accentuata la propensione a controlli sostanziali sul contenuto del contratto, per reagire ad elementi di «ingiustizia» o di «squilibrio», in controtendenza rispetto al principio tradizionale per cui – al di fuori di vizi della volontà o di stati di pericolo o di bisogno – l'accordo delle parti sarebbe l'unico arbitro della «giustizia» o dell'«equilibrio» del contratto ⁽⁶⁸⁾. A questo proposito,

⁽⁶⁶⁾ Al riguardo, ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 151; MESSINETTI, *Il falso problema normativo della giustizia contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 615; NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 411; PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel draft common frame of reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 669; PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Argomenti dir. lav.*, 2008, p. 705; ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 599; GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impr. Europa*, 2005, p. 509; PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *questa rivista*, 2005, p. 647; GNAGNI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 435.

⁽⁶⁷⁾ Al riguardo si vedano le riflessioni di PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, cit., p. 718.

⁽⁶⁸⁾ ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 873; ID., *Il contratto del duemila*, III ed., Torino, 2011, p. 75. Al riguardo, CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 379. Sull'incremento della legislazione privatistica volta a restringere l'autonomia privata, in modo da tutelare la concorrenza e da garantire la correttezza e la trasparenza delle operazioni commerciali, MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 1.

sono assai significativi gli interventi legislativi ⁽⁶⁹⁾ che, a partire dalla metà degli anni 90, hanno comportato un controllo sempre più incisivo sui contenuti del regolamento negoziale, quando esso sia stato concluso tra soggetti, con un diverso potere contrattuale.

Tali previsioni – il cui fine è di impedire che assumano effetti giuridicamente vincolanti quelle clausole che si rivelino il corollario di un esercizio abusivo dell'autonomia privata da parte del contraente più forte – confermerebbero l'ammissibilità di un controllo sulla «giustizia» del contratto ⁽⁷⁰⁾. In questa prospettiva, va interpretato anche l'impiego della buona fede precontrattuale, in funzione rimediale di negoziazioni in cui la lesione si atteggia *infra dimidium* ⁽⁷¹⁾; nello specifico, l'impiego dell'art. 1337 c.c. quale strumento di controllo della giustizia e della equità delle contrattazioni si è esteso oltre gli interventi del legislatore sopra ricordati ed oltre il rimedio del risarcimento del danno a favore del contraente debole, rimasto vittima di un comportamento scorretto.

Non solo, infatti, è stata abbandonata la presunta incompatibilità tra responsabilità precontrattuale e conclusione di un contratto valido ⁽⁷²⁾ e si è così riconosciuto al risarcimento del danno il ruolo di strumento per rendere corretta la conclusione di un contratto, durante la cui formazione vi è stato un comportamento contrario a buona fede ⁽⁷³⁾. Si è anche autorevolmen-

⁽⁶⁹⁾ Così la fattispecie delle clausole vessatorie previste dai contratti conclusi tra professionisti e consumatori (art. 33 ss. cod. cons.); altrettanto significativa è la disciplina sull'«abuso di dipendenza economica» di un contraente a danno del proprio «subfornitore» (art. 9 l. n. 192 del 1998) e la previsione della nullità del patto con cui il «subfornitore disponga a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale» (art. 6, comma 3°, l. 192 del 1998) oppure la disciplina degli accordi sulla data di pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento – nei contratti che abbiano ad oggetto transazioni commerciali – allorché tali patti siano gravemente iniqui (art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 203).

⁽⁷⁰⁾ D'ADDA, *La correzione del contratto abusivo*, cit., p. 363; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, cit., p. 137; ALBANESE, *Buona fede e invalidità del contratto*, in *dipartimenti.unicatt.it/scienze giuridiche_forense_100917_albanese.pdf*.

⁽⁷¹⁾ In questo senso espressamente, PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, cit., p. 230; al riguardo anche CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 419.

⁽⁷²⁾ Sul risarcimento del danno anche nell'ipotesi in cui il comportamento contrario a buona fede non sia tale da integrare il paradigma normativo di uno dei vizi del consenso, come disciplinati dal codice civile, di recente, le riflessioni di SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir-Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia del danno ed alternatività delle tutele di diritto civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 708. Offrono, invece, una lettura assai limitativa dell'art. 1337 c.c., tra le altre, Cass., 11 settembre 1989, n. 3922, in *Mass. Giur. it.*, 1989; Cass., 16 aprile 1994, n. 3621.

⁽⁷³⁾ Al riguardo, FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La*

te sostenuto che la violazione della buona fede nella formazione del contratto – oltre che fonte di responsabilità precontrattuale e così del diritto al risarcimento del danno – possa agire anche sul piano della validità del contratto; in particolare, il contraente che facendo valere la propria maggiore forza contrattuale imponga clausole tali da provocare un sensibile squilibrio tra le prestazioni contrattuali pone in essere una clausola nulla, imposta in violazione dell'art. 1337 c.c. e perciò affetta da nullità per violazione di norma imperativa, ai sensi degli artt. 1418 e 1419, comma 1°, c.c. (74).

Tale ricostruzione troverebbe riscontro nelle pronunce di legittimità che dichiarano nulla la clausola del contratto di *leasing* che fa gravare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna del bene oggetto di contratto (75); allo stesso modo, in ipotesi di contratto di mutuo finalizzato all'acquisto di un veicolo, si è ravvisata una nullità, per contrarietà a buona fede, della clausola di rinuncia del mutuatario ad opporre nei confronti del mutuante, l'eccezione di mancata consegna del veicolo (76). In tali precedenti, pertanto, il disvalore sembra riguardare non solo la condotta precontrattuale contraria a buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c., ma anche il contenuto stesso della clausola che nella sua formulazione originaria consente espressamente un determinato comportamento scorretto (77). In questo modo, la

Resp. civ., 2006, p. 295; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 18; di recente, CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 441. In giurisprudenza, Cass., sez. III, 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 89; in *Contratti*, 1999, p. 329, con nota di MUCIO; in *Danno e resp.*, 1999, p. 419, con nota di LAMBO; Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, cit.

(74) GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 568; ID., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *questa rivista*, 1997, p. 41; di recente anche ZORZI-GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., p. 937.

(75) In giurisprudenza, Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3385; Cass., 26 gennaio 2000, n. 854, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 146; Cass., 29 aprile 2004, n. 8218, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2745; Cass., 1 ottobre 2004, n. 19657, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, f. 10.

(76) Cass., 11 febbraio 2011, n. 3392, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 2, 228, la quale motiva in questo modo: « il giudice *a quo*, seppur con qualche ambiguità ed incertezza di esposizione ed argomentazione, valorizzando la consegna diretta della somma del mutuante al venditore e la clausola del contratto di mutuo per cui il contratto stesso si intendeva perfezionato con la messa a disposizione del venditore dell'importo finanziato, senza necessità di comunicazione scritta, ulteriore espressione di un rapporto diretto tra mutuante e venditore, ritiene, in sostanza, la clausola di rinuncia a far valere l'eccezione di mancata consegna dell'auto, intrinsecamente invalida, perché contraria a buona fede; non sussisterebbe infatti alcun interesse del mutuante al riguardo, stante la possibilità di ripetere la somma al venditore (cui il mutuante stesso l'aveva direttamente consegnata) se non quello di favorire il venditore stesso, che tratterebbe la somma, senza aver consegnato l'auto ».

(77) ALBANESE, *Buona fede e invalidità del contratto*, in dipartimenti.unicatt.it/scienze giuridiche_forense_100917_albanese.pdf.

buona fede – nell’invalidare un contratto od una sua clausola che presenti uno squilibrio per la parte debole a causa di una scorretta contrattazione – verrebbe ad operare sul piano del contenuto del contratto e non più soltanto su quello del comportamento delle parti.

La lettura dei precedenti sopra indicati, tuttavia, fa sorgere alcune considerazioni; in particolare, la motivazione del precedente relativo al contratto di *leasing* ⁽⁷⁸⁾ (poi richiamato negli arresti successivi) evidenzia una *ratio decidendi* basata non su di un contrasto tra la clausola pattizia ed il principio di buona fede. La nullità parziale, infatti, pare dettata da un vizio del contratto sotto il profilo causale, poiché un contratto di *leasing* privato della sua primaria funzione di godimento non avrebbe nell’ordinamento una valida giustificazione che la renda meritevole di tutela ⁽⁷⁹⁾. In tal modo, la mancanza di causa non invalida l’intero regolamento contrattuale ma solo quella parte di esso che impedisce un corretto funzionamento del sinallagma ⁽⁸⁰⁾. Al contempo, una tale motivazione ribadisce il ruolo del requisito della causa del contratto, quale strumento di controllo giudiziale sull’uso che i privati fanno della propria autonomia contrattuale ⁽⁸¹⁾. Su un piano di-

⁽⁷⁸⁾ Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, cit.

⁽⁷⁹⁾ Al riguardo, Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, cit., secondo la quale: « si deve in primo luogo considerare come in tal modo il contratto di leasing da contratto di scambio venga a risultare nella sostanza tramutato in contratto di credito: ciò perché il concedente è autorizzato ad un comportamento, che vale a soddisfare non già anche l’interesse dell’utilizzatore al godimento del bene, ma solo il suo interesse all’impiego del danaro, impiego la cui remunerazione resta comunque realizzabile attraverso l’esecuzione del contratto imposta all’utilizzatore. Va considerato, in secondo luogo, che, nel contratto di compravendita, la regola è che il pagamento debba avvenire al momento della consegna (art. 1498, comma 2°, c.c. e non prima, mentre la previsione di un pagamento posticipato non sarebbe in grado di incidere in modo sostanziale sulla posizione del fornitore, trovando questi nell’interesse del concedente all’impiego dei propri fondi una sicura garanzia di riscuotere il prezzo a consegna avvenuta. La circostanza che il rischio della mancata consegna possa essere evitato attraverso una diversa modalità di esecuzione delle prestazioni nell’ambito del contratto 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, dimostra che la clausola di inversione del rischio, applicata alla mancata consegna, non realizza interessi meritevoli di tutela e non è quindi in sé valida ».

⁽⁸⁰⁾ Lo sottolinea ALBANESE, *Buona fede e invalidità del contratto*, cit.

⁽⁸¹⁾ ALBANESE, *Buona fede e invalidità del contratto*, cit., il quale evidenzia come la nullità parziale trovi fondamento nella deficienza del contratto sotto il profilo della causa, in ragione della clausola secondo cui la prestazione è dovuta anche in caso di mancato ottenimento della prestazione corrispettiva. Sulla causa quale strumento di controllo giudiziario sull’esercizio dell’autonomia contrattuale delle parti, si segnalano le riflessioni di GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 145.

verso, invece, si pone il riferimento – contenuto nella sentenza – al dovere di esecuzione secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1375 c.c. ⁽⁸²⁾; in particolare, nella motivazione, si riscontra – non un contrasto diretto tra tale principio e la clausola in questione, con conseguente nullità della stessa ai sensi del comma 1° dell'art. 1418 c.c., bensì – una censura dell'impiego che un contraente farebbe di tale pattuizione, sotto il profilo dell'abuso del diritto.

A questo proposito, non va dimenticato che la buona fede nell'esecuzione del contratto, non solo fa nascere nuovi obblighi ma – in funzione di controllo sull'esercizio di pretese derivanti dal contratto – determina anche il venir meno di obblighi già esistenti. Per questa ragione, se si volesse leggere la vicenda in termini – non di vizio della causa (come effettuato dai giudici di legittimità) bensì – di violazione della buona fede nell'esecuzione del contratto, la conseguenza non sembra essere la nullità della clausola, ma l'inefficacia della stessa. In altre parole, il dovere di buona fede comporta che la parte non possa richiedere l'adempimento poiché la prestazione è inesigibile: la richiesta realizzerebbe nel caso di specie un abuso del diritto che esporrebbe l'autore all'*exceptio doli generalis* ⁽⁸³⁾.

Da tale precedente – la cui *ratio* sembra caratterizzare anche la vicenda relativa al contratto di mutuo, contenente la clausola di rinuncia del mutuuario ad opporre nei confronti del mutuante l'eccezione di mancata consegna del veicolo ⁽⁸⁴⁾ – appare dubbio che si possa trarre conferma circa l'esi-

⁽⁸²⁾ Al riguardo, Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, cit., secondo la quale «consentire che il concedente, concluso il contratto di fornitura, possa pagare il prezzo anche indipendentemente dalla consegna da parte del fornitore e poi ottenere dall'utilizzatore quanto questi sarebbe stato 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 (art. 1375 c.c.).

⁽⁸³⁾ Sulla buona fede come strumento per privare di efficacia alcune clausole, FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il codice civile commentario* già diretto da Schlesinger, Milano, 1999, *sub* art. 1375, p. 292.

⁽⁸⁴⁾ Anche la motivazione di Cass., 11 febbraio 2011, n. 3392, cit., sembra sottintendere non un contrasto tra il principio di buona fede – come norma imperativa – ed il contenuto della clausola, bensì un vizio causale; infatti, in un rapporto perfezionatosi con la messa a disposizione del venditore dell'importo finanziato, senza necessità di comunicazione al mutuuario, la clausola di rinuncia non realizzerebbe alcun interesse meritevole di tutela «stante la possibilità» del mutuante «di ripetere la somma la venditore (cui il mutuante l'aveva direttamente consegnata)»; in tal modo, l'unico interesse sarebbe solo «quello di favorire il venditore stesso, che tratterebbe la somma senza aver consegnato l'auto». La nullità parziale, pertanto, deriverebbe da una deficienza del contratto sotto il profilo casuale, in ragione di quella clausola che pertanto viene invalidata. Se invece si legge la vicenda in termini di violazione di buona fede, la conseguenza dovrebbe essere l'inefficacia della clausola anziché la nullità della stessa; infatti, la richiesta di adempimento del mutuante – stante la sottolineata possibilità

stenza di una ricostruzione giurisprudenziale favorevole ad ammettere che la violazione delle regole di buona fede, tanto nella fase delle trattative e della formazione del contratto, quanto nella fase di esecuzione del rapporto, possa determinare la nullità del contratto o di una singola clausola, ai sensi del comma 1° dell'art. 1418 c.c.

In altre parole, gli arresti sopra ricordati non sembrano in grado di poter smentire l'assunto secondo il quale la tutela del contraente vittima del comportamento scorretto della controparte non può essere rappresentata dalla c.d. nullità virtuale. Vero è, invece, che mentre la violazione della buona fede *in contrahendo* rileva sul piano del risarcimento del danno precontrattuale, la violazione della buona fede *in executivis* – traducendosi nell'inadempimento di obbligazioni contrattuali, che trovano fonte, *ex art.* 1374 c.c., nella legge – può legittimare sia una richiesta risarcitoria, sia, ove ne ricorrano i presupposti, la risoluzione per inadempimento. Al contempo, la clausola generale di buona fede – potendo far cessare obblighi già esistenti – può inficiare la validità di una clausola che se azionata realizzerebbe un abuso del diritto; tuttavia, il rimedio – come già sottolineato da tempo in dottrina⁽⁸⁵⁾ – viene ad operare – coerentemente con la collocazione dell'art. 1375 c.c. – sul piano dell'inefficacia e non su quello della nullità contrattuale.

6. – Particolarmente significativa – nell'ambito del dibattito sulla nullità virtuale e la violazione delle regole di buona fede – è l'ipotesi in cui un contratto realizzi un abuso di posizione dominante, in violazione dell'art. 3, della l. 10 ottobre 1990, n. 287. A differenza, infatti, di quanto previsto per le intese restrittive della libertà di concorrenza (comma 3°, art. 2 l. 10 ottobre 1990, n. 287), il legislatore nazionale ed ancor prima quello europeo⁽⁸⁶⁾,

di ripetere la somma dal venditore – realizzerebbe un abuso del diritto da parte del mutuante ai danni del mutuatario; di conseguenza, il primo non può avanzare una pretesa di adempimento verso il secondo, considerando che così facendo non farebbe altro che « favorire il venditore stesso, che tratterebbe la somma senza aver consegnato l'auto ».

⁽⁸⁵⁾ Al riguardo, le riflessioni di FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 292, sul caso del contratto di fideiussione omnibus rispetto al quale – prima della modifica legislativa e dell'introduzione del comma 2°, – si poneva il dubbio sulla validità di clausole contrattuali di deroga al comma 1° dell'art. 1956 c.c. (ora non più consentite); in argomento anche ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 82.

⁽⁸⁶⁾ Sulla mancata previsione nell'art. 82 Tratt. Ce del rimedio civilistico per il patto abusivo, si veda MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006, p. 53, la quale sottolinea che – mentre l'art. 81 Tratt. Ce è stato fortemente influenzato dal sistema francese che già prevedeva la nullità delle intese – l'art. 82 è stato influenzato dal sistema tedesco che non prevedendo un espresso divieto e rimettendo all'Autorità di Cartello quando intervenire, coerentemente non prevedeva una necessaria invalidità del patto.

nulla hanno disposto in merito alla validità od invalidità dei contratti conclusi in una situazione di abuso di posizione dominante.

Per questa ragione, secondo una ricostruzione assai diffusa, i contratti che realizzano un abuso di posizione dominante sarebbero nulli per violazione di norma imperativa, ai sensi del comma 1° dell'art. 1418 c.c. ⁽⁸⁷⁾.

In particolare, si tratterebbe nell'ipotesi di c.d. abuso di sfruttamento – consistente nel comportamento dell'impresa dominante, che fa uso della posizione di forza sul mercato nei confronti dei propri contraenti, al fine di ottenere prezzi o condizioni che non avrebbe potuto ottenere qualora ci fosse stata concorrenza ⁽⁸⁸⁾ – di una nullità di protezione, relativa e parziale, posta a tutela del contraente che ha subito l'abuso ⁽⁸⁹⁾; invece, i c.d. abusi « escludenti » – ossia quei comportamenti che, anziché danneggiare la controparte contrattuale, sono rivolti ad estromettere i concorrenti dal mercato o ad impedire loro di farvi ingresso o di aumentare le proprie quote di mercato, riducendone così la libertà di concorrenza soggettiva – sarebbero affetti da nullità assoluta, a tutela non della controparte, quanto dell'interesse generale alla concorrenza ed a protezione delle imprese escluse.

La soluzione della nullità in ogni caso non appare convincente in nessuna delle due ipotesi prese in considerazione. In particolare, in presenza di un c.d. abuso di sfruttamento, il divieto sanziona un contegno dell'impresa dominante e non il regolamento negoziale in sé considerato; così ad esempio, nell'ipotesi di imposizione, diretta od indiretta, da parte dell'impresa dominante di prezzi non equi, il divieto si dirige verso una certa strategia imprenditoriale, volta a sfruttare una rendita di posizione, senza alcun ritorno in termini di efficienza del mercato ⁽⁹⁰⁾. A contrastare con la norma

⁽⁸⁷⁾ Al riguardo, si segnala DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, p. 210 e la dottrina citata dallo stesso.

⁽⁸⁸⁾ Sulla distinzione tra « abusi di sfruttamento » ed « abusi escludenti », MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, cit., p. 56; MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001; PROSPERETTI, *Il danno antitrust*, in *Danno e resp.*, 2010, f. 11, Alleg. 1, 65; LUBRANO, *La nozione e le fattispecie di abuso di posizione dominante*, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 18.

⁽⁸⁹⁾ In generale, sulle c.d. nullità virtuali di protezione, PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, f. 11, 1040; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 145; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 90; D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., p. 732; PAS-SAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 173.

⁽⁹⁰⁾ LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237, secondo il quale la regola di divieto di prezzi iniqui dell'impresa dominante si spiega come regola di comportamento riguardante l'attività complessiva dell'impresa dominante e non come una clausola riguardante la formazione o il contenuto della clausola di

violata, pertanto, non è il regolamento contrattuale né il contenuto della clausola di prezzo ma il comportamento e l'attività complessiva dell'impresa dominante – riconducibile alla violazione della buona fede precontrattuale – che determina la conclusione del contratto, contenente un prezzo non equo ⁽⁹¹⁾. A conferma di questo, vi è la *ratio* della disciplina che non consiste nello stabilire se il prezzo sia corretto o se le condizioni contrattuali siano eque, bensì nel garantire che il regolamento contrattuale si formi nel rispetto delle regole del gioco della concorrenza, in un mercato competitivo ⁽⁹²⁾. La normativa *antitrust*, infatti, non intende vietare quel determinato corrispettivo come tale ma la sua determinazione anticoncorrenziale e più in generale l'alterazione inferta alla normale dinamica competitiva del mercato ⁽⁹³⁾; di conseguenza, il rimedio – rispetto agli abusi di sfruttamento – non può operare sul piano della nullità virtuale, in quanto non è la pattuizione contrattuale a porsi in contrasto con la norma imperativa ⁽⁹⁴⁾.

Diversa potrebbe essere l'ipotesi in cui la condotta dell'impresa dominante desse luogo ad un abuso di dipendenza economica o meglio ad un abuso di « dominanza economica » ⁽⁹⁵⁾, come prevista – per la disciplina della subfornitura – dall'art. 9, legge 18 giugno 1998, n. 192 ⁽⁹⁶⁾. In tale evenien-

prezzo, con la conseguenza che l'abuso di posizione dominante causa un obbligo di risarcimento ma non incide sulla validità del contratto.

⁽⁹¹⁾ Lo evidenzia anche TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi civilistici*, in *Persona e mercato*, 2010, p. 205.

⁽⁹²⁾ CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, p. 113; TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi civilistici*, cit., p. 205; LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, cit., p. 237.

⁽⁹³⁾ CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 124; MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, 169.

⁽⁹⁴⁾ A sostegno del rimedio risarcitorio vi sarebbe anche l'impossibilità di invocare una sostituzione automatica dei prezzi iniqui dell'impresa dominante ai sensi dell'art. 1339 c.c.; il meccanismo di sostituzione previsto da tale disposizione, infatti, può operare soltanto in caso di predeterminazione positiva della clausola sostitutiva, nel caso di specie assente, tenuto conto che la legge non detta i criteri per individuare la parte di prezzo non abusiva; al riguardo LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, cit., p. 237; MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, cit., p. 64.

⁽⁹⁵⁾ Correttamente NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 517, nota 57, evidenzia come ciò di cui si abusa è il potere economico. Sull'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192, nella logica delle disposizioni poste a tutela dell'imprenditore in posizione di debolezza, si segnalano, tra gli altri, le riflessioni di VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto* a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, p. 116; e di ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 1179.

⁽⁹⁶⁾ LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, cit., p. 237; DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 210.

za, infatti, il legislatore ha espressamente disposto – al comma 3° dell’art. 9 della l. 192/1998 – la nullità (testuale) dei patti attraverso i quali si realizza l’abuso e di tale norma, è spesso effettuata un’applicazione non limitata al mero rapporto di subfornitura, bensì estesa a tutti gli accordi verticali tra imprese, in cui si riscontri una situazione di dipendenza economica di una parte rispetto all’altra⁽⁹⁷⁾. Seguendo tale impostazione, pertanto, la nullità non sarebbe riconducibile al comma 1° dell’art. 1418 c.c., derivando invece dalla previsione espressa della nullità contenuta nel comma 3° dell’art. 9 della l. 192 del 1998, ritenuta applicabile anche in rapporti negoziali distinti dalla subfornitura, in cui ricorra una situazione di dipendenza economica di un imprenditore nei confronti della controparte.

Nell’ipotesi di abuso escludente, invece, dovrebbero essere svolte considerazioni analoghe a quelle che hanno portato a negare il rimedio della nullità nel caso di pratiche di sfruttamento. L’abuso escludente, infatti, si realizza normalmente attraverso la stipulazione di una pluralità di contratti che, nel loro insieme, producono l’effetto anticompetitivo⁽⁹⁸⁾; in tal modo, la norma imperativa non pare vietare il singolo regolamento negoziale, quanto il comportamento complessivo tenuto a monte dall’impresa dominante. Per questa ragione, non è appagante la ricostruzione di una nullità – per contrasto con i di-

⁽⁹⁷⁾ NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., p. 519, evidenzia come l’ambito di applicazione dell’art. 9 – alla luce della ratio della disposizione – riguardi quei contratti «verticali» – nei quali la dipendenza economica di un’impresa da un’altra, è tale per cui lo stesso svolgimento dell’attività imprenditoriale della prima discenda dall’instaurazione o dal mantenimento del rapporto contrattuale con l’impresa dominante e ciò per mancanza di alternative sul mercato o per altre cause. Per un’applicazione generalizzata dell’art. 9, non limitata al mero rapporto di subfornitura, ma rimessa ad una valutazione circa l’effettiva sussistenza di una situazione di squilibrio contrattuale da riscontrarsi in concreto, si segnala tra gli altri, ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1182; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 870; PERFETTI, *L’ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 137, il quale ravvisa in questa norma l’affermazione di un principio di ampia portata, idoneo ad incidere sulla disciplina del contratto in generale e secondo il quale la mera ingiustizia delle ragioni dello scambio, connesso ad un abuso, sarebbe di per sé idonea a determinare l’invalidità dell’accordo, a prescindere da ogni altra questione relativa all’integrità del consenso ed alla capacità d’agire dei contraenti. In giurisprudenza, considerano l’art. 9 l. n. 192 del 1998, come disposizione generale non limitata al solo rapporto di subfornitura, tra le altre Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in *Danno e resp.*, 2004, p. 424; Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 10, 2149; Trib. Torino, 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1471; Trib. Trieste, 21 settembre 2006, in *Resp. civ.*, 2008, p. 2109. In senso diverso, Trib. Roma, 17 marzo 2010, in *Foro it.*, 2001, p. 1, I, c. 255; Trib. Roma, 19 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2001, p. 1, I, c. 256; Trib. Roma, 24 settembre 2009, in *Foro it.*, 2011, p. 1, I, c. 256.

⁽⁹⁸⁾ Lo sottolinea MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, cit., p. 66.

vieti posti dall'art. 82 Tr. Ce e dall'art. 3 legge 287/1990 – al fine di tutelare non la controparte contrattuale dell'impresa dominante, ma i concorrenti danneggiati dall'abuso anti competitivo. Il rimedio civilistico, pertanto, dovrebbe essere non la nullità del contratto bensì il risarcimento del danno.

Significativo, ad esempio, è il caso dei «prezzi predatori», in cui ciascun contratto stipulato ad un prezzo sottocosto non è di per sé sufficiente ad escludere dal mercato i concorrenti dell'impresa dominante; quest'ultima conseguenza, infatti, si produce soltanto per effetto della reiterazione nella conclusione dei contratti contenenti clausole di prezzo eccessivamente ridotto⁽⁹⁹⁾. Ne deriva che la tutela dei concorrenti esclusi non può operare sul piano dell'invalidità di tutti i contratti stipulati ad un prezzo sottocosto – soluzione che si scontrerebbe anche con l'affidamento ingenerato nei contraenti beneficiari dei prezzi ridotti – ma deve rinvenirsi sul piano risarcitorio⁽¹⁰⁰⁾. Ad una conclusione differente si potrebbe arrivare solo nell'ipotesi in cui il singolo contratto fosse già di per sé idoneo a realizzare l'effetto di «esclusione» del concorrente⁽¹⁰¹⁾. In tal evenienza, si dovrebbe però verificare, caso per caso, se la nullità del contratto che realizza l'abuso sia riconducibile al comma 1° dell'art. 1418 c.c., in virtù di un contrasto tra il regolamento contrattuale e l'art. 3 l. 287 del 1990, oppure ad una illiceità della causa o dell'oggetto del contratto.

7. – Nel rapporto tra nullità virtuale e violazione del principio di buona fede, si segnala anche il caso dei contratti «a valle» di un'intesa restrittiva della concorrenza; in particolare, tale espressione si riferisce ai contratti conclusi da un partecipante all'intesa con soggetti estranei al cartello ed ai fini per cui è stato concluso. Nello specifico, si pone la questione se anche per tali accordi la conseguenza debba essere la nullità, tenuto conto che – lasciando impregiudicati i contratti attuativi dell'intesa illecita – potrebbe essere vanificata la stessa effettività della sanzione della nullità comminata all'intesa «a monte»⁽¹⁰²⁾. Il fine del divieto posto dall'art. 2 l. 287/1990, infatti, non è solo quello di colpire una certa condotta ma anche di eliminare, o per

⁽⁹⁹⁾ Pone il caso dei «prezzi predatori», TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi civilistici*, cit., p. 206. Sullo sfruttamento abusivo di una posizione dominante mediante prezzi predatori, Corte Giust. Ce, 2 aprile 2009, n. 202, in *Foro it.*, 2009, IV, c. 273; Tar Lazio, 24 gennaio 2003, n. 403, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1388; Garante concurr. mercato 17 aprile 2002, n. 10650, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1403; Corte Giust. Ce, 14 novembre 1996, in *Dir. industriale*, 1997, p. 673.

⁽¹⁰⁰⁾ TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi civilistici*, cit., p. 206.

⁽¹⁰¹⁾ Lo evidenzia MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, cit., p. 66.

⁽¹⁰²⁾ CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 94,

lo meno di impedire, gli effetti distorsivi che ad essa conseguono; in altre parole, il divieto di concludere intese restrittive della concorrenza implica anche quello di dare alle stesse esecuzione e quindi di svolgere attività negoziale conforme al contenuto dell'intesa restrittiva della concorrenza ⁽¹⁰³⁾.

Per questa ragione, si è sostenuto che la nullità testuale prevista «a monte» per l'intesa (*ex art. 2 l. 287/1990*) si trasmetterebbe anche ai contratti stipulati a valle, sia sotto forma di nullità per illiceità della causa ⁽¹⁰⁴⁾, sia per illiceità (parziale) dell'oggetto ⁽¹⁰⁵⁾. Al contempo, si è anche ipotizzata una nullità virtuale di protezione dei contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza; in particolare, si è posta la questione se tali contratti siano in contrasto diretto con la norma imperativa di cui all'art. 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (nonché con l'art. 81 Trattato Ce), che – ponendo il divieto di dar luogo ad intese restrittive aventi ad oggetto l'uniformazione delle condizioni contrattuali – fisserebbe il principio per cui ogni contratto deve essere il frutto di una libera pattuizione ⁽¹⁰⁶⁾. Di conseguenza, i singoli contratti – concretizzando le finalità illecite dell'intesa – sarebbero in oggettivo contrasto con la disposizione imperativa della l. n. 287 del 1990.

Pur nella diversità delle ricostruzioni, tali soluzioni – volte a sanzionare con la nullità il contratto a valle di un'intesa vietata – suscitano perples-

il quale rileva come nel contratto a valle si scorga lo snodo nevralgico su cui dover intervenire, nella misura in cui, una volta mancato l'obiettivo della sua neutralizzazione, gli effetti distorsivi propri della fattispecie antitrust entreranno in circolo nel sistema di mercato. Sul punto si sofferma anche MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, p. 158.

⁽¹⁰³⁾ Al riguardo, le riflessioni di GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 84.

⁽¹⁰⁴⁾ Trib. Roma, 25 maggio 2000, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 88; Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449. In dottrina, SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, p. 420. Sulla giurisprudenza contraria a ravvisare la nullità si veda MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, cit., p. 41, n. 16.

⁽¹⁰⁵⁾ In giurisprudenza, si veda anche Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, secondo la quale la nullità delle intese anticoncorrenziali non sarebbe una normale nullità negoziale, ma investirebbe anche i comportamenti di fatto, attuativi dell'intesa. Sulla nullità del contratto per illiceità dell'oggetto, nella parte relativa alla clausola di prezzo determinata dall'accordo di cartello, CASTRONOVO, *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 469; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 1168; ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2009, p. 258.

⁽¹⁰⁶⁾ Sulle diverse ricostruzioni, TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi civilistici*, cit., p. 207, nota 62; MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, cit., p. 170. Al riguardo, si veda anche la dottrina citata da GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 84, nota 27, nonché le successive osservazioni critiche dello stesso.

sità⁽¹⁰⁷⁾. In particolare, appare assai dubbio che la nullità possa rappresentare sempre il rimedio più adeguato rispetto alla pluralità delle possibili ricadute di un'intesa illecita; quest'ultima infatti può comportare conseguenze molto differenti tra loro⁽¹⁰⁸⁾ e pertanto il contenuto del contratto a valle non necessariamente si pone in contrasto con la normativa antitrust⁽¹⁰⁹⁾.

Si ponga, ad esempio, il caso dei contratti a valle di un'intesa volta a ripartire il mercato in diverse zone, ognuna riservata alla sfera di influenza esclusiva di taluno degli aderenti. In questa ipotesi, il giudizio di disvalore, formulato dall'ordinamento anche con riferimento alla violazione del divieto di dar corso all'intesa, non investe il contenuto del contratto concluso da ciascuna impresa nella zona di propria spettanza; il giudizio di disvalore è semmai collegato al fatto che ogni impresa si astiene dall'intervenire nell'ambito territoriale riservato alle altre⁽¹¹⁰⁾.

Allo stesso modo, il contratto «a valle» può essere privo di profili anti-concorrenziali, nonostante il prezzo od una determinata clausola siano stati determinati in un accordo di cartello «a monte», a cui è estranea una delle parti del contratto «a valle». Anche in questa ipotesi, infatti, il singolo contratto a valle non sembra di per sé violare la norma imperativa *antitrust*: l'apprezzamento negativo dell'ordinamento è rivolto non già al regolamento contrattuale del singolo contratto a valle ma alla ripetizione su vasta scala delle condotte negoziali riprodotte dei contenuti del cartello e prima ancora alla condotta materiale delle imprese aderenti al cartello, le quali nel rivolgersi al mercato si allineano nel proporre le medesime condizioni⁽¹¹¹⁾.

In altre parole, la legge vieta l'intesa e gli effetti distorsivi derivanti dall'alterazione del gioco concorrenziale e non, invece, la stipulazione di singoli contratti ad un determinato prezzo o con certe condizioni anche inique⁽¹¹²⁾; non è, infatti, il singolo negozio che determina l'effetto distorsivo del mercato

⁽¹⁰⁷⁾ In senso contrario, al rimedio della nullità anche NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., p. 520.

⁽¹⁰⁸⁾ Lo evidenzia, VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 765, il quale sottolinea come non sussista una risposta unitaria, dovendosi di volta in volta ricercare la soluzione più aderente al fatto da valutare. Sull'impossibilità di una soluzione unitaria anche MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, cit., p. 162.

⁽¹⁰⁹⁾ Esclude il rimedio della nullità anche Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Contratti*, 1996, II, p. 152, riguardante l'adozione da parte delle banche italiane delle Norme Bancarie Uniformi, qualificate come «pratica concordata». Su tale vicenda, si sofferma ampiamente D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 52.

⁽¹¹⁰⁾ Lo sottolinea GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 100.

⁽¹¹¹⁾ CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 105; GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 100; MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, cit., p. 45.

⁽¹¹²⁾ Sul punto ampiamente, MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina*

e che, conseguentemente, realizza quella situazione che la normativa tende a contrastare⁽¹¹³⁾. A questo proposito, è nota la vicenda delle polizze assicurative i cui premi erano stati condizionati a monte da un'intesa restrittiva della concorrenza⁽¹¹⁴⁾; nel caso di specie, la giurisprudenza di legittimità ha ravvisato nel risarcimento del danno il rimedio civilistico rispetto al comportamento anticoncorrenziale dell'impresa⁽¹¹⁵⁾. La soluzione appare convincente considerando che vietato non è il regolamento contrattuale – nonostante il terzo abbia corrisposto un prezzo viziato dall'intesa – bensì la condotta precontrattuale dell'impresa partecipante al cartello; tale condotta, infatti, ha costituito la premessa per la richiesta e l'ottenimento dell'impegno contrattuale del terzo di pagare un prezzo diverso da quello che vi sarebbe stato senza l'intesa vietata⁽¹¹⁶⁾; al contempo gli effetti distorsivi del mercato si sono realizzati, non con la sottoscrizione di un contratto ad un prezzo viziato, bensì con l'esecuzione su vasta scala dell'intesa vietata.

Ad una soluzione diversa – volta cioè a ravvisare la nullità dell'accordo – potrebbe giungersi, invece, allorché il contratto a valle svolgesse direttamente una funzione di concorso attivo nell'illecito concorrenziale, come nell'ipotesi di patti di boicottaggio o di discriminazione che ben possono trasmettersi a diversi livelli del mercato⁽¹¹⁷⁾. In tali casi, tuttavia, la nullità dovrebbe essere riconducibile non tanto al comma 1° dell'art. 1418 c.c., bensì ad una illiceità della causa o dell'oggetto del contratto « a valle », considerando che quest'ultimo diventerebbe strumento di attuazione dell'intesa vietata⁽¹¹⁸⁾.

delle intese anticoncorrenziali, cit., p. 169, la quale sottolinea come le norme a tutela della concorrenza vietano il comportamento a monte ma nel vietarlo non definiscono il giusto prezzo o il tipo di clausola da inserire nel contratto.

⁽¹¹³⁾ CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 105; GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 100. In questo senso anche VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto* a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, p. 126.

⁽¹¹⁴⁾ Su tale vicenda anche GENTILI, *Invalidità e regole di scambio*, in *Le invalidità in diritto privato*, Milano, 2011, p. 139.

⁽¹¹⁵⁾ Cass., 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2674; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Resp. civ.*, 2007, p. 160; Cass., 4 febbraio 2005, n. 2207; in *Resp. civ.*, 2005, p. 433; Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475.

⁽¹¹⁶⁾ LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 933. Sui contratti a valle ed il risarcimento del danno, MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, cit., p. 95.

⁽¹¹⁷⁾ MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, cit., p. 46; LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, cit., p. 933.

⁽¹¹⁸⁾ Lo evidenziano, LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, cit., p. 933; TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi civilistici*, cit., p. 207, nota 62.