

NULLITÀ E CONFORMAZIONE DEI CONTRATTI DI IMPRESA AD OPERA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

NULLITY AND CONFORMATION OF BUSINESS CONTRACTS BY AUTHORITIES

DOMENICO FAUCEGLIA

*Lawyer and PhD student in Private Law
University of Rome Tor Vergata*

Recibido: 12.04.2018 / Aceptado: 09.05.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4379>

Riassunto: Sin dall'avvento nel sistema istituzionale italiano delle c.d. Autorità indipendenti, alle quali è attribuito il potere di regolare settori sensibili del mercato (*domain sensibles*), si è posta l'attenzione sulla particolare interferenza tra regolazione del mercato e disciplina dei contratti. In particolare, le Autorità indipendenti godono di un potere re-golamentare abbastanza variegato: la legge attribuisce alle Authorities i poteri di definire i procedimenti di formazione e conclusione, nonché la forma e il contenuto minimo dei contratti. In relazione a questi ultimi poteri, si cercherà, con tale contributo, di esaminare le ipotesi di nullità negoziale derivanti dalla difformità dei contratti rispetto ai regolamenti delle Autorità Indipendenti, nonché le ipotesi di eteroregolamentazione dei contratti ad opera dei regolamenti delle Autorità Indipendenti.

Parole chiave: contratto, mercato, autorità indipendenti, nullità dei contratti, integrazione contrattuale, contratti d'impresa, contratti bancari, contratti finanziari.

Abstract: Since the inclusion in the Italian institutional system of the c.d. Independent authorities, which are given the power to regulate sensitive sectors of the market (*domain sensibles*), attention has been focused on the particular interference between market regulation and contract discipline. In particular, the Authorities have quite a varied regulatory power: the law gives the Authorities the power to define the starting and conclusion procedures, as well as the form and minimum content of the contracts. In relation to these last powers, we will try, with this contribution, to examine the hypothesis of negotiation nullity deriving from the non-conformity of the contracts with the regulations of the Independent Authorities, as well as the hypothesis of external regulation of the contracts by the regulations of Independent Authorities.

Keywords: contract, market, independent authorities, nullity of contracts, contractual integration, business contract, banking contracts, financial contracts.

Sommario: I. Inquadramento del problema nell'ottica delle relazioni tra contratto e mercato; II. L'avvento delle Autorità indipendenti e il fenomeno di regolazione nel sistema costituzionale; III. Difformità dei contratti ai regolamenti delle authorities: nullità ed eterointegrazione del contratto; IV. La sanzione di nullità ad opera dei regolamenti della Banca d'Italia; V. La nullità "in bianco" e il problema della nullità di protezione; VI. I diversi meccanismi di integrazione cogente del contratto. I differenti ambiti applicativi degli artt. 1419, II co., cod. civ. e 1339 cod. civ.

I. Inquadramento del problema nell'ottica delle relazioni tra contratto e mercato

1. Sin dagli anni Novanta¹ si è assistito, a seguito della privatizzazione di imprese pubbliche, ad una proliferazione delle c.d. Autorità indipendenti volte a realizzare politiche di liberalizzazione dei mercati sensibili. Il fenomeno di regolamentazione di tali mercati ha posto il problema della conformazione dei *contratti di impresa*², si tratta –in particolare– della c.d. amministrativizzazione dei contratti di impresa³ (c.d. *contratto amministrato*)⁴. A tal riguardo, occorre chiarire che la contrattazione d'impresa non avviene solo tra imprenditori (c.d. contratti bilateralmente di impresa), ma anche tra imprenditore e utente o consumatore (c.d. contratti unilateralmente di impresa) e, in quest'ultimo caso, nell'esaminare i rapporti contrattuali, ci si imbatte nella situazione di chi imprenditore non è, ma si trova vincolato ad un contratto d'impresa autoritativamente regolato. In questi termini, la questione della eteroregolamentazione autoritativa non riguarda solo l'autonomia contrattuale di impresa⁵, ma anche l'autonomia contrattuale di qualunque altro soggetto di diritto che si inserisce nel traffico mercantile dei settori sensibili regolati dalle Autorità indipendenti.

2. È in quest'ottica che il contratto svela come non mai la sua natura di operazione economica⁶ che non resta affatto insensibile ai meccanismi di regolamentazione del mercato⁷, anzi, risulta essere proprio lo strumento principale della regolazione delle Autorità indipendenti, perché è proprio il contratto ad essere l'unico strumento mediante il quale è possibile creare condizioni di concorrenza. La concorrenza è, infatti, la veste indossata da più iniziative economiche. Senza concorrenza non può esistere contratto, né risulta possibile decidere delle regole: solo all'interno di un mercato concorrenziale possono svolgersi corretti rapporti di scambio. La concorrenza è – in questi termini- “statuto normativo” dell'iniziativa privata e del mercato⁸. È chiaro, dunque, che la concorrenza è principio che protegge l'uguale libertà di iniziativa economica di ciascuno. Solo la condizione di assoluta eguaglianza tra i soggetti crea un mercato concorrenziale nel quale possono svolgersi corretti rapporti di scambio. Nel mercato la libertà economica è regolata dal principio di uguaglianza per tutti i soggetti che vi operano. Sicché è proprio nei contratti d'impresa che si avverte una diseguaglianza tra i contraenti.

¹ In Italia, ad eccezione per la Banca d'Italia, le Autorità indipendenti sono state costituite in netto ritardo rispetto agli altri ordinamenti delle democrazie occidentali. Così F. MERUSI, M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Mulino, Bologna 2003, 9.

² Sulla integrazione dei contratti di impresa: V. RICCIUTO, *L'integrazione dei contratti di impresa. Dilatazione o estinzione della fattispecie?*, *Riv. Dir. Impr.*, 2017, 2, 313; G. FAUCEGLIA, *L'integrazione dei contratti di impresa: profili generali ed introduttivi*, in *Giur. Comm.*, 2017,1, 55 ss.

³ Sui contratti delle imprese commerciali restano fondamentali i contributi di A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova 1962; ID., «*Contratti d'impresa*», in *Enc. giur.*, IX, Treccani, Roma, 1988. Sui contratti d'impresa in generale, cfr. C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, a cura di Libonati-Ferro Luzzi, Giuffrè, Milano, 1985, 183 ss.; F. GALGANO, *I contratti d'impresa. I titoli di credito. Il fallimento*, Zanichelli, Bologna, 1980; B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in Tratt. Galgano, Cedam, Padova, 1978, 309; G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, *Riv. Dir. Comm.*, 1995, I, 629 SS.; G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, *Riv. Dir. civ.*, Cedam, 1994, I, 107; nonché i lavori raccolti in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato* (Convegno di studio, Siena, 22-24 settembre 2004), a cura di Sirena, Giuffrè, Milano, 2006. Cfr., inoltre e in particolare, la approfondita riflessione di V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1995, I, 1; ID., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000; ID., *Presentazione del Trattato*, in Tratt. Buonocore, Torino, 2001; quale consuntivo di questa elaborazione, ID., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Esi, Napoli, 2006. Nell'ultima letteratura, va segnalato il saggio di P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, *Riv. Dir. Comm.*, 2006, II, 415 ss.; A. GENTILI, *Senso e Consenso*, vol. II, Giappichelli, Torino 2015, 628 e ss.

⁴ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Mulino, Bologna 2012, 160.

⁵ Sull'autonomia contrattuale d'impresa si veda G. ALPA, *Le autonomie contrattuali tra mercato e persona*, in *La vocazione del giurista*, V. Roppo e G. Alpa (a cura di), Laterza, Bari 2013, 204 e ss.

⁶ Sul concetto di contratto come operazione economica si veda E. GABRIELLI, «*Operazione economica*» e *teoria del contratto*. *Studi*, Giuffrè, Milano 2013, 159 e ss.

⁷ Scrive Oppo che “è il contratto che deve comporre domanda e offerta moralizzando il mercato”, (G. OPPO, *Contratto e mercato*, in *Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Cedam, Padova, 2005, 193).

⁸ N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in Lipari - Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Bari, 2000, *passim*. Sussiste un rapporto circolare tra il contratto, l'iniziativa economica e la concorrenza. L'autonomia contrattuale genera l'iniziativa economica e, quale potere di dettare le regole per se medesimo, non può esprimersi senza la possibilità di una scelta che consenta alla domanda e all'offerta di chiudersi in un accordo. Così A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, Regolazione del mercato*, in *Diritto Civile*, N. Lipari e P. Rescigno (diretto da) vol. III, *Obbligazioni*, t. 2, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano 2009 p. 55.

3. L'impresa – in quanto attività- è costituita da contratti, di conseguenza il mercato è costituito da contratti. L'imprenditore scambia (contratta) nel mercato ripetutamente, è – pertanto- inevitabile la semplificazione di tale operazione economica attraverso i c.d. *contratti standard*⁹. Proprio in relazione a questi ultimi tipi di contratti si avverte, oltre che il superamento di una dimensione bilaterale del fenomeno contrattuale (che prescinde dalla partecipazione di entrambi i contraenti), anche l'intimo rapporto tra i contratti e il sistema mercato. La predisposizione unilaterale del contenuto contrattuale ad opera dell'imprenditore permette a quest'ultimo di dare preminenza ai propri interessi e, in quanto aventi contenuto standardizzato, permette una unitaria e conforme regolazione dei rapporti che l'impresa ha non solo con l'utenza (o i consumatori), ma anche con altri imprenditori. È chiaro, dunque, che la conclusione seriale di contratti aventi il medesimo contenuto, permettono all'impresa di regolare la propria posizione all'interno del mercato e conformarlo a proprio gradimento. Con evidenti pericoli che, in assenza di regole, determinati imprenditori abusino della propria posizione a danno di altri, i quali si troveranno costretti ad uscire dal mercato di riferimento.

4. Ancora, con i contratti standard si attuano gli abusi dell'imprenditore (contraente forte) a danno dell'aderente (parte debole). Il pericolo di disegualianza tra i contraenti e l'esercizio di una libertà contrattuale impari non giova ad uno stato concorrenziale. Difatti, se da un lato, la concorrenza si ottiene con un eguale esercizio della libertà contrattuale, che si esplica in un confronto (accordo) che consuma l'autonomia negoziale delle parti; dall'altro lato, i contratti di impresa si concludono per moduli o formulari, espressivi dell'attività di *routine*¹⁰. Quest'ultima pratica di conclusione dei contratti ha comportato un progressivo allontanamento dagli schemi tradizionali dell'istituto del contratto che, attualmente si presenta «spogliato di molti dei suoi connotati di volontarietà e visto essenzialmente nella sua funzione oggettiva, nello scambio contrattuale, sindacabile alla stregua dei criteri di buona fede nella formazione, nell'interpretazione e nella esecuzione del contratto»¹¹. Sicché, mentre il liberalismo ottocentesco intendeva il contratto come incontro di volontà di soggetti liberi ed autonomi che, senza alcun vincolo di sorta, regolano un dato rapporto, l'età contemporanea, caratterizzata da mercati sempre più strutturati e sviluppati, consegna un contratto “seriale”, offerto alla massa dei consumatori, che permette all'impresa il compimento di operazioni sempre più simili tra loro. Tali tipi di contratto, hanno posto in profonda “crisi” il ruolo dell'autonomia negoziale dei privati. In particolare, tali contratti della vita commerciale ha indotto a convincersi che, lungi dall'essere espressione dell'esercizio di autonomia negoziale, essi fossero *scambi senza accordo*¹². Ebbene, al fine di recuperare la natura di atto di autonomia delle contrattazioni commerciali, si è considerato che l'autonomia si riduce ad un potere di scelta sull'*an* del contratto. A ben vedere, nella sua maggiore espansione l'autonomia negoziale comprende sia la libertà di concludere il contratto che quella di determinare il contenuto; ma, per autorevole dottrina, potrebbe continuarsi a parlare di autonomia dei privati anche nel caso in cui la libertà di decidere del contenuto contrattuale sia limitata. Ancora, non potrebbe concludersi nello stesso senso qualora a mancare dovesse essere la libertà di decidere del *se del contratto*¹³. Ma, nell'esercizio della libertà di scegliere il “se” del

⁹ Sono contratti in cui una delle parti non esercita pienamente la libertà negoziale, ma si presta esclusivamente ad aderire al programma negoziale unilateralmente predisposto dal proponente. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei Contratti in generale artt. 1321-1352*, in *Commentario del Codice Civile*, Scialoja Branca (a cura di), *sub art. 1341*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970, 242 ss.

¹⁰ Su questa complessa realtà fenomenologica è sempre attuale G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Mulino, Bologna 1988, 278 e ss. Tale pratica ha inaugurato l'era della *commercializzazione* del diritto privato, caratterizzata dal bisogno di assicurare l'uniformità di contenuto di tutti i rapporti di identica natura, la difficoltà che si oppone alle trattative coi clienti inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunciare all'affare (così Relazione Illustrativa al codice civile § 612).

¹¹ Così F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 926.

¹² Così N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.

¹³ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Id.*, *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Cedam, Padova, 1994, p. 281. Ancora, «i contratti di massa subiscono, per effetto della configurazione delle forze economiche della transazione, il massimo di compressione, ma essi conservano la possibilità di essere ‘scelti’. Essi non smettono di essere contratti» così V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in *Diritto dell'economia*, Picozza, Ricciuto (a cura di), Giappichelli, Torino 2017, 282.

contratto, sussiste serio pericolo che l'aderente possa vincolarsi a condizioni contrattuali particolarmente onerose in cui si perpetra l'abuso di autonomia negoziale da parte del predisponente¹⁴.

5. Il codice civile, pur essendo il primo in Europa a disciplinare il contratto con condizioni unilateralmente predisposte agli artt. 1341, 1342 e 1370 cod. civ., non risulta essere particolarmente efficace in relazione alla tutela apprestata all'aderente (*ex art. 1341, I e II co.*)¹⁵, la quale si presenta solo "formale", tale da non consentire al giudice di effettuare una valutazione sostanziale del rapporto negoziale, per cui rileva la debolezza del codice ad apprestare una tutela "sostanziale" all'aderente. Ancora, tale fenomeno di massificazione e spersonalizzazione del contratto ha indotto il legislatore a trovare strumenti di tutela dell'autonomia privata non nel negozio giuridico (del quale è stato dato giusto necrologio¹⁶), quanto nella disciplina del mercato¹⁷. Il contratto, dunque, rappresenta un "elemento ontologico del mercato e, al tempo stesso, concorre alla sua regolamentazione"¹⁸. A fronte di tale incapacità del codice civile di apprestare una tutela sostanziale all'aderente e della difficoltà di trovare una tutela dell'autonomia contrattuale nel contratto; si rileva, appunto, necessaria la regolazione autoritativa, che assume una rilevante importanza nell'ottica di una sostanziale tutela dell'aderente, che agisce quale operatore economico nei mercati sensibili. Si avverte così, che il contratto d'impresa si inserisce non solo nell'attività di impresa ma nel mercato ed è proprio nel mercato che le imprese e la loro "iniziativa" entrano in contatto con interessi della collettività e con l'utilità sociale. L'interesse dell'impresa deve relazionarsi al mercato, e in questo frangente deve rispettare gli equilibri normativi. Però, il mercato, da un lato, aggiunge potenza alle imprese di produzione e di distribuzione, dall'altro lato, sottrae potenza ai singoli fruitori (siano essi utenti, investitori, consumatori ecc.) e la *via* per riequilibrare il confronto tra imprese e fruitori deve essere ricercata al di fuori dell'economia. Questa via è tracciata dall'etica che si fa diritto¹⁹. In questo contesto si coglie l'intima funzione dell'*ordine giuridico del mercato*²⁰ che si struttura in una politica *antitrust* dove il mercato è luogo di interessi – anche se contrastanti- interagenti e le condotte anticoncorrenziali sono represses e sanzionate per tutelare una duplice esigenza: il gioco della concorrenza e gli interessi degli utenti o consumatori²¹.

7. L'agire prepotente dell'impresa all'interno del mercato al fine di ottenere maggiore dominio, ha posto – dunque- l'attenzione sugli interessi contrapposti e minacciati. Questi ultimi garantiti e tutelati dall'e-

¹⁴ In tale prospettiva, l'abuso di autonomia negoziale è strettamente connesso al fenomeno della vessatorietà delle clausole. G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, VI, 625 ss.

¹⁵ Più specificamente, l'art. 1341 c.c., disciplinante le condizioni generali di contratto e le clausole vessatorie, è stato considerato inadeguato a disciplinare rapporti negoziali iniqui caratterizzati da una fisiologica disparità di posizioni contrattuali. A ben vedere, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., è sufficiente una doppia sottoscrizione dell'aderente per attribuire incontrovertibilità e piena efficacia alla clausola vessatoria.

¹⁶ G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974, trad. It. Giuffrè, Milano, 1988.

¹⁷ Così N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss., in particolare 359. Nel tempo si è assistito al declino della concezione ottocentesca del negozio giuridico, si è assistito alla progressiva erosione della teoria volontaristica. Ebbene se in precedenza al centro dell'autonomia negoziale vi era il soggetto in rapporto con gli altri, ora è presente il consumatore in rapporto coi beni.

¹⁸ L'insegnamento circa il nesso sussistente tra contratto e mercato ci è dato da P. PERLINGIERI in *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso: Contratto e Mercato*, II, Giuffrè, Milano, 2013, 275 ss., Id., *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, 326 ss. Ancora, si veda anche G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Le anamorfosi del diritto civile attuale: saggi*, Cedam, Padova, 1994, 284 ss.

¹⁹ Così A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano 2008, VI ed., 8 e ss. come scrive, d'altronde Pietro Perlingieri: «la sfrenata libertà del mercato si traduce in lotta e conflitto, rischiando di affogare nell'acqua gelida del calcolo egoistico i santi fremiti dell'esaltazione religiosa ed etica, di relegare la dignità personale a semplice valore di scambio esponendo i soggetti deboli, sopraffatti o sfruttati, alla marginalità. In tal modo il mercato si configura come uno strumento di indebolimento delle relazioni sociali che condice gli uomini ad una mercantilizzazione ed al conflitto continuo che non può trovare una riduzione o una mediazione nella politica senza restringere le libertà economiche», si spera di aver fatto sintesi del pensiero dell'autorevole giurista, per un approfondimento si veda P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Diritto dei contratti tra persona e mercato*, P. Perlingieri, Esi, Napoli 2003, 240 e ss.

²⁰ Locuzione di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998 *passim*.

²¹ Che la concorrenza sia una forma di competizione, relativa non solo agli imprenditori ma tutti gli operatori del mercato, idonea a recare beneficio agli "acquirenti finali", è intuizione di Cesare Vivante. Vd. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Vallardi, Milano 1929, 64. Sempre attuale resta T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1954, 673 e ss.

tica che ispira il diritto positivo. Sono dunque maggiormente meritevoli di tutela i diritti degli altri contraenti (considerati “deboli”) – siano essi imprese o utenti- che vengono garantiti, sostanzialmente, da regole della concorrenza. Ed è proprio in questo contesto che si avverte una particolare fluidità tra contratto e mercato, il contratto di impresa non è più quello oggettivamente o soggettivamente tale, il contratto di impresa ha perso la sua valenza dommatica nel momento in cui è stato considerato nel suo operare all’interno del mercato, «contratto e mercato interferiscono e si influenzano a vicenda. È difficile stabilire, sul piano logico, giuridico ed economico, una priorità o una prevalenza. Il mercato – lungi dal sostituire il contratto- è fatto di contratti, i contratti nascono dal e nel mercato. Non si possono disciplinare gli uni indipendentemente dall’altro e viceversa; gli interessi che presiedono ai primi dagli interessi che fondano l’ordine del mercato»²².

8. Il mercato non è solo luogo di scambi ma anche luogo di produzione e lavoro che non può essere insensibile all’esigenza di socialità e solidarietà sia nei rapporti tra imprese, sia nei rapporti imprese-utenti. In quest’ottica, il mercato non è *locus naturalis*, ma *locus artificialis*. Non è spontaneo affermarsi del movimento economico, ma statuto normativo posto al centro di progetti pubblici e politici di enorme ambizione, come testimoniato anche dall’avvento delle Autorità indipendenti che - nel regolare il mercato - *conformano* gli atti dello stesso (i contratti), ma non solo. Non è solo il contratto ad essere costantemente funzionalizzato ad un ulteriore interesse, diverso da quello dell’impresa, ma è l’attività dell’imprenditore - caratterizzata da qualsiasi atto giuridico o materiale - ad essere costantemente *omologata* ai precetti autoritativi. Difatti, anche nella fase antecedente della conclusione del contratto, i singoli imprenditori debbono tenere condotte trasparenti e corrette nella prestazione dei servizi offerti; si veda, a proposito, il Regolamento Consob del 15 febbraio 2018 n. 20307 (meglio conosciuto come “*Regolamento Intermediari*”). Rileva, dunque, la finalità di queste Autorità: quella di creare le condizioni di concorrenza in settori sensibili della nostra economia (bancario, finanziario, assicurativo, energetico ecc.), in cui sussiste pur sempre un timore sui pericoli dovuti all’abuso contrattuale e le insidie perpetrate a danno degli utenti da parte di imprese che, seppure prestino beni ed erogino servizi di pubblica utilità, siano state oggetto di privatizzazione. Ciò ha determinato, nel panorama economico-giuridico, l’avvento dello Stato regolatore. L’attività dello Stato, di prevenzione dei fallimenti del mercato e garanzia della concorrenza, è funzionale alla massimizzazione del benessere economico collettivo e alla realizzazione di uno stato di eguaglianza sociale²³. Difatti, la regolamentazione delle Autorità indipendenti si poggia sul presupposto che solo uno stato di equilibrio tra i contraenti e un eguale esercizio della libertà contrattuale possa creare uno stato di concorrenza all’interno del mercato. In pratica, lo Stato regolatore (che non è più solo il legislatore, ma anche le autorità indipendenti) è chiamato a regolare determinati mercati affinché si conservi o si raggiunga una situazione di concorrenza.

9. Ma la concorrenza, come si è detto, è parità dei contraenti nell’esercizio della libertà contrattuale. Sicché, sovente, la regolazione autoritativa è volta a smentire il principio di parità (eguaglianza) formale degli operatori, al fine di attuare un altro tipo di eguaglianza: l’eguaglianza sostanziale. La eguaglianza sostanziale viene attuata, in questi casi di pericolo di abuso dell’impresa, attraverso la disparità giuridica, cioè attribuendo posizioni giuridiche privilegiate a soggetti che sostanzialmente sono più deboli²⁴. Si rammenta così quella dottrina comparatistica²⁵ che avvertiva nella libertà contrattuale un’*utopia*, un modello immaginario in quanto essa ha per base l’eguaglianza economico-sociale tra le parti; il che potrebbe avvenire solo nei rapporti tra grandi imprese che si *fronteggiano ad armi pari*. E, in questo senso, l’originario disequilibrio delle posizioni tra i contraenti, non può che essere appianato dalle regole della concorrenza²⁶. In questo contesto e con la innovata consapevolezza del *modo* con cui

²² G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 46 e ss.

²³ L’attività dello Stato regolatore (il cui avvento si inserisce nel contesto di una particolare partecipazione al mercato unico europeo e delle esigenze di tutela della concorrenza e del mercato) è caratterizzata da una delicatissima funzione: selezionare, tra le possibili scelte imprenditoriali, quelle capaci di garantire un equilibrio di mercato ed una efficienza produttiva.

²⁴ P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Jovene, Napoli, 1973, 240.

²⁵ K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione del diritto comparato*, Giuffrè, Milano 1998, *passim*.

²⁶ Così C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, trad. it. a cura di G. De Cristofaro, Cedam, Padova 2003, *passim*.

garantire la concorrenza nei mercati, si inserisce il diritto speciale (anche i provvedimenti delle *Authorities*) funzionale a ritagliare un contratto modellato sulla posizione sociale delle parti o sull'appartenenza dei soggetti interessati ad una determinata classe economico sociale che rende percepibile una politica legislativa di ritorno allo *status*.

10. In questi termini, si avverte che solo ed esclusivamente l'autonomia contrattuale dell'impresa privatizzata è soggetta a regolamentazione dell'Autorità indipendente. È in questo contesto - di prassi contrattuale eccessivamente standardizzata e particolarmente insidiosa per l'utente, nonché per la rilevante importanza del bene o servizio offerto dalle imprese regolate - che si apprezza l'opera delle Autorità indipendenti. Pur essendo la funzione di tali Autorità quella di dettare regole ordinatrici volte a prevenire, nonché reprimere, comportamenti inefficienti degli operatori economici, tali regole alimentano - di riflesso- quella vocazione efficientistica del contratto di distribuire equamente la ricchezza e i rischi di mercato e solo in questo contesto il contratto, in quanto scambio, è perfetto. Sicché, in questi termini, la regolazione mira a correggere il funzionamento del mercato, il che non è possibile farlo ignorando il contraente "debole" che riceverà -pur sempre- una indiretta tutela dalla regolazione autoritativa dei mercati. Ai fini della concorrenza, infatti, è inevitabile non apprestare la tutela ad una classe di contraenti, perché - si ricorda- che solo l'eguale esplicazione della libertà contrattuale degli operatori economici può garantire uno stato di concorrenza ²⁷.

11. La regolazione dei mercati se, da un lato, è volta a soddisfare esigenze di ordine pubblico di direzione, dall'altro, soddisfa anche esigenze di ordine pubblico economico di protezione²⁸. In particolare, se è vero che le Autorità indipendenti - attraverso la regolazione dei mercati - rispondono ad esigenze non nuove di garanzia dei diritti e dei soggetti economicamente più deboli (utenti e consumatori)²⁹, è altrettanto vero che ha assunto primaria importanza la concorrenza dei mercati. L'intervento indiretto dello Stato volto a prevenire i fallimenti del mercato e a garantire la concorrenza, è funzionale alla massimizzazione del benessere economico collettivo e alla realizzazione di uno stato di eguaglianza sociale³⁰. Solo la parità degli operatori economici (garantita dal buon funzionamento del mercato in regime di perfetta concorrenza e dalla parità di forza contrattuale tra imprese e consumatori) può attribuire al contratto quella vocazione efficientistica in grado di distribuire equamente la ricchezza e i rischi di mercato. Solo in questo contesto il contratto è perfetto e completo. In questi termini si pongono i due obiettivi delle Autorità indipendenti: *giustizia* e *efficienza* dei rapporti economici (nel nostro caso contrattuali). Dove l'efficienza economica è risultato della giustizia contrattuale. Un rapporto ingiusto è sostanzialmente inefficiente, mentre un rapporto giusto dà affidamento sulla regola da applicare e agevola le contrattazioni. Qui occorre però una precisazione. Un conto è la giustizia all'interno del rapporto,

²⁷ In quest'ottica, nonché in relazione al difficile esplicitarsi dell'autonomia privata della persona all'interno del mercato, assume importante funzione la regolazione autoritativa, chiamata - nel contesto delle operazioni economiche- a collocare equamente il rischio contrattuale con finalità di salvaguardare gli interessi dei soggetti e preservare il mercato.

²⁸ È da notare che nell'ordinamento francese, là dove si è coniata l'espressione di ordine pubblico di protezione, cui si riconducono discipline dirette a tutelare interessi di rango individuale mentre l'interesse generale è perseguito dalle discipline di ordine pubblico di direzione, la contrarietà all'ordine pubblico di protezione è sanzionata con la *nullité relative*, a grandi linee corrispondente alla nostra annullabilità. Per lo studio della materia avevo fatto principale riferimento a M. CUMY, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Paris, 2002, 248 ss. Ci si può interrogare se la distinzione tra *ordre public de direction* la cui violazione porta alla *nullité absolue* e *ordre public de protection* la cui violazione procura una *nullité relative* sia messa in crisi dalle pronunce della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia UE 4 ottobre 2007) che assegnano il visto ruolo di assoluto ed indispensabile rilievo alla posizione del giudice che deve intervenire d'ufficio a tutelare la posizione del consumatore e quindi sottolineano l'interesse anche generale della disciplina, accanto a quello di protezione del consumatore.

²⁹ Cfr. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 50. Lo stato regolatore, nel selezionare - tra le possibili scelte imprenditoriali- quelle capaci di garantire un equilibrio del mercato ed una efficienza produttiva, ha inaugurato una nuova *stagione del contratto* d'impresa, stimolata non solo da esigenze socio-giuridiche (come la concorrenza e la tutela dei soggetti più deboli), ma anche dal successo di una particolare teoria economica, c.d. *teoria dei costi di transazione*, di Ronald Harry Coase.

³⁰ L'attività dello Stato regolatore (il cui avvento si inserisce nel contesto di una particolare partecipazione al mercato unico europeo e delle esigenze di tutela della concorrenza e del mercato) è caratterizzata da una delicatissima funzione: selezionare, tra le possibili scelte imprenditoriali, quelle capaci di garantire un equilibrio di mercato ed una efficienza produttiva.

riguardante l'equilibrio giuridico-normativo del rapporto contrattuale. Altro, invece, è la giustizia del contratto intesa dal punto di vista della comunità, la quale intende il contratto non come un affare privato concluso tra persone che decidono indifferentemente rispetto ai valori sociali, ma come un'operazione che deve tutelare le categorie deboli: vengono in emersione i diritti fondamentali e gli scopi sociali. Non dunque soltanto la concorrenza, ma anche la tutela della persona, della salute, dell'ambiente e così via³¹. Questa giustizia è la *giustizia sociale* che risponde ad una politica del diritto non individualistica ed egoistica, ma per l'appunto collettiva e comunitaria³². In questi termini rileva, appunto, la *funzionalizzazione sociale* dell'autonomia privata e dell'attività economica privata. Si assiste, soprattutto nel mercato regolato, ad una funzionalizzazione del contratto e questa è la prospettiva che "sembra da assumere se si vuole ancora dare un senso all'autonomia privata in presenza di fenomeni come quello dell'intervento dello Stato negli affari economici"³³.

12. In conclusione, si è visto come i contratti amministrati seguono una disciplina del tutto diversa da quella generale, prevista dal codice civile. Le due diverse discipline allarmano su una crescente crisi del codice civile che sembra essere emarginato a fronte dell'erompere di una disciplina di ispirazione europea. Si distingue così, *prima facie*, una disciplina di ordinamento mercantile, dove ruolo principale è assunto dal contratto i cui valori sono efficienza, eguaglianza sostanziale, giustizia contrattuale e giustizia del contratto, che rende sempre più anacronistico il concetto di contratto quale negozio giuridico, relegato ad un semplice rapporto giuridico, avulso dalla sua portata economica. Si ribadisce: il contratto è la principale manifestazione dell'autonomia privata. Si è di fronte ad un ordinamento fondato sul mercato³⁴. E la concorrenza svolge il ruolo di proteggere l'uguale libertà di iniziativa economica di ciascuno e (al contempo) giova alla prosperità collettiva. Al fine di creare un mercato in cui vi sia libera concorrenza, inevitabilmente, l'autonomia negoziale soffrirà di alcune limitazioni volte a garantire eguaglianza tra le diverse libertà contrattuali esercitate. La necessaria limitazione della libertà contrattuale in nome di una eguaglianza tra le individuali libertà economiche e di una, più generale, giustizia sociale risulta posta a fondamento di principi di ordine pubblico economico non solo di protezione ma anche di direzione. In questo contesto, le norme statali dirigono (con forza imperativa) gli esiti e le dinamiche del mercato nonché sanzionano le distorsioni dei rapporti concorrenziali. Le norme dettate dallo Stato- regolatore presuppongono norme superiori che le fondano, unite tutte dal limite dell'utilità sociale determinata dal patto sociale (*Grundnorm*) che si pone al vertice di una gerarchia di valori dell'ordinamento giuridico³⁵.

II. L' avvento delle Autorità Indipendenti e il fenomeno di regolazione nel sistema costituzionale

13. In ritardo rispetto agli altri ordinamenti, si è assistito ad una proliferazione di alcuni enti comunemente chiamati "autorità amministrative indipendenti", il loro avvento è legato ad una rinuncia

³¹ Così G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie e metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo, Milano 2014, p. 417

³² Così G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie e metodi*, Giuffrè, Milano 2014, p. 417- 418. Per cui, stando alla tesi degli Illuministi e dei codici ottocenteschi, non è la giustizia sociale a richiedere la buona fede nelle contrattazioni. Il generico dovere di buona fede assolve ad un compito all'interno del contratto, e obbedisce alle dinamiche della singola operazione economica. L'ordine pubblico, il buon costume, riflettono – invece- una giustizia collettiva, così come le norme imperative che il legislatore pone per arginare la libertà delle parti che vorrebbe espandersi al di là dei valori tutelati dalla collettività.

³³ Così F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano 1970, 189.

³⁴ A. DI MAJO, *L'accordo*, in *Lezioni sul contratto*, raccolte da Orestano, Giappichelli, Torino, 2009, 1

³⁵ Secondo autorevole dottrina, il mercato è un luogo, anche solo figurativamente inteso, in cui si realizzano scambi organizzati: è dunque un *locus artificialis* che non potrebbe esistere senza un nucleo di regole che in qualche modo lo conformino. Il mercato sarebbe *locus artificialis* e non *naturalis* perché <<fatto con l'arte del legiferare>>. Prevarrebbe dunque l'aspetto giuridico della regolamentazione su quello socioeconomico dell'aggregazione spontanea e della necessità di commerciare. Sembra tuttavia che sia più rispondente alla realtà ritenere che entrambi gli aspetti possano e debbano convivere. Così N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 185, il mercato è il luogo degli scambi in cui ogni parte dà in quanto e perché riceve.

dello Stato ad un intervento dirigista all'interno del mercato³⁶ e ad una difficoltà da parte dello stesso a risolvere in modo puntuale e corretto particolari conflitti che si presentavano all'interno di settori sensibili dell'economia, la cui risoluzione e prevenzione richiedeva non solo una particolare competenza tecnico-specialistica, ma anche una posizione di neutralità e di terzietà rispetto agli interessi in gioco e al potere politico³⁷. I poteri attribuiti a tali enti devono essere ricondotti ad una più generale funzione di garanzia e promozione della concorrenza e della libertà di iniziativa economica al fine di rendere efficiente e razionalizzare il mercato. Il carattere comune di tali autorità di settore si rintraccia nell'indipendenza delle stesse, da intendersi come totale insensibilità ed estraneità al circuito politico-amministrativo³⁸. Lo spiccato carattere di autonomia ed indipendenza di tali autorità costituisce la legittimità delle stesse a svolgere particolari funzioni «giustiziali», funzioni consultive e di collaborazione con organi rappresentativi, funzioni di vigilanza e garanzia, nonché funzioni di regolamentazione in determinati settori del mercato.

14. Di particolare interesse appare la funzione di regolamentazione dei *domain sensibles* del mercato, in base alla quale è possibile delineare una distinzione tra Autorità di garanzia destinate alla repressione degli illeciti concorrenziali e le Autorità di regolazione del settore economico e merceologico. Le prime operano al solo fine di reprimere le pratiche distorsive della concorrenza, mentre le seconde (Autorità di settore) disciplinano le condotte dei soggetti del mercato attribuite allo loro competenza. È autorità destinata alla mera prevenzione, repressione di illeciti concorrenziale, ad esempio, l'Autorità Garante del Mercato (AGCM istituita con Legge n. 287 del 1990) alla quale sono affidati poteri di natura tecnico-discrezionale. Sono generalmente Autorità di regolazione la Consob, l'Ivass, l'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico³⁹. È discussa la natura di Autorità di regolazione della Banca d'Italia. L'attribuzione di una potestà regolamentare a tali Autorità di settore rientra nel più diffuso fenomeno di *deregulation*. Le Autorità di regolazione pongono le norme contenenti precetti volti a dar assetto agli interessi dei soggetti regolati, attraverso il regolamento amministrativo⁴⁰. Ma, diversamente dai regolamenti delle Autorità, i tradizionali regolamenti

³⁶ In quegli anni si è registrata una forte ed inarrestabile ondata di privatizzazione delle imprese e di liberalizzazione dei mercati, esso ha rappresentato il principale terreno di elezione dell'intervento pubblico nell'economia alla regolazione del mercato, e vede ora concretizzato nelle funzioni delle Autorità indipendenti il perseguimento del fine ultimo di instaurazione della concorrenza, di eliminazione delle storture e degli abusi connaturati ai regimi di monopolio, nonché di riequilibrio delle asimmetrie che caratterizzano le posizioni dei contraenti. Sul virtuoso nesso tra privatizzazione e liberalizzazione si veda N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, p. 155. Mentre in tema di liberalizzazioni e regolazione, con prospettive diverse, anche comparatistiche, G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Mulino, Bologna 2005.

³⁷ Sulle ragioni politiche dell'avvento di tali enti si veda F. MERUSI, *Introduzione*, in *Le Autorità indipendenti. Un potere senza partito*, F. Merusi e M. Passaro, Mulino, Bologna 2003, 7 e ss. Sulle ragioni di economia, R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Giappichelli, Torino 2012, 6 e ss.; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1988, 551.

³⁸ Alla luce della totale indipendenza dal circuito politico-amministrativo e delle eterogenee funzioni a loro affidate; nonostante le varie incertezze circa la collocabilità delle stesse all'interno del tradizionale sistema amministrativo, occorre evidenziare che tali enti - pur essendo totalmente innovativi e sconosciuti alla Carta Costituzionale del 1948, in quanto non assoggettati al potere di direzione e di responsabilità del Governo sull'azione amministrativa di cui all'art. 95 Cost.- sembrano essere riconosciuti e previsti alla luce del combinato disposto agli artt. 97 e 98 Cost. che delineano degli apparati autonomi di amministrazione estranei al circuito politico e regolati dalla legge. L'introduzione di tali enti neutrali [così definiti da A. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di A. Segni*, Giuffrè, Milano 1967, 241] è giustificata dall'esigenza «di sottrarre all'influenza del potere esecutivo la regolamentazione di specifici settori, per affidarla ad enti caratterizzati dall'imparzialità rispetto ai contendenti e ai diversi interessi dei quali quest'ultimi siano portatori. E proprio per consentire alle autorità amministrative indipendenti di poter svolgere efficacemente il ruolo *super partes* loro assegnato, le stesse non devono trovarsi collocate in un rapporto di tipo gerarchico nei confronti dell'esecutivo e, più in generale, del potere politico. Ed infatti la stessa espressione "amministrazione indipendente" ha trovato rapida diffusione ed è utilizzata soprattutto per indicare la non dipendenza da direttive politiche delle amministrazioni indipendenti, l'alto tasso di imparzialità che caratterizza tali organi e la neutralizzazione o neutralità tecnica e politica della funzione da essi svolta» così R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Giappichelli, Torino 2012, 18.

³⁹ Sull'argomento si veda D. FERRARA, *Il potere regolamentare delle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 21-27; D. CROCCO, *Le autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati*, Jovene, Napoli 2012, 82 e ss.

⁴⁰ Occorre, a tal proposito, effettuare una - seppur breve- distinzione tra atti amministrativi ed atti normativi. Gli atti della Autorità rispondono a requisiti di generalità ed astrattezza, in virtù dei quali essi sono destinati a regolare in astratto, per il futuro, una serie indefinita di fattispecie [così A. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Cedam, Padova 1957, p. 454]. Diversamente dagli atti amministrativi che, pur

della Pubblica Amministrazione sono, invece, diretti a regolare i rapporti amministrativi, ossia i rapporti tra amministrazione ed amministrato. A ben vedere, sono le stesse leggi istitutive delle singole autorità indipendenti ad attribuire a queste ultime il potere di disciplinare il settore devoluto alla loro competenza. La potestà regolamentare delle Autorità di settore non è del tutto libera, ma risulta vincolata all'attuazione dei principi dettati dalle leggi istitutive di queste. Dunque, è la legge che individua gli obiettivi, assegnando il compito di perseguirli. Mentre in passato la regolazione dei particolari settori erano oggetto di disciplina legislativa, ora il legislatore affida il potere regolamentare alle Autorità di settore mediante il trasferimento di funzioni normative, dando vita al fenomeno della deregolamentazione⁴¹.

15. La potestà regolamentare affidata alle Autorità dalla legge non è volta alla gestione di un interesse pubblico perché resta indifferente a quest'ultimo, bensì risulta essere rivolta al miglior contenimento di interessi (pubblici e privati) che risultano coinvolti nel settore. A tal proposito, occorre rilevare che l'interesse pubblico tutelato delle Autorità Indipendenti, assume una forma e posizione del tutto nuova che si discosta da quella dell'essere superiore rispetto agli interessi privati, sviluppandosi una nuova conformazione di interesse pubblico inteso come «sintesi ed attuazione equilibrata dei valori delle persone consociate», ossia come interesse da soddisfare « affinché altri interessi individuali siano a loro volta soddisfatti »⁴², l'azione delle Autorità è volta a controbilanciare, dunque, interessi diversi e tra loro confliggenti. La regolazione autoritativa muove dalla considerazione di un coacervo di interessi diversi e (persino) confliggenti tra loro, fra i quali tende a garantire un concreto bilanciamento. In questi termini, nello specifico, si individua la funzione regolativa dell'Autorità dell'Energia Elettrica e del Gas che risulta essere funzionale alla promozione della libera concorrenza nel mercato, della qualità, dell'efficienza, dell'economicità, della redditività e della omogenea diffusione dei servizi e, contestualmente, alla tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori (cfr. art. 1, co. 1, L. 14 novembre 1995 n. 481)⁴³. Gli interventi regolatori sono funzionali alla correzione di relazioni commerciali nei settori sensibili della nostra economia: non si tratta solo di debolezza contrattuale che colpisce gli utenti-consumatori, ma anche di difficoltà di ingresso e “sopravvivenza” in settori precedentemente monopolistici, ciò richiede sostan-

potendo rivolgersi ad una pluralità di destinatari (peraltro esattamente determinati in base al contenuto dell'atto), esauriscono i propri effetti una volta portati ad esecuzione, le deliberazioni esaminate risultano potenzialmente applicabili ad una pluralità di destinatari e, come tali, sono destinate a trovare ripetuta applicazione. Cfr. anche: F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma 2001, 4; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo* in A.A. V.V., Giuffrè, Milano, 1997, 88.

⁴¹ La deregolamentazione è fenomeno totalmente diverso dalla delegificazione. La delegificazione attiene ai regolamenti emanati dal governo in forza di una legge di autorizzazione disponente l'abrogazione della previgente normativa primaria e approvati con decreto del Presidente della Repubblica, una volta acquisito il parere del Consiglio di Stato. A ben vedere, nessuna legge istitutiva delle singole Autorità integra la fattispecie tipica della delegificazione (17 L.400/1988); in tali casi viene invece in rilevanza il fenomeno della deregolamentazione, perché lo Stato, rinunciando a disciplinare una materia con norme autoritative, consenta l'espansione – di converso – dell'autonomia privata. Pertanto, il trasferimento della potestà normativa effettuato dalla legge a vantaggio delle Autorità indipendenti non integra un trasferimento del potere legislativo (o, comunque, primario). Un simile effetto sarebbe possibile, infatti, solo in forza di un' apposita previsione costituzionale, posto che la materia delle fonti primarie, al contrario di quelle secondarie, è riservata al legislatore costituzionale. L'ammissibilità costituzionale di una delega del potere normativo primario è preclusa dall'art. 70 Cost. e da tutte le disposizioni, parimenti costituzionali, che prevedono la delega della potestà normativa primaria solo a favore del governo. La Costituzione, dunque, non solo individua l'unico soggetto abilitato a ricevere la delega di potere legislativo ma soprattutto contiene una «riserva di legislazione parlamentare per la determinazione non solo degli elementi esterni che, cioè limitano la competenza del legislatore delegato ma anche di principi e di criteri direttivi che riguardano il merito della disciplina delegata» così A. CERVATI, *Legge delega e delegata*, *Enc. Dir.*, vol. XXIII p. 393 e ss.

⁴² Così P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1986, pp. 933 e ss. Preziosa è la ricostruzione dell'A. che richiama l'insegnamento di Kelsen per cui «ogni norma giuridica serve sempre all'interesse collettivo e a quello individuale allo stesso tempo; perché l'interesse collettivo non è un interesse diverso dall'individuale» [H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925 p. 56], sicché occorre rielaborare il concetto di interesse pubblico, che non può considerarsi come antagonista dell'interesse privato.

⁴³ La competenza tecnica e l'imparzialità di tali Autorità permette l'esercizio di un potere funzionale alla promozione e tutela della concorrenza, qualità ed economicità dei servizi, nonché tutela di utenti e consumatori al fine di una migliore realizzazione di una sostanziale eguaglianza tra soggetti ed equilibrio dei rapporti. Cfr. M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza*, in De Tilla, Alpa, Patti (a cura di), *Diritto dell'Economia*, Giuffrè, Milano 2002, p. 878; per un'analisi sulla regolazione di settore, in particolare sotto il profilo della tutela del consumatore L. FLORE, *La tutela del consumatore nel contratto di fornitura di pubblico servizio*, in *Studium iuris*, 2001, p. 545 e ss.

zialmente l'imposizione di regole di mercato (anche attraverso l'eteroregolamentazione dei contratti) al fine di ricreare un sostanziale equilibrio dei rapporti e un regime concorrenziale dei mercati interessati⁴⁴.

16. Si è osservato che la crisi della statualità del diritto ha indotto al superamento dell'idea dello Stato come unica ed esclusiva fonte di atti aventi forza di legge sul territorio, ponendosi il sistema normativo vigente non più come prodotto esclusivo delle fonti formali di matrice statale, ma come risultato di una duplice fonte normativa che impegnava non solo quelle statali, ma anche quelle di fonte comunitaria o internazionale⁴⁵. Ancora, per quanto attiene ai regolamenti delle Autorità indipendenti si è giunti a parlare di fonti *extra ordinem*, riconoscendo alle stesse fonti autoritative una forza pari a quella della legge⁴⁶ e rinvenendo il relativo fondamento legittimante nel *principio di sussidiarietà* di cui all'art. 118 Cost. Il mutato sistema delle fonti del diritto e le innovative interpretazioni dell'assetto costituzionale, hanno indotto ad ascrivere gli atti di regolamentazione delle Autorità tra le fonti *extra ordinem*⁴⁷. Sicché i regolamenti (pur non previsti tra le fonti che generano il "diritto teorico"), di fatto risultano operanti, spiegando una forza pari a quella legislativa dello Stato⁴⁸.

17. Ascritti gli atti di regolamentazione dei mercati emessi dalle Autorità Indipendenti alla teoria delle fonti *extra ordinem*, si ritiene di individuare il fondamento della potestà normativa di tali Autorità nel principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. (inserito nel panorama costituzionale a seguito della riforma del Titolo V attuata con L. Cost. n. 3/2001)⁴⁹. L'attuazione del principio di sussidiarietà permette

⁴⁴ Così L. Di BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Esi, Napoli 2008, pp. 20-21.

⁴⁵ In dottrina si è cercato di risolvere la questione della compatibilità della potestà normativa delle A.A.I. attraverso il richiamo alla fonte comunitaria. La legittimazione delle Autorità sarebbe giustificata dal nuovo modello del mercato concorrenziale dell'U.E.: l'adesione all'Unione avrebbe comportato (attraverso lo strumento predisposto dall'art. 11 Cost.) l'affermazione di un modello di intervento dirigitico nell'economia affidato a tali Autorità. Sicché in nome dell'effettiva concorrenzialità si spiegherebbe l'istituzione di tali autorità a sovrintendere e regolare il mercato. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Mulino, Bologna, pp. 29 e ss.; G. GITTI, P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Mulino, Bologna 2006, pp. 16-17; G. GITTI, *Autorità indipendenti contrattazione collettiva, singoli contratti*, in Id. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit. p. 91.

⁴⁶ Alcuni autori giungono ad affermare che gli atti normativi delle autorità indipendenti possano essere inquadrati nell'ambito delle norme discendenti da fonti *extra ordinem* ed operanti con una forza pari a quella della legge, laddove non si porrebbe come un ostacolo né la circostanza che le fonti autoritative trovino previsione in una fonte legale (le leggi istitutive attributive della potestà normativa), né il fatto che le stesse producano un complesso sistema di regole sulla produzione giuridica. L. Di BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Esi, Napoli 2008, pp. 95-96.

⁴⁷ Si delinea in tal modo la distinzione tra fonti legali e fonti *extra ordinem*, che talvolta si insinuano tra diritto teorico e diritto vivente, laddove le prime sono regolate e disciplinate da norme sulla produzione giuridica, mentre le seconde – non previste da disposizioni – rappresenterebbero un prodotto immediato del principio di effettività, il quale verrebbe a funzionare direttamente come una norma sulla produzione giuridica, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma 2001, 155 e ss.

⁴⁸ La possibilità di annoverare le fonti autoritative fra quelle *extra ordinem* non sembra preclusa né dalla circostanza che esse trovino previsione in una fonte legale – ossia nelle leggi istitutive – né tantomeno dal fatto che, a loro volta, producano un complesso sistema di regole. Dal primo punto di vista, attesa l'inesistenza di regole procedurali generalmente valide rispetto a questa categoria di fonti, non può escludersi che il relativo procedimento di formazione passi attraverso la mediazione di una fonte legale e, quanto al secondo profilo, egualmente, non può astrattamente escludersi l'eventualità che da una fonte *extra ordinem* venga prodotto addirittura tutto un complesso di norme sulla produzione giuridica tali da istituire o regolare una o più nuove fonti o anche un intero sistema di fonti. Così A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma 2001, 543. La dottrina Costituzionalistica (Pizzorusso, *op. ult. cit.*, 154) che, distinguendo fra diritto teorico (coincidente con la fase di predisposizione delle regole volte a disciplinare le fattispecie ritenute degne dal legislatore) e diritto vivente (risultante dalla fase dell'applicazione delle regole alle fattispecie che concretamente si presentano), osserva una discrasia tra teoria e realtà: in teoria, dovrebbe esistere una piena corrispondenza tra i due momenti; nella realtà, sussistono delle difformità. La difformità tra diritto teorico e diritto vivente assume un particolare rilievo nei casi in cui (non avendo carattere occasionale e manifestandosi con una certa costanza su tutta una serie di casi rispetto ai quali si pone in dubbio il fondamento giuridico della norma) non riguarda la sola applicazione della regola, bensì la stessa fonte da cui trae origine nell'ambito del diritto teorico "che viene totalmente o parzialmente sostituita da un'altra fonte produttiva della regola o delle regole applicate nell'ambito del diritto vivente".

⁴⁹ L. Di Bona, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Esi, Napoli 2008, pp. 106 e ss.

una scelta “qualitativa” tra diverse fonti legittimate –in via teorica- a regolare determinati settori: la preferenza cade sull’organo tecnico che risulta essere più idoneo a regolare determinati fenomeni. Sicché, la sussidiarietà costituisce lo strumento atto a scegliere l’organo deputato a regolare un dato settore, individuato in virtù di fattori determinanti: vicinanza agli interessi, conoscenza e particolare attenzione al settore, capacità di individuare agevolmente gli strumenti atti a garantire l’efficacia e l’efficienza del proprio intervento. La particolare applicazione del principio di sussidiarietà induce, quindi, ad una scelta qualitativa: l’attribuzione del potere di *market regulation* cade sul centro di potere, in particolare sull’ Autorità indipendente di settore, in base al riconoscimento delle qualità di tale organismo e non in base alla posizione che esso occupa nell’apparato statale⁵⁰. Quanto detto, vale a giustificare la veste di legittimità costituzionale al potere di regolamentazione delle Autorità indipendenti: il principio di sussidiarietà, che giustificherebbe una “parità di armi” tra atti normativi delle Autorità e legge formale, attribuendo il potere di regolare i settori di riferimento a quello concretamente più esperto tra due organismi idonei, si decreta l’inefficacia della regole poste dal legislatore (oramai spogliato del potere di legiferare), ciò comportando una incapacità dello stesso a regolare settori ad esso riservati⁵¹.

III. Difformità dei contratti ai regolamenti delle *authorities*: nullità ed integrazione del contratto

18. Il potere regolatorio delle Autorità indipendenti si presenta variegato. Infatti, la legge attribuisce alle *Authorities* i poteri di definire i procedimenti di formazione e conclusione dei contratti; nonché la forma e il contenuto minimo che devono presentare tali contratti⁵². Per questi ultimi poteri sorge, però,

⁵⁰ In tali caratteri si rinviene la differenza tanto con il principio di gerarchia, quanto con quello di competenza, si veda P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. Perlingieri e Casucci (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli 2004, pp. 145 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell’energia elettrica e del gas*, Esi, Napoli 2008, p. 106.

⁵¹ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell’energia elettrica e del gas*, Esi, Napoli 2008, pp. 109-110. L’A. dopo aver ricostruito nei termini descritti il carattere primario degli atti normativi delle amministrazioni indipendenti, evidenzia l’inaccettabilità della attuale situazione in cui la regolazione autoritativa viene a trovarsi in merito all’impossibilità di un sindacato di costituzionalità su di essa, ritenendo urgente una specifica revisione costituzionale dell’art. 134, 1° comma, Cost. che porti all’estensione del controllo di costituzionalità (ora limitato alle sole leggi e atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni) a qualsiasi atto normativo, indipendentemente dal centro di potere dal quale promani e dalla specifica procedura di formazione dello stesso; tale conclusione, che è dall’A. ritenuta comunque già sostenibile in via interpretativa, renderebbe la norma costituzionale in questione più aderente allo stesso ordinamento nella sua attuale complessità. A favore della sottoposizione dei regolamenti delle *authorities* ad un sindacato diretto di legittimità costituzionale si schierano anche G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 302 e ss.; P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Esi, Napoli, 2010, p. 230, il quale fonda la propria posizione sulla portata sostanzialmente legislativa dei provvedimenti autoritativi; M. Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Esi, Napoli 2012, pp. 88 e Ss. Sull’argomento si vedano; inoltre, le diverse opinioni espresse da R. MANFRELOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 228 e ss.

⁵² A tal riguardo, occorre sottolineare – seppur brevemente- la nota distinzione tra regole di condotta e regole di validità [distinzione che secondo Polidori che appare assumere contorni sempre più incerti S. POLIDORI, *Regole dei rapporti e regole del mercato: fra disomogeneità del quadro normativo e responsabilità dell’interprete*, in *Mercato ed etica*, a cura di D’Addino Serravalle, Esi, Napoli 2009, 359 ss.]. Ebbene, le regole di condotta riguardano tutte quelle disposizioni che impongono specifici obblighi di comportamento in capo alle parti contraenti, al fine di assicurare la correttezza delle negoziazioni; mentre, le regole di validità attengono all’insieme delle prescrizioni riguardanti la struttura, la forma o il contenuto del futuro atto negoziale, tali da condizionare la validità dell’atto medesimo.[sul punto si veda G. D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti: Problemi e prospettive*, Di Marzio (a cura di), Giuffrè, Milano 2011, 51 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 599 ss.]. A ben vedere, però, col presente contributo, si sceglie di esaminare esclusivamente i casi in cui vengano stipulati contratti in difformità ai requisiti oggettivi o soggettivi richiesti dalle norme cc.dd. *attizie* (o regole di validità) deliberate dalle autorità indipendenti, riservando prevalente attenzione ai patti che vengano predisposti in modo difforme dai contenuti minimi prescritti. Si è, invece, preferito non entrare nella disamina delle questioni relative alle regole di condotta. Al riguardo, però, si registra ancora un contrasto sia in dottrina che in giurisprudenza basti sapere che non è ancora sopito il dibattito che vede la giurisprudenza e la dottrina fronteggiarsi su posizioni antitetiche. Sicché, da un lato, si sostiene che l’inottemperanza alle norme di comportamento generi semplice responsabilità risarcitoria; dall’altro, si ravvisa un’ipotesi di invalidità del contratto, evocando la figura della nullità per inosservanza di norme imperative [si veda per tutti F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova 2008, 510 ss.]. Tale contrasto ha trovato origine da una importante pronuncia delle Sezioni Unite della S.C.

il problema di delineare gli specifici rimedi contrattuali in caso di difformità del contratto al paradigma legale individuato e specificato dal regolatore. Tra i diversi rimedi occorre rilevare il ruolo svolto dalla nullità contrattuale nel caso di inosservanza delle prescrizioni autoritative dettate dalla Consob e dalla Banca d'Italia in tema di forma dei contratti di intermediazione finanziaria (art. 23, co. I, T.U.F.) e bancari (art. 117, co. II e III, T.U.B.). Qualora la normativa regolamentare varata dal soggetto pubblico di regolazione è volta a determinare imperativamente la regola contenutistica da inserire nel regolamento contrattuale, trova attivazione il diverso meccanismo integrativo-sostitutivo, di cui al II co. dell'art. 1419 cod. civ., che assicura la conservazione del contratto posto in essere attraverso un adeguamento del regolamento contrattuale (di fonte volontaria) alle prescrizioni dell'Autorità indipendente (fonte eteronoma).

19. Ulteriore meccanismo, però, avente funzione "correttiva" è l'eterointegrazione definita all'art. 1339 cod. civ., che dispone l'automatica inserzione di clausole o prezzi di legge in sostituzione di quelle difformi apposte dalle parti e disapprovate dall'ordinamento. A ben vedere, l'art. 1339 cod. civ. trova attivazione ogni qualvolta i privati si siano accordati, in modo difforme ai regolamenti autoritativi di un determinato mercato, ciò può avvenire in caso di accordo di un piano tariffario non congruente, di un più breve termine di preavviso del diritto di recesso o di più scarsi livelli qualitativi del servizio o per condizioni più onerose o, comunque, diverse dai contenuti tipici autoritativamente predeterminati (a tal proposito il riferimento è ai contratti di fornitura di energia elettrica e gas, contratti bancari, finanziari o assicurativi). Ma l'art. 1339 cod. civ. non è l'unico meccanismo di integrazione cogente previsto dal legislatore, occorre richiamare l'art. 1374 cod. civ. che, nel delineare la gerarchia delle fonti del contratto, pone al vertice la legge. A bene vedere, a differenza dell'art. 1339 cod. civ., l'art. 1374 cod. civ. trova operatività ogniqualvolta non si renda necessaria (ovvero non sia praticabile) una sostituzione, ma una integrazione pura e semplice del testo contrattuale ritenuto carente. Alla luce di ciò, infatti, tradizionalmente si distinguono due forme di integrazione: integrazione suppletiva ed integrazione cogente. Si ritiene che, mentre l'integrazione suppletiva completa il manufatto contrattuale attraverso il diritto dispositivo, il fenomeno dell'integrazione cogente trova attivazione in presenza di norme imperative, ossia di norme aventi funzione "conformativa"⁵³.

(Cass., sez. un., 19.12.2007, nn. 26724 e 26725) con specifico riferimento alla violazione dei doveri di informazione e di corretta esecuzione delle operazioni a carico dell'intermediario finanziario, ai sensi del d. legis. n. 58/1998 (t.u.f.). Qui, la Suprema Corte inquadra le prescrizioni in oggetto fra le regole di comportamento e, per l'effetto, riconosce che la loro inosservanza può essere sanzionata soltanto accordando all'investitore il rimedio risarcitorio, ammettendo eccezionalmente venga a determinarsi l'invalidità contrattuale nei soli casi espressamente previsti dalla legge. Più precisamente, afferma: «*Le suddette violazioni, se realizzate nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto, danno luogo a responsabilità precontrattuale con conseguente obbligo di risarcimento del danno; se riguardano, invece, le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto, danno luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento (o inesatto adempimento), con la conseguente possibilità di risoluzione del contratto stesso, oltre agli obblighi risarcitori secondo i principi generali in tema di inadempimento contrattuale*». In relazione alle Autorità indipendenti, si veda M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Esi, Napoli 2012, pp. 163 e ss. A ben vedere, l'attività di eteroregolamentazione può spingersi oltre, fino ad imporre il compimento di negozi giuridici (riguarda il fenomeno del c.d. contratto imposto), addirittura formano – attraverso l'obbligo di contrarre- contratti che le parti non avrebbero spontaneamente stipulato, come accade nel settore delle telecomunicazioni, ad esempio, nella interconnessione e nel c.d. *roaming*. Ma le prescrizioni possono anche avere un contenuto negativo, giungendo a vietare le negoziazioni, tale divieto è rinvenibile nell'art. 39 del regolamento Consob n. 16190 del 2007, il quale – dopo che gli intermediari ricevono dai clienti, che intendano accedere a servizi di investimento o gestione del portafoglio, i c.d. test di adeguatezza- istituisce un preciso obbligo di astensione dal presentare i menzionati servizi laddove le predette informazioni siano state rifiutate o omesse (per tutti si veda F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano 2010 p. 50 e ss.).

⁵³ V. ROPPO, *Il contratto in Trattato di diritto privato* Iudica e Zatti, Milano 2001, pp. 500. In tema di integrazione del contratto, si distinguono tradizionalmente l'integrazione suppletiva e l'integrazione cogente. La prima (ex art. 1374 c.c.) si realizza attraverso il diritto dispositivo/suppletivo; invece il meccanismo della integrazione cogente trova attivazione con riguardo a norme imperative, ed in particolare le norme aventi funzione conformativa. L'integrazione cogente è connessa ad una norma imperativa conformativa che può realizzarsi nei modi di cui agli artt. 1339 e 1419 cod. civ. La norma conformativa pone l'attenzione sul fenomeno della "conformazione" del contratto, indica il fenomeno in cui si realizzi l'inserimento nel regolamento contrattuale della regola legale cogente, volta a correggere il manufatto contrattuale e a soddisfare la più generale esigenza di conservazione del contratto, nonostante la difformità o la nullità di singole clausole contrattuali, ciò può avvenire senza alcuna integrazione (operazione volta a colmare le lacune contrattuali ex art. 1374 c.c.), ma con una correzione (ex artt. 1339 e 1419, II co., c.c.).

20. Secondo l'impostazione classica, l'integrazione cogente può realizzarsi solo attraverso le norme imperative, si tratterebbe (arg. ex artt. 1339 e 1419, II co. cod. civ.) di integrazione "correttiva", in quanto integra il contratto, secondo un sistema di mera chirurgia negoziale, con regole che sostituiscono pattuizioni convenzionali difformi, come tali dichiarate nulle⁵⁴.

Si badi però, che la sanzione di nullità e i vari meccanismi di integrazione del contratto operano, anche in questa ipotesi, solo in presenza di una norma primaria che abiliti l'attività di regolamentazione (secondaria) a sanzionare il negozio o a intervenire, in via cogente o suppletiva, nel contenuto contrattuale⁵⁵. Occorre, insomma, che il potere regolamentare delle Autorità indipendenti sia supportato da una adeguata base legislativa, non limitata alla mera previsione del potere, ma consistente nella specifica indicazione dell'oggetto, degli scopi e degli interessi da curare⁵⁶.

21. In conclusione, occorre rilevare che la giurisprudenza amministrativa nega l'ammissibilità di «poteri impliciti» delle Autorità⁵⁷. Più specificamente, il principio di legalità dell'azione amministrativa, deducibile sul piano interno dall'art. 97 Cost., impedisce di ammettere la configurabilità di poteri impliciti a tali Autorità, di poteri cioè non attribuiti espressamente da alcuna norma ma derivanti direttamente dall'esigenza di garantire il soddisfacimento degli obiettivi posti alle amministrazioni stesse in sede legislativa. La conclusione non muta neppure nel caso in cui gli obiettivi in questione siano stati fissati dalla normativa europea, dal momento che il dovere di ciascuna istituzione statale di contribuire all'attuazione concreta dei principi e delle norme poste dal diritto comunitario non può prevalere sull'esigenza, di rango primario, operante nel diverso campo del principio di legalità e tipicità dei provvedimenti amministrativi, che non può che essere inteso in senso restrittivo quando la P.A. agisca, compri-mendole, nel campo delle facoltà riconosciute ai privati anche dalla previsione di cui all'art. 41 Cost.

IV. La sanzione di nullità contrattuale ad opera dei regolamenti emanati della Banca d'Italia

22. Prima di procedere all'analisi della più grave forma di invalidità del contratto conseguente al giudizio comparativo tra negozi e disposizioni dettate dalle Autorità indipendenti, occorre fare cenno – seppur brevemente – alla più antica Autorità indipendente italiana⁵⁸: la Banca d'Italia. L'analisi di tale Autorità e dei poteri ad essa affidati dal D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (recante «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», da ora TUB), è essenziale al fine dello studio delle nullità.

23. Nel quadro istituzionale italiano, la Banca d'Italia assume particolare importanza, non solo per essere stata la prima Autorità indipendente ma anche per le delicate funzioni che tale ente svolge. La

⁵⁴ In considerazione di ciò, l'integrazione cogente impone la sola norma imperativa: l'unica a non poter essere derogata da una diversa volontà delle parti; non è prospettabile, invece, una imposizione di una norma dispositiva in vista di una diversa volontà delle parti. Infatti, tradizionalmente il diritto dispositivo è sempre stato considerato un «diritto derogabile dall'autonomia privata», sicché non sarebbe configurabile la possibilità di sostituire la volontà delle parti con una norma dispositiva, di per sé derogabile dall'autonomia negoziale dei privati [G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo in Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, di Pagliantini, D'Amico, Giappichelli, Torino 2015, p. 39.]. Si è appena precisato, però, che il diritto dispositivo, in un'ottica evolutiva, ha assunto il ruolo di collocare equamente il rischio contrattuale con finalità di salvaguardare gli interessi dei soggetti e preservare il mercato. Pertanto, se da un lato può essere derogato dalle parti, dall'altro lato non può essere derogato unilateralmente dal solo predisponente per conseguire un vantaggio a scapito dell'aderente, la conseguenza di tale deroga è la nullità di protezione.

⁵⁵ Il richiamo alla «legge» di cui agli artt. 1339 e 1374 cod. civ. va inteso in senso sostanziale che ricomprende sia i provvedimenti muniti della veste di autentici atti legislativi sia regolamenti e finanche atti amministrativi. A bene vedere, l'intervento eterointegrativo – costituendo significativa restrizione alla libertà economica consacrata dall'art. 41 Cost. – deve trovare fondamento e legittimazione in una norma di rango primario volta a delineare gli aspetti essenziali dell'intervento eteronomo e a circoscrivere l'attività discrezionale dell'amministrazione. Così M Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione*, Esi, Napoli 2012, 184 e ss.

⁵⁶ Così V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in D'Alberti e Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Mulino, Bologna 2010, 78.

⁵⁷ Si veda a riguardo T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331, in Foro Amm. – Tar, 2002, p. 1898 e ss., con nota di Bassi.

⁵⁸ M. VALIGNANI, *Manuale di diritto della banca*, Cedam, Padova, 2006, p. 9 ss.

Banca d'Italia gode di poteri normativi in grado di limitare, in modo più o meno incidente, l'autonomia negoziale nell'ottica del perseguimento di una maggiore stabilità degli istituti di credito, della trasparenza dei contratti, della parità di trattamento della clientela e della correttezza della contrattazione. Le finalità dell'azione di vigilanza bancaria si identificano con la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, con la stabilità complessiva, con l'efficienza e la competitività del sistema finanziario, nonché con l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia (art. 5, co. I, T.U.B.)⁵⁹. Ancora - ai sensi dell'art. 127, co. I, T.U.B. - la Banca d'Italia è tenuta a perseguire la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza delle relazioni con la clientela. Di particolare importanza appare l'art. 53 T.U.B. che attribuisce alla Banca d'Italia funzioni di «vigilanza regolamentare»⁶⁰ consentendo di esercitare il potere di regolare l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, le partecipazioni detenibili, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni e, infine, l'informativa da rendere al pubblico sulle materie appena elencate⁶¹. A ben vedere, tali provvedimenti hanno efficacia diretta, non solo nei confronti dei soggetti vigilati (banche, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica e di pagamento) e anche nei confronti dei soggetti non vigilati, in quanto esplicano indirettamente i propri effetti anche sulle negoziazioni⁶².

24. Particolarmente importanti appaiono le disposizioni del Titolo VI del T.U.B. che dettano regole in relazione alla trasparenza bancaria. A tal proposito, la Banca d'Italia gode di particolari poteri volti ad incidere significativamente i rapporti bancari. Le limitazioni alla libertà contrattuale si spiegano in relazione all'esigenza di garantire maggiore tutela al cliente (parte debole) rispetto all'istituto bancario. Ebbene, la Banca d'Italia ha il potere di determinare gli elementi essenziali del contratto: forma e contenuto minimo⁶³. Per quanto riguarda la forma, di particolare importanza è l'art. 117, co. II, TUB

⁵⁹ Le disposizioni dell'art. 5, che si caratterizza per la sua valenza in certo senso programmatica, devono essere coordinate con il Titolo III del testo unico, in cui i poteri di vigilanza vengono puntualmente precisati. In particolare, la vigilanza si esplica in quattro modi: con il controllo degli statuti (art. 56) (Sulla cui natura, cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 3 ottobre 1998, n. 2787, in Banca Borsa, 2001, II, 229) a mezzo della tema di vigilanza informativa (art. 51), con la vigilanza ispettiva (art. 54), ed, infine, attraverso la vigilanza regolamentare (art. 53) (T.A.R. Sicilia, Sez. II, 22 luglio 1998, n. 1318; Id. Sicilia, Sez. II, 22 luglio 1998, n. 1573; Cons. di giustizia amm. reg. sic., 7 aprile 1999, n. 143; Cons. di Stato, 5 giugno 1998, n. 936, cit. e T.A.R. Lazio, Sez. I, 9 novembre 1998, n. 3140, pubblicate in Banca Borsa, 1999, II, 343).

⁶⁰ Sui poteri della Banca d'Italia si segnala da ultimo T. TOMASI, *I poteri di vigilanza della Banca d'Italia alla luce delle nuove norme sulla crisi bancaria*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 4, 873.

⁶¹ Nella disciplina dei contratti bancari assume preminente importanza il principio della trasparenza. Ebbene, nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, la trasparenza trova particolare realizzazione attraverso l'imposizione di obblighi della pubblicità, il rispetto di una forma contrattuale predeterminata e attraverso la previsione di una definizione in via amministrativa del contenuto dei contratti e dei titoli bancari. A ben vedere, l'ambito di intervento del legislatore e dell'autorità amministrativa si estende fino a disciplinare il contenuto delle clausole contrattuali, non limitandosi a fissare norme meramente sussidiarie ed operando anche fuori dall'ambito delle condizioni economiche praticate. Tali interventi hanno - nel tempo - contribuito alla scomparsa di tipi non specificamente regolati dalla Banca d'Italia e alla incidenza sul contenuto dei contratti. Con la vigenza del T.U.B., la disciplina generale del contratto, contenuta nel Titolo II del libro IV del codice civile, ha trovato una ulteriore "deroga" a favore di una disciplina generale "di settore" dei contratti bancari (Titolo VI del T.U.B.) e di molteplici discipline relative a singoli tipi contrattuali. Sul punto si veda E. CAPOBIANCO e F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari*, in *Contr. impr.*, 2011, 1142.

⁶² COSÌ B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1996*, Giappichelli Torino, p. 239. A tal proposito, nell'ambito dell'attività di vigilanza, la Banca d'Italia impartisce istruzioni riguardanti la cessione a banche di aziende, di rami di azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco (58 T.U.B.), la Banca d'Italia ha anche la funzione, in conformità delle deliberazioni del CICR, di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti (38, II co., TUB).

⁶³ F. GIORGIANNI, C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Giuffrè, Milano 2009, 408 e ss. Sottolineano il ridotto potere accordato alle parti L. Pontiroli, *Il declino dell'autonomia privata nei contratti bancari: spunti per una riflessione critica*, in *Contr. Impr.* 1995, 774; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. It.*, 1999, I, p. 229; U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 663 ss.; L. DE ANGELIS, nel *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, Cedam, Padova, 2012, III, sub art. 117, 1687 ss.; G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in Buonocore, *Trattato di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2005, 126; P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, Milano, 2014, 228 ss., 520 s.; B. PIACENTINI, *La trasparenza nei servizi di pagamento: il provvedimento di Banca d'Italia 20 giugno 2012*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 355 ss.

che attribuisce alla Banca d'Italia⁶⁴ il potere di prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in una determinata forma a pena di nullità. Si tratterebbe, come si avrà meglio modo di vedere, di una nullità che opera a vantaggio del cliente e che può essere rilevata d'ufficio dal giudice (cfr. art. 127, co. II, TUB).

25. Per quanto riguarda il contenuto minimo dei contratti bancari, il comma VIII art. 117 TUB attribuisce alla Banca d'Italia il potere di «prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato». I contratti difformi alle prescrizioni dell'organo di vigilanza bancaria sono nulli. Le parti, infatti, restano libere di concludere contratti innominati col solo limite della realizzazione di interessi meritevoli di tutela, sicché il principio di trasparenza (soddisfatto dall'attività di connotazione demandata alla Banca d'Italia) impone il solo dovere di «non ingannare il cliente giocando coi nomi», ma non limita l'autonomia contrattuale (e la volontà) dei privati⁶⁵. Risulta chiaro che tali prescrizioni sono destinate ad avere efficacia non solo nei confronti dei soggetti vigilati, ma anche nei confronti degli utenti dei servizi bancari⁶⁶. L'art. 117, co. VIII, T.u.b. attribuisce alla Banca d'Italia un potere normativo, in passato esercitato dal legislatore, che risponde ad una generale incapacità del legislatore di assicurare un costante adeguamento delle disposizioni di legge alle mutevoli indicazioni provenienti dalla prassi. Sicché, proprio in considerazione del fatto che il meccanismo della “*deregulation*” sia la soluzione più funzionale a creare una solida corrispondenza tra l'evoluzione del mercato e le statuizioni del legislatore, il legislatore ha preferito concedere massimo risalto al ruolo dell'autorità indipendente

⁶⁴ A ben vedere il secondo comma art. 117 TUB dispone che «il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.», in realtà il CICR ha tuttavia delegato tale attribuzione alla Banca d'Italia. D'altronde, anche l'art. 127, co. III, TUB, dispone che le deliberazioni di competenza del CICR previste nel Titolo VI sono assunte su proposta della Banca d'Italia d'intesa con la CONSOB.

⁶⁵ Così G. TUCCI, *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *I Contratti*, 1995, 3, 331 e ss.

⁶⁶ Per quanto attiene al contenuto minimo dei contratti bancari [sul contenuto del contratto si veda: A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffè, Milano, 1966, 34; SACCO, in Sacco- De Nova, *Il contratto*, II, 3ª ed., in *Tratt. Sacco*, Utet, Torino, 2004, 6; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Giuffè, Milano, 2000, 320; G. ALPA, F. MARTINI, *Oggetto e contenuto*, in *Trattato di diritto privato*, Tomo 3, diretto da M. Bessone, vol. XIII, Giappichelli, Torino, 1999; IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *NN.D.I.*, XI, Torino, 1963, 803; F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1963, I, 372; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970, 351; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Jovene, Napoli, 1966, 129], di particolare importanza è la disposizione di cui al comma 8 art. 117 T.U.B.: «La banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia». La disposizione attribuisce alla Banca d'Italia un particolare potere di regolamentazione del contenuto tipico del contratto in relazione al *nomen* dello stesso. Chiarita la legittimazione del soggetto avente il potere di intervenire per dare corpo alle prescrizioni della norma; in riferimento al comma 8 art. 117 T.U.B. occorre sciogliere alcuni dubbi. Il primo attiene alla discussa natura e finalità dell'attività affidata alla Banca d'Italia; e specificamente comprendere se l'attività di tale autorità sia di tipizzazione o di connotazione. Con riferimento all'attività in questione si è parlato costantemente di “tipizzazione”, però, è stato anche osservato che non si tratta di tipizzazione, quanto di “connotazione”, perché la Banca d'Italia non è chiamata a predisporre una disciplina tipica cui assoggettare gli strumenti già utilizzati dal mercato, né ha il potere di creare lei stessa tali strumenti [A ben vedere, si registra una difformità di tesi in dottrina in relazione ai poteri della banca d'Italia di determinare il contenuto minimo dei contratti. È presente l'orientamento il quale, anche valorizzando la collocazione delle disposizioni di cui trattasi nell'ambito della disciplina di trasparenza (così G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 1994, p. 937;), evidenzia piuttosto la finalità proconcorrenziale dell'intervento amministrativo che discende dall'uniformità del linguaggio e dalla conseguente maggiore comparabilità delle offerte contrattuali da parte della clientela, sia attuale che potenziale (De Nova op. cit., 937 e ss. parla appunto di connotazione). Altro orientamento sostiene una tipizzazione dei contratti (V. BUONOCORE, *Riflessioni a margine al nuovo testo unico in materia e creditizia*, in *Banca impr. Soc.* 1994, p. 182)]. Il suo compito consisterebbe nell'individuare e fissare le clausole tipiche che consentono di attribuire a quel dato schema un determinato nome. Difatti, a ben vedere, una attenta lettura del comma 7 art. 117 TUB induce a cogliere la portata della disposizione: i contratti individuati attraverso una particolare denominazione [...], abbiano un contenuto tipico determinato. Alla luce di tale disposizione, la Banca d'Italia è chiamata esclusivamente a dettare e regolare i contenuti (già proposti dalla prassi) dei contratti identificati attraverso un *nomen iuris*. Sicché il potere regolatorio della Banca d'Italia non è volto a predisporre un *numerus clausus* di figure contrattuali. Il fine di tale attività è quello di tutelare il cliente e non anche quello di limitare l'esercizio dell'autonomia contrattuale. Più in particolare, quanto disposto dal comma 8 art. 117 TUB è finalizzato alla tutela del pubblico, il quale deve essere posto in condizione di poter associare a determinati strumenti negoziali posizioni giuridiche certe e determinate nei loro contenuti essenziali.

nell'ottica di una maggiore e pronta tutela dei risparmiatori e investitori. La Banca d'Italia, dunque, appare essere l'ente (specializzato) che, diversamente al legislatore, meglio conosce l'evolversi degli strumenti adottati dalla prassi e potrà, dunque, assicurare una maggiore congruità dei *nomina iuris* con le determinazioni effettivamente adottate dalle parti, nonché esercitare un controllo costante sulle clausole di nuova redazione⁶⁷.

26. A seguito del D.Lgs. n. 141 del 2010, ulteriori ed importanti poteri sono stati affidati alla Banca d'Italia. Più specificamente, il legislatore speciale ha introdotto (soprattutto nel Testo Unico Bancario) disposizioni che necessitano di essere attuate da provvedimenti *ad hoc* dell'organo di vigilanza bancaria⁶⁸ in relazione alle informazioni da includere nei messaggi pubblicitari, agli obblighi informativi del finanziatore, alle informazioni relative allo svolgimento del rapporto di credito, nonché al contenuto e condizioni dei relativi contratti di credito al consumo. La nuova normativa prevede la sanzione di nullità nel caso in cui tali contratti non contengano le predette informazioni essenziali specificate dalla Banca d'Italia in merito al tipo di contratto, alle parti del contratto, ovvero all'importo totale del finanziamento e alle condizioni di prelievo e di rimborso (125 bis, co. VIII, TUB).

V. La nullità “in bianco” e il problema della nullità di protezione.

27. Nell'analisi dei poteri della Banca d'Italia si è introdotta la tematica della sanzione di nullità derivante dalla difformità tra pattuizioni negoziali e disposizioni dettate dalle Autorità indipendenti (in particolar modo Banca d'Italia e Consob). La tematica della nullità conduce ad una analisi relativa ad una particolare modalità di incidenza del potere di regolazione indipendente sull'autonomia privata, si tratterebbe di ipotesi in cui le parti siano chiamate a vincolarsi in relazione a contenuti minimi contrattuali predeterminati. Nel caso di non conformità contrattuale alle disposizioni dettate dalle Autorità Indipendenti in diversi casi, come in caso di inosservanza delle prescrizioni autoritative dettate dalla Consob⁶⁹ e dalla Banca d'Italia in tema di forma dei contratti di intermediazione finanziaria (art. 23, co.

⁶⁷ Così G. TUCCI, *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *I Contratti*, 1995, 3, 330 e ss.

⁶⁸ In particolar modo, in materia di credito al consumo (Titolo VI, Capo II del TUB) la Banca d'Italia ha il potere di: a) precisare (in conformità delle deliberazioni del CICR) le caratteristiche delle informazioni da includere nei messaggi pubblicitari in relazione alle operazioni di credito ai consumatori e le modalità della loro divulgazione (123, co. II, TUB); b) dettare le disposizioni di attuazione con riferimento, da un lato, agli obblighi precontrattuali di informazione cui è tenuto il finanziatore o l'intermediario del credito nei confronti del consumatore prima che questi sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, al fine di consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato e prendere una decisione informata e consapevole (art. 124, commi I e VII, TUB); dall'altro lato, ai contenuti ed alle modalità delle comunicazioni che nei contratti di credito di durata il finanziatore fornisce periodicamente al cliente su supporto cartaceo o altro supporto durevole, in merito allo svolgimento del rapporto (125 bis, co. IV, TUB); c) individuare, sempre per quanto attiene alla fase funzionale del rapporto, in conformità alle deliberazioni del CICR, le modalità con le quali il consumatore deve essere reso edotto: dalla eventuale cessione a terzi del credito (125 septies, co. 2, TUB); e dell'eventuale sconfinamento consistente che si protragga per oltre un mese (125 octies, co. III, TUB); d) stabilire (in conformità delle deliberazioni del CICR) le informazioni e le condizioni che, in modo chiaro e conciso, devono essere redatti su supporto cartaceo o altro supporto durevole che soddisfi i requisiti di forma scritta nei casi previsti dalla legge (art. 125 bis, co. I, TUB).

⁶⁹ La Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob, istituita con la legge 7 giugno 1974, n. 216) è l'autorità deputata ad assicurare la tutela degli investitori, nonché l'efficienza, la trasparenza e lo sviluppo del mercato mobiliare. La Consob, infatti, esercita poteri di regolazione e di governo del mercato finanziario e della Borsa e -dunque- vigila sulle contrattazioni dei titoli quotati in Borsa e in genere dei valori mobiliari offerti in vendita al pubblico. A questo fine la Consob gode, oltre a quello regolamentare, di numerosi ulteriori poteri (che si esplicano mediante delibere, disposizioni, provvedimenti, sanzioni, comunicazioni, segnalazioni, autorizzazioni, ordini, divieti, raccomandazioni, ecc.) di accertamento, di vigilanza e controllo, sanzionatoria e autorizzatoria, e di indirizzo. Nel settore dell'intermediazione finanziaria, di particolare importanza sono i regolamenti della Consob. La funzione normativa trova il suo momento esplicativo con l'emanazione di regolamenti, ossia di atti normativi posti in essere da un potere non riconducibile né al Parlamento né al Governo ed attribuito direttamente dalla legge ad una diversa Autorità; un potere che impone anche a soggetti diversi da quelli vigilati e che incontra nella legge che lo prevede l'unico limite al proprio esercizio. È, quindi, dato certo che i regolamenti Consob, investendo i principali ambiti del mercato mobiliare, costituiscono una fonte normativa idonea a condizionare l'attività negoziale e ad incidere sui rapporti intersoggettivi. Si veda sulla Consob: R. COSTI, *Il mercato mobiliare. I controlli*, in *Manuale di diritto commerciale*, Buonocore (ideato da), Giappichelli, Torino, 2015, pp. 813-814; F. CAPRIGLIONE, G. MONTEDORO, *Società e borsa (commissione nazionale per le)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, 1036, i quali evidenziano l'ampiezza dei regolamenti della Consob

I, T.U.F.) e bancari (art. 117, co. II e III, T.U.B.), il legislatore prevede – in virtù, appunto, della delega legislativa di potere alle *Authorities* chiamate ad individuare le singole ipotesi di invalidità contrattuali⁷⁰ – la sanzione di nullità contrattuale.

28. Particolarmente interessante appare la tecnica della c.d. «nullità in bianco»⁷¹, ossia nullità senza fattispecie, per cui il legislatore si limita esclusivamente alla delineazione del precetto e rinvia al provvedimento amministrativo dell'autorità indipendente le individuazioni delle singole fattispecie di invalidità. Più specificamente, avviene una determinazione *per relationem* delle singole ipotesi di nullità, sanzione quest'ultima derivante da un giudizio di difformità dell'atto di autonomia rispetto ad una norma sovraordinata⁷²: l'una – particolare e concreta – dettata dall'autonomia negoziale, l'altra – generale ed astratta – risultante da una fonte di diritto⁷³. In particolare, la tecnica adoperata dal Testo Unico Bancario è quella della *regola servente* (*serve* a far rispettare i precetti autoritativi) che commina una sanzione di nullità contrattuale e la *regola servita* (regolamento della Banca d'Italia) di fonte secondaria (abilitata dalla fonte primaria) che detta la norma-precetto⁷⁴.

29. Occorre, però, chiarire il problema relativo alla nullità. Preme chiarire se la più grave forma di invalidità possa derivare da un giudizio di difformità (o riprovevolezza) del negozio ai precetti autoritativi. A ben vedere, occorre chiedersi che portata abbia la “norma imperativa” (1418 c.c.) in contrasto alla quale si applica la sanzione di nullità, e, in particolare, se le norme imperative sono solo quelle di rango primario o anche secondario⁷⁵. Anzitutto, occorre rilevare che il carattere di imperatività “non è

che toccano aspetti rilevanti della disciplina dei rapporti interprivati; A. DE CHIARA, *La Commissione nazionale per le società e la borsa*, in Clemente di San Luca (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione*, Giappichelli, Torino 2002, 51; G. MINERVINI, *La Consob. Lezioni di diritto del mercato mobiliare*, Liguori editore, Napoli 1989, 49; M. POTO, *La CONSOB e la vigilanza sul mercato mobiliare*, in *Giur. it.*, 2000, *passim*. Sulla responsabilità della Consob per omessa vigilanza v. in dottrina, F. CARRIERO, *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza (in difesa del comma 6 bis dell'art. 24 della legge sulla tutela del risparmio)*, in *Foro it.*, 2008, V, 221 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità civile della Consob*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 695 ss.. Sul potere sanzionatorio della Consob v. E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Il procedimento sanzionatorio della Consob sotto il riflettore della Corte di Cassazione* (Nota a Cass., sez. un., 9 marzo 2007, n. 5395, Mm. economia e fin. c. Cassa risp. Teramo), in *Giur. comm.*, 2007, II, 1161 ss.; R. RORDORF, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Società*, 2005, 813 ss.

⁷⁰ Come si è detto, l'intervento normativo delle *authorities* deve essere preceduto ed adeguatamente sorretto da un fondamento legislativo, perché possa ritenersi rispettata la riserva relativa di legge che assiste gli atti di autonomia privata. «A tale scopo sovviene l'istituto della delega legislativa di potere, che consiste nell'atto di devoluzione del potere normativo dal legislatore agli organi amministrativi designati. Non ogni delega di potere, però, è in grado di soddisfare la riserva di legge che vige a tutela degli atti di autonomia. A tal fine è, infatti, necessario che la delega presenti un contenuto minimo indefettibile. L'identificazione dei connotati che la delega deve esibire è questione complessa, che si interseca con l'analisi del principio di legalità. Più precisamente, per individuare il contenuto minimo da inserire nella delega, si deve prima stabilire quale significato attribuire al principio in oggetto. Per opinione prevalente, si preferisce apprezzare la legalità tanto nella sua dimensione formale quanto in quella sostanziale. Ciò significa che la delega non potrà risolversi nella mera presenza di una fonte primaria che si limiti a deferire il potere normativo in capo agli organismi amministrativi. Piuttosto, essa dovrà provvedere, oltre che a munire l'amministrazione di potestà normativa, anche a fissare i criteri a cui la regolazione secondaria deve attenersi». Così C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolamentazione del contratto al tempo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 2, 20096 e ss.

⁷¹ Così V. VITI, *Il contratto e le Autorità indipendenti*, Jovene, Napoli 2013, 108.

⁷² La nullità esprime un giudizio di (*dis*)valore (diversamente graduabile) che ha il suo punto di incidenza immediata sugli elementi della struttura e mediata sugli interessi che attendono riconoscimento e tutela attraverso l'atto. In questo senso R. TOMMASINI, *Nullità (diritto Civile)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 874.

⁷³ Il giudizio si muove in una dimensione verticale: la regola giuridica (disciplina prevalente) resiste, insiste e si impone ad ogni previsione difforme (un esempio pratico di quanto detto, posto bene in evidenza dal dato legislativo, è rappresentato dal già citato art. 117, VIII co., T.U.B.). Sul contenuto del potere da tale disposizione attribuito alla Banca d'Italia si è, in dottrina, discusso: secondo alcuni autori, infatti, lo stesso si sostanzierebbe in un potere di tipizzazione di nuove eventuali operazioni finanziarie emergenti nella prassi bancaria, si veda a proposito V. BUONOCORE, *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, impr., soc.*, 1994, pp. 171 e ss.

⁷⁴ Sul rapporto tra regola servente e regola servita, si veda P. ZATTI, A. FUSARO, *Diritto privato*, Cedam, Padova 2014, 2.

⁷⁵ Approfondite riflessioni sulla nozione di norma imperativa si rinvengono, senza pretesa alcuna di esaustività M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009, 1-110; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008, 429 ss.; A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da Perlingieri, Esi, Napoli 2004, 75 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003; D. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderoga-*

definito espressamente in via generale dalla legge”, ma va ricostruito in via interpretativa “anche con riguardo all’oggetto e alla funzione della norma nella quale è contemplato”⁷⁶; infatti, l’art. 1418 cod. civ., nulla stabilendo sulla fonte (primaria o secondaria) della norma imperativa, non esclude l’imperatività di una norma secondaria atta ad invalidare il contratto⁷⁷. Sicché, se da un lato l’autonomia risulta essere tendenzialmente illimitata, dall’altro lato risulta essere limitata da norme primarie ed atti dell’amministrazione (che sono provvedimenti amministrativi). Tuttavia, in quest’ultimo caso, la potestà di emanare tali provvedimenti deve essere attribuita all’Amministrazione da una norma primaria; ma ciò non esclude che le norme di fonte amministrativa, se rispettose dei limiti previsti dalla legge ordinaria, possano intervenire a regolare l’attività negoziale⁷⁸. Si ammette, dunque, la nullità del contratto con una norma secondaria, purché quest’ultima abbia il proprio fondamento in una previsione legislativa⁷⁹. Dunque, l’imperatività della norma di fonte secondaria è un carattere «riflesso». Infatti, se da un lato i provvedimenti delle *Authorities* non possiedono in sé alcun carattere imperativo, dall’altro lato – non potendo autoconferire tale carattere e se stesse- devono apprenderlo da fonti primarie. Sotto questo aspetto, si coglie la preminente importanza della delega legislativa, la sola ad attribuire il potere di incidere imperativamente sull’autonomia contrattuale delle parti⁸⁰.

30. Posta l’esistenza di varie tipologie di nullità: quella ordinaria disciplinata dal codice civile e quella di «protezione»⁸¹ di derivazione comunitaria, occorre individuare tra le due quale tipologia di sanzione applicare in caso di difformità del contratto alla regola autoritativa. A volte il legislatore interviene *expressis verbis* a qualificare la specifica sanzione di nullità negoziale da applicare, ciò avviene in riferimento alle nullità che interessano il sistema bancario e creditizio. L’attenzione va posta al disposto dell’art. 127, comma 2°, t.u.b., ove è stabilito che le nullità previste nel titolo dedicato alla trasparenza delle condizioni contrattuali (Titolo VI del T.U.B.), «operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere

bile, norma dispositiva, norma suppletiva, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 580 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁷⁶ Così L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Esi, Napoli 1993, 122 e ss. seguendo una impostazione risalente a F. Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Società Editrice Libreria. Milano 1914, p. 22 e ss.

⁷⁷ Si veda sul punto E. DEL PRATO, *Autorità amministrative indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. Dir. Priv.* 2001, p. 525. Ancora, favorevole all’idea che una norma imperativa non debba essere necessariamente veicolata da una legge ordinaria anche G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano 1993, 111; M. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, p. 9.

⁷⁸ Così Giannini, *Provvedimenti amministrativi generali*, cit., pag. 17.

⁷⁹ Tale posizione è confermata da F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008, p. 430; G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in Gitti (a cura di), *Il contratto e le autorità indipendenti. Le metamorfosi dell’autonomia privata*, Mulino, Bologna 2006, p. 224 ss. Meno permissivo è Orlandi, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in Gitti (a cura di), *Il contratto e le autorità indipendenti.*, cit., pp. 75 e 87, per il quale la nullità delle clausole contrastanti con una norma imperativa deve integralmente fondarsi su una previsione di rango legislativo che, quindi, non potrebbe operare alcun rinvio alla fonte subordinata.

⁸⁰ Secondo la S.C. [Cass., 29.9.2005, n. 19024 in *Foro it.*, 2006, 1105, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*] la natura imperativa delle norme non è in sé sufficiente a determinarne la rilevanza ai fini del giudizio di invalidità ai sensi dell’art. 1418, comma 1°, cod. civ. Devono, piuttosto, considerarsi idonee a provocare la nullità del contratto di cui all’art. 1418, comma 1°, cod. civ. non già tutte le norme imperative, bensì quelle soltanto che attengono ad elementi intrinseci del negozio, e cioè alla struttura o al contenuto di esso. Ciò premesso, non sembrano comunque esserci dubbi sul fatto che le prescrizioni di contenuto emanate dalle autorità di settore rientrino nella categoria delle norme attive (anche denominate regole di validità). Pare, dunque, possa concludersi che la ricostruzione delle fattispecie di nullità in esame - derivanti dal contrasto con i regolamenti delle autorità indipendenti - alla stregua di nullità del contratto ex art. 1418, comma 1°, cod. civ. sia perfettamente conforme al principio di diritto accolto in seno alla giurisprudenza di legittimità.

⁸¹ La “nullità di protezione” - espressione adottata dal nostro legislatore per raggruppare sotto un’unica denominazione le ipotesi di privazione degli effetti del contratto a vantaggio della parte debole - ha sedotto negli ultimi anni la nostra dottrina. In materia, si possono citare le seguenti opere: V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 489 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, Padova, 2008; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, Torino, 2007; G. AMADIO, *Nullità anormale e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell’autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285; A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I Contratti*, 2003, 200 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003; U. MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 329 ss.

rilevate d'ufficio dal giudice» si tratterebbe di una norma di chiusura che prevede una nullità di protezione prevista a vantaggio del cliente. Diverso è il caso in cui, ai sensi dell'art. 117, co. III, T.U.B., vi sia stata inosservanza della forma prescritta, in tal caso il contratto è colpito da nullità, vi è totale caducazione del negozio e non delle singole parti dello stesso. Ma tale nullità (art. 117, co. III, T.U.B) è comunque una «nullità relativa»⁸², giacché la legittimazione ad invocarla è stata attribuita al cliente. La *ratio* di tale limitazione è stata giustamente ascritta alla volontà del legislatore di rimettere alla valutazione della parte contraente ritenuta più debole (cioè maggiormente meritevole di protezione) la decisione circa l'opportunità, sul piano concreto, di far emergere il vizio, attesa l'efficacia anche retroattiva derivante da una declaratoria di nullità⁸³. Altre ipotesi di nullità che operano a vantaggio del consumatore sono presenti inoltre nella disciplina del T.U.B. in materia di credito ai consumatori (Titolo VI, capo II). Altrettanto significative sono le disposizioni dettate dagli artt. 23, comma 3°, 24, comma 2°, 30, comma 7°, e, in ultimo, 100-*bis*, comma 3°, t.u.f., che, in materia di intermediazione finanziaria, configurano come relative le nullità comminate dalle medesime norme.

31. Il legislatore, però, pur sanzionando con la nullità determinati contratti o clausole contrattuali, non sempre prevede espressamente se tale nullità sia quella di diritto comune o sia quella avente funzione protettiva della parte debole. Quanto detto, conduce ad una disamina dei casi in cui, prescindere da un rapporto contrattuale tra consumatore-professionista, il legislatore prevede particolari ipotesi di nullità con intenti protettivi della parte debole anche nei rapporti tra le imprese. A tal proposito, si registra la nullità posta a “protezione” dell'impresa (debole) che risulti in una posizione di dipendenza economica rispetto all'impresa economicamente e contrattualmente più forte (art. 9 L. 192/1998); stessa finalità protettiva di una categoria di contraenti si ravvisa nella sanzione di nullità relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (D.Lgs. 231/2002).

32. Occorre, ora, soffermarsi sui casi in cui il legislatore, attribuendo il potere alle *Authorities* di individuare le singole fattispecie, si limiti a comminare semplicemente la sanzione di nullità, senza indicare lo statuto da applicarsi. In presenza di tali dubbi, risulta necessario –al fine di individuare a quale nullità si riferisca il legislatore– una operazione ermeneutica delle disposizioni legislative che sanciscono la nullità dei contratti, nonché l'individuazione degli interessi protetti da tale forma di invalidità. Si è già detto che le funzioni delle Autorità indipendenti sono volte al mantenimento e conservazione di un regime di concorrenza dei mercati in cui operano⁸⁴. Per tale ragione, proprio in relazione alla con-

⁸² In tal senso P. FERRO-LUZZI, *In tema di invalidità del contratto per la prestazione di servizi di investimento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, I, 466 e ss.

⁸³ Per tutti, A. NERVI, *La trasparenza bancaria*, in *L'attività delle Banche*, a cura di Urbani, Cedam, Padova, 2010, p. 40 e ss.; A. URBANI, *La trasparenza nello svolgimento dell'attività*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, vol. II, a cura di Capriglione, Cedam, Padova 2010, p. 768.

⁸⁴ L'attività delle *Authorities* deve essere funzionale al migliore contemperamento di interessi (di natura pubblica e privata) che risultano essere coinvolti nel settore di mercato. In ragione di ciò, occorre rilevare che ogni disposizione (di legge primaria o amministrativa) è volta, da un lato, a tutelare in via diretta un regime di concorrenza nel mercato, dall'altro lato, è volta indirettamente (in via mediata) a tutelare anche i consumatori. In relazione alla legge antitrust, la Cass. Sez. III, ord. 17 ottobre 2003, n. 15538 [in *For. It.*, 2003, I, 2938, con nota di Palmieri] ha espresso che la stessa non è soltanto legge degli imprenditori, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo. Ciò spiega perché in relazione alla legge antitrust (L. n. 280/1990), le nullità previste per sanzionare le intese restrittive della concorrenza (art. 2) e l'abuso di posizione dominante (art. 3) sia pur previste a garanzia della concorrenza e dell'efficienza del mercato, si traducono in una forma di protezione, ancorché indiretta e mediata, degli stessi consumatori e dei competitori vittime dei cartelli o dell'abuso di posizione dominante. Secondo la definizione del codice di consumo (D.Lgs. 2005 n. 206) il consumatore (o utente) è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta (art. 3, co. I, lett a). A ben vedere, si assiste ad una frammentazione della figura del consumatore (*rectius* parte debole), considerato non come contraente, bensì come *homo oeconomicus* per la sua sostanziale posizione di squilibrio che ne caratterizza (e condiziona) l'agire, in rapporto alla sua controparte. Il problema si assiste ad una frammentazione della figura del consumatore che segue, appunto, la molteplicità di mercati presi in considerazione singolarmente (mercato energetico, finanziario, bancario, ecc.), in ciascuno di questi mercati i consumatori e gli utenti ricevono una tutela differenziata [così Alpa, *Introduzione*, in *Diritto dei consumatori*, Alpa, Catricalà (a cura di), Bologna 2016, 34-35]. Il consumatore risulta così disancorato dalla definizione neutrale ed unificante, attualmente si parla di parte debole. Il consumatore risulta “costituzionalizzato”, cioè portatore di valori fondamentali [così H.W. MICKLITZ, *Il consumatore mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *RTDPC*, 2016, 859 ss.].

correnza, non è possibile restare miopi dinanzi alla posizione dei consumatori. Nei fenomeni di mercato e della concorrenza, il consumatore rappresenta un termine imprescindibile di riferimento del mercato: acquisisce senso proprio in funzione dello sbocco dei beni e dei servizi prodotti⁸⁵. Per cui, sul versante teleologico, le autorità indipendenti hanno la vocazione di regolazione del mercato: disciplinano singoli settori o determinate operazioni al fine di favorire un assetto più efficiente ed equo tra gli attori economici a vantaggio di utenti e consumatori. A tal proposito si anticipa che, nell'ottica funzionale dei poteri autoritativi - cioè regolare il mercato, in modo da tutelarne la struttura aperta e competitiva-, l'intervento pubblico non è animato da un intento invasivo ed eccessivamente limitativo della libertà economica e dell'autonomia privata, bensì è destinato a difendere tali libertà e poteri nell'ottica di una migliore funzionalità degli scambi.

33. In ragione della vocazione tutoria e perequativa dei regolamenti autoritativi, la nullità -derivante dalla difformità del contratto rispetto a prescrizioni regolamentari imperative- ricade tra le forme di nullità di protezione⁸⁶. Tale nullità di statuto speciale è, appunto, volta a custodire l'interesse di una parte che, comunque, ha una portata superindividuale. Più specificamente, si tratta di nullità di ordine protettivo che, anche se in *prima facie* sembra essere volta a tutelare interessi individuali del contraente "debole" (si da assumere la funzione di rimedio all'abuso contrattuale), in sostanza appresta una tutela più generale, rispondente a principi di ordine pubblico economico⁸⁷- costituzionale (art. 41 Cost.) e comunitario (art. 153 Trattato istitutivo CE)⁸⁸ - volti a recuperare in punto di diritto la disegualianza tra le parti, sopperendo all'approfittamento del contraente forte. Ad essere protetto dall'abuso negoziale (tramite la nullità di protezione) è il contraente debole (consumatore, cliente, imprenditore economicamente indipendente, persona fisica o giuridica) portatore di un valore di rango costituzionale e comunitario, in

⁸⁵ COSÌ R. PARDOLESI, *Contratto e diritto della concorrenza*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Gitti (a cura di), Mulino, Bologna 2006, 167-168. D'altronde, come si è già detto, la funzione dello Stato regolatore - volta a garantire la concorrenza nei diversi mercati - non può che esplicarsi nella prevenzione, nonché repressione di comportamenti inefficienti degli operatori economici, in quanto solo la parità degli operatori economici (garantita dal buon funzionamento del mercato in regime di perfetta concorrenza e dalla parità di forza contrattuale tra imprese e consumatori) può attribuire al contratto quella vocazione efficientistica in grado di distribuire equamente la ricchezza e i rischi di mercato e solo in questo contesto il contratto può essere considerato perfetto e completo. A tal proposito in riferimento a R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, trad. it. di D'Almeida, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 43 e ss., secondo l'A., la *regulation* è coesistente al mercato (*Market Regulation*), perché: da un lato, ne assicura l'integrità, cioè crea le condizioni per il suo corretto funzionamento, mediante la concorrenza libera e leale, la trasparenza delle operazioni, la diffusione delle informazioni rilevanti, l'eguaglianza di trattamento tra gli operatori e il divieto che falsificano queste condizioni; dall'altro lato, ne assicura la stabilità, cioè crea le condizioni perché gli operatori facciano affidamento sulla continuità e la tendenziale uniformità, cioè ne controlla i rischi, nel senso che tende a eliminare o a prevenire i rischi collettivi, certo non quelli individuali. In ogni caso, sottolinea Goode citando il *Wallace Report*, il rischio è elemento connaturale al mercato finanziario ed è oggetto di controllo, allocazione e prezzamento. Ma ciò che il legislatore deve considerare è il rischio sistematico, non quello individuale; e il rischio sistematico si controlla attraverso l'adozione di istanze di compensazione ecc. Finalità perseguite dalla disciplina comunitaria che combatte la volatilità dei mercati.

⁸⁶ COSÌ M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione*, Esi, Napoli 2012, p. 189. A ben vedere, si tratterebbe della discussa «nullità di protezione virtuale» che si configurerebbe allorché il legislatore, pur prevedendo nell'ambito della normativa speciale, non la disciplina (si veda *infra*). Sul punto D'amico, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contratti*, 2008, p. 732 e ss.

⁸⁷ Il concetto di ordine pubblico economico trova le proprie origini nella letteratura francese degli anni Trenta del secolo scorso [inventore della formula è G. RIPERT, il quale la utilizza nel saggio *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etudes Gény*, t. II, Paris, 1934, 347 e ss.] che ne mette in luce l'autonomia e la distanza dal più generale concetto di ordine pubblico, proprio del Code civil [sul punto si veda G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris 1963, saggio recensito da G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. Dir. Comm.* 1963]. E sempre alla dottrina francese si deve la distinzione tra «ordine pubblico di direzione» e un «ordine pubblico di protezione»: il primo attinente alla normativa sulla concorrenza, sul corretto funzionamento del mercato, sul regime di circolazione dei beni; il secondo relativo invece alla protezione della parte economicamente più debole dall'imposizione di condizioni contrattuali [sulla distinzione si veda P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano 2002, 198 e ss.]. la distinzione tra i diversi ordini pubblici consta in una differente disciplina: mentre la contrarietà dei contratti ai principi di ordine pubblico di direzione comporta la nullità assoluta del contratto, la violazione del contratto all'ordine pubblico economico di protezione comporta la nullità di protezione (nullità relativa, con legittimazione relativa ad agire riservata al contraente c.d. protetto, e con mantenimento in vita del contratto dopo la caducazione del suo contenuto illecito).

⁸⁸ In realtà, la nullità di protezione attiene anche ad ulteriori principi generali (emergenti dalla L. 287/1990; dal Capo XIV-bis cod. civ.; dalla L. 281/1998, dall'attuale codice del consumo D.Lgs. 2005 n. 206, dalla l. 192/1998)

cui trova espressione la solidarietà contrattuale⁸⁹. Sono accomunate dalla nullità di protezione (avente funzione di porre rimedio a situazioni di squilibrio tra i contraenti derivante da un abuso contrattuale di una parte) le nullità previste nel Testo unico in materia bancaria e creditizia (D.Lgs. 385/1993) e quelle introdotte dal Testo unico in materia di intermediazione finanziaria (D.Lgs. 58/1998).

34. Inoltre, come si è detto, occorre rilevare che « in costanza di nullità spesso il legislatore non stabilisce una disciplina specifica, né statuisce, ad agente, se la legittimazione sia da considerare relativa o assoluta». Ma, «se la nullità ha funzione protettiva, anche in mancanza di previsione legislativa che riconosca espressamente la legittimazione relativa al contraente debole, bisogna applicare analogicamente la regola generale in tema di nullità di protezione»⁹⁰. In particolare, si tratterebbe della c.d. «nullità di protezione virtuale» che troverebbe applicazione ogniqualvolta il legislatore, pur prevedendo la sanzione di nullità nell'ambito della normativa settoriale, non la disciplina. In questi casi, spetterebbe all'interprete individuare e qualificare gli interessi tutelati dalla sanzione di nullità e, in assenza di specifica disciplina, applicare *virtualmente* lo statuto speciale della nullità di protezione. Tale figura è alquanto discussa⁹¹, proprio perché si tratterebbe di applicazione analogica di una nullità speciale (e non generale). Dunque, il maggiore impedimento è rinvenibile nella lettera del codice: mentre il codice civile, per la nullità di diritto comune, prevede la nullità virtuale (cfr. art. 1418, co. I, cod. civ.); il legislatore speciale tace⁹². Però, in considerazione della particolare finalità della nullità di protezione (custodire un

⁸⁹ Il contratto è composizione di interessi diversi presenti nel mercato, il contratto è ordinamento del mercato. In quest'ottica, è da rilevare che il mercato non è un sistema autoreferenziale, sicché ogni strumento volto «per la soddisfazione massima dei bisogni umani, va qualificato "pubblico" e non può ritenersi vinto se non da interessi, generali o particolari, portatori di principi e valori, di rango pari ordinato o che nel caso concreto appaiano maggiormente meritevoli di protezione» così D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Esi, Napoli 2008, 72.

⁹⁰ Così G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli 2010, 16. Conformemente anche P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in Lipari e Rescigno (diretto da), *Diritto Civile*, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 959; G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in Enc. Dir., Annali, IV, Milano 2011, p. 826 e ss. La rimeditazione sui confini che delimitano le singole figure di invalidità negoziale si congiunge, peraltro, ad una ripensamento della funzione che la nullità può assolvere in materia contrattuale. Muovendo dalla constatazione che le ipotesi raccolte sotto la denominazione di «nullità speciali» si innestano su rapporti afflitti da uno squilibrio fra gli stipulanti, la nota saliente è data dal carattere che assume lo squilibrio fra i paciscenti. È, infatti, indispensabile si tratti di uno squilibrio endemico, ossia causato da meccanismi distorsivi immanenti al mercato, tale da contraddistinguere intere serie di rapporti negoziali; non basta, invece, uno squilibrio contingente, che rappresenti un'evenienza anomala tra le possibili vicende del contratto: in tal senso, concorda S. POLIDORI, *Le invalidità contrattuali fra diritto comunitario e sistema nazionale*, in *Percorsi di diritto civile - Studi 2009/2011*, a cura di Di Raimo, Francesca e Nazzaro, Esi, Napoli 2011, 259 s. Si evince, così, che queste nuove nullità contrattuali postulano l'esistenza di una situazione patologica (inferiorità strutturale di una parte, sotto il profilo economico e/o culturale; abuso di un contraente ai danni dell'altro, che ne abbia menomato la libertà di scelta; difficoltà per uno dei contraenti ad accedere al mercato in condizioni di parità con gli altri operatori economici, ecc.), dalla quale possa quanto meno presumersi che lo squilibrio sia derivato. Dalla prospettiva che sta emergendo trapela, allora, una spiccata attenzione verso il regolamento contrattuale, del quale si vuole salvaguardare l'equilibrio non soltanto normativo, ma anche economico. Adottando questo angolo visuale, la nullità diviene quindi il canale attraverso cui l'ordinamento esprime un giudizio di disvalore avverso quei regolamenti negoziali che manifestino una disparità tra posizioni contrattuali ovvero una sproporzione tra prestazioni sinallagmatiche, in conseguenza della asimmetria di conoscenze e/o di forza contrattuale che caratterizza geneticamente il rapporto. In questi termini, la nullità viene ad acquistare una funzione di natura «conformativa», in quanto tesa al rimodellamento del regolamento contrattuale attraverso la modulazione della sua efficacia. Questa evoluzione funzionale dell'invalidità, *sub specie* di nullità, è messa bene in evidenza da Scalisi, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 735 ss. In relazione alla c.d. nullità virtuale di protezione, appare utile, sul punto, richiamare G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, cit., p. 732 e ss.; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adeguamento del contratto*, Cedam, Padova 2007, 144-161 e 169, spec. 152, il quale ritiene che «le nullità di protezione non si limitano a quelle testualmente previste dalla legge», in quanto «l'art. 1418 c.c. [opera] a prescindere dalla "classe" di interessi che il divieto intende garantire» e, dunque, opera anche rispetto ai divieti di protezione; P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in Lipari e Rescigno (diretto da), *Diritto Civile*, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 959, il quale testualmente ammette che «le nullità di protezione testuali [possano essere] affiancate da analoghe ipotesi di nullità virtuali (ovvero conseguenti alla violazione di norme imperative di protezione non espressamente sanzionate con l'invalidità) ricavabili dall'ordinamento per via interpretativa, secondo un criterio basato sulla *ratio* protettiva della norma».

⁹¹ Si discute se sia configurabile anche una nullità virtuale di protezione; ebbene, il legislatore il più delle volte prescrive obblighi informativi precontrattuali, requisiti formali e sostanziali senza indicare, però, le conseguenze della loro inosservanza; trattandosi di norme imperative, si potrebbe configurare una nullità virtuale di protezione.

⁹² Per nullità virtuali si intendono generalmente quelle ipotesi di nullità non espressamente previste come tali dalla legge, bensì desunte interpretativamente sulla scorta della riconosciuta natura imperativa delle norme rispetto alle quali l'atto nullo

interesse che ha, comunque, una portata superindividuale, ma che, invece di essere trascendente rispetto alla posizione dei singoli contraenti, è immanente alla sfera di uno di essi⁹³), la violazione di norme di settore – se tutelano l’interesse della parte debole- potrebbe determinare la nullità speciale del contratto anche se non espressamente comminata. Se è vero che, da un lato, la nullità di protezione opererebbe ogniqualvolta risulti essere più efficace della nullità di diritto comune - soprattutto in considerazione della tutela apprestata alla parte debole -, dall’altro lato, spaventa la maggiore residualità e marginalità della comune sanazione di nullità negoziale (di cui agli artt. 1418 e ss. cod. civ.). In questi termini, i classici istituti (per non dire ordinari, perché sempre più ordinari diventano anche gli istituti disciplinati dal codice di consumo) regolanti il contratto concorrono con la disciplina settoriale, restando –il più delle volte- ai margini dell’attenzione dell’interprete. Però, occorre anche sottolineare una particolare inadeguatezza del codice civile del “lontano” 1942 le cui disposizioni poco si adattano alla crescente esigenza di protezione del contraente debole, sempre più soggetto all’abuso del contraente forte⁹⁴.

35. Proprio in considerazione dell’espressa inadeguatezza del codice civile, è possibile ammettere una nullità di protezione *virtuale*. Sicché «se si superano alcuni dubbi che è possibile prospettare - specie in ordine alla possibilità di configurare tecnicamente l’esistenza di una lacuna in relazione alla mancata previsione di un *rimedio specifico* per la violazione di una norma imperativa, considerato che il moltiplicarsi di ipotesi di nullità di protezione testualmente previste dal legislatore per la violazione di

contrasterebbe, stante il richiamo di cui al I comma dell’art. 1418 cod. civ.[In argomento si segnala: R. TOMMASINI, *Nullità*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 878.] In tali ipotesi viene in rilievo il problema della qualificazione in chiave di imperatività delle norme, anche in relazione alla inderogabilità del precetto in un dato ambito (come ad es. nel diritto amministrativo) e non in un altro (in quello dei rapporti interprivati). Per cui non sempre una norma ha identica portata (vincolante e inderogabile) in ciascuno dei campi di diritto in cui esplica la propria portata. Per un *excursus* storico-comparatistico, si veda Così G. D’AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, 12, 977 che in nota 4, l’A. analizza se il principio della “nullità virtuale” del contratto (quando esso sia in contrasto con norme imperative) sia o meno un principio riscontrabile nei diversi ordinamenti in misura così diffusa da farne prevedere una possibile recezione da parte del legislatore europeo in un futura (ipotetica) *Parte generale* di un “diritto europeo dei contratti”. Al riguardo è noto come la formula *dell’art. 1418 comma 1 c.c.* (quasi testualmente mutuata dal par. 134 *B.G.B.*), non abbia corrispondenza - tanto per fare l’esempio di un altro importante ordinamento europeo - nel codice civile francese; anzi, si afferma solitamente che la tradizione francese sarebbe contraria all’ammissione delle nullità virtuali, in ossequio al principio “*pas de nullité sans texte*”. Sennonché, si è osservato che il principio della “*testualità*” della nullità - che certamente aveva giocato un ruolo importante nel periodo precedente la codificazione - appariva già abbandonato, almeno in linea generale, dalle ricostruzioni che fornirono la base teorica della codificazione napoleonica (il riferimento è alle posizioni di Domat e di Pothier, i quali avevano fatto propria la norma della Novella teodosiana *Non dubium* del 439 d.C., alla quale si fa risalire il principio secondo cui la violazione di qualunque norma cogente, anche non espressamente sanzionata, comporta la nullità), tanto che nel Progetto di codice civile dell’anno VIII risultava inserito un articolo 9, t.IV, alla stregua del quale “*les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n’y soit formellement exprimée*”. Disposizione che non fu poi inserita nel codice (soprattutto perché essa fu considerata poco chiara, in ragione della difficoltà di stabilire cosa sia una legge “proibitiva”), senza che però il principio in essa espresso scomparisse, ritenendosi che esso fosse ricompreso nella formulazione di quello che diventerà l’art. 6 disp. prel. del *code Nap.* (“*il ne peut être dérogé par des actes particuliers aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs*”): norma - come chiari Portalis nel suo intervento davanti al Tribunale - che andava considerata appunto come enunciante non soltanto il principio (pacifico) che i privati non potessero sottrarsi alla legge di ordine pubblico, ma come sancente altresì la nullità di ogni patto che contravenisse a *leggi di interesse pubblico* (per la ricostruzione appena riportata cfr. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993, 8 ss., il quale evidenzia conclusivamente che è dunque improprio trarre dalla mancanza nel codice francese di una disposizione specifica l’assenza di un principio che riconosca la nullità dei negozi contrari a precetti imperativi).

⁹³ G. D’AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Le forme di nullità*, Pagliantini (a cura di), Giappichelli, Torino 2009, 12.

⁹⁴ Prima di precipitare in rimedi azzardati, occorre distinguere prudentemente due fasi diverse che involgono l’attività dell’interprete: la prima fase consta nel ricercare la finalità di protezione non espressa ad una sanzione di nullità (quest’ultima espressa), ebbene occorre considerare che «ciò che è virtuale non è tanto la nullità in sé considerata (che è testualmente prevista dal legislatore ex art. 1418 cod. civ.), ma piuttosto il suo carattere protettivo», non esplicitato dal legislatore, ma che deve essere desunto dall’interprete alla luce della *ratio* della previsione legislativa; ed una seconda fase in cui il legislatore ha dettato una norma imperativa *senza indicare espressamente la nullità quale rimedio per la sua violazione*. In tal caso, bisogna risolvere un *doppio problema*: anzitutto occorre stabilire se sia in presenza di un caso in cui il contrasto con la norma imperativa determina la nullità (e non, invece, un altro rimedio; o, addirittura, nessun rimedio *civilistico*); e, solo successivamente a tale esame, ci si può porre il problema di come questa nullità (virtualmente desunta dalla natura della norma violata) debba essere disciplinata. Così G. D’AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Le forme di nullità*, Pagliantini (a cura di), Giappichelli, Torino 2009, p. 732.

(specifiche) regole di comportamento imposte ad un contraente a tutela dell'interesse della controparte più debole, rende tali ipotesi non più *eccezionali*, e le dota di una (possibile) *vis expansiva*, suscettibile di dispiegarsi al ricorrere di tutte le altre condizioni richieste per dar corso al procedimento analogico»⁹⁵.

36. In conclusione, l'esigenza di tutela della parte debole del rapporto contrattuale rappresenta ormai un principio a tal punto radicato nel sistema giuridico, da potersi ritenere che le nullità di protezione testuali siano affiancate da ipotesi di nullità virtuale di protezione, conseguenti alla violazione di norme imperative di protezione non espressamente sanzionate con la nullità. Come si è avuto modo di vedere, la nullità è posta esclusivamente a vantaggio della parte debole, essa è necessariamente parziale, in quanto se da un lato tale forma speciale di invalidità incoraggia il consumatore a far valere le proprie ragioni senza incorrere nel rischio di perdere il bene o il servizio oggetto di negoziazione, dall'altro penalizza il professionista costretto ad adempiere quanto stabilito dal regolamento depurato dalla clausola colpita da nullità⁹⁶. Da ciò consegue che, ai fini dell'interesse ad agire (di cui all'art. 100 c.p.c.), solo il consumatore o utente può agire per far dichiarare la nullità della singola clausola⁹⁷, ma tale nullità può essere rilevata *ex officio* dal giudice. A tal proposito, occorre ricordare che le SS.UU. n. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014⁹⁸, confermano il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto o delle singole clausole, anche nel giudizio di appello e in quello di Cassazione. Le citate Sezioni Unite hanno il merito di aver non solo affermato il potere del giudice di rilevare *ex officio* la nullità del contratto in qualsiasi stato o grado del processo, ma di rilevarla anche nel caso in cui sia stata presentata domanda di esatto adempimento, annullamento, risoluzione o rescissione del contratto stesso.

⁹⁵ Conclude così G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, 12, 977 *ess. L'A.*, inoltre, avverte che non osta a questa conclusione il *principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento*, perché il contenuto e la funzione di tale principio non sono quelli di escludere la possibilità che la nullità consegua alla violazione di una (qualsivoglia) "regola di comportamento" (magari specificamente individuata e formulata dal legislatore), ma piuttosto quello di impedire che un simile rimedio sia fatto discendere *dalla violazione di una regola di comportamento ricavata (e costruita) dal giudice in sede di concretizzazione di una "clausola generale"* (come: buona fede, trasparenza, ragionevolezza, ecc.). Occorre, però, che il procedimento analogico sia applicato con tutto il necessario rigore, e in particolare che sia valutata con accuratezza l'esistenza di una *specificata similitudine rilevante* tra la fattispecie sanzionata espressamente con la nullità e quella per la quale non sia stato previsto analogo rimedio, per evitare che l'interprete finisca per "colmare" una "lacuna" (solo) *apparente* (o *impropria*, che dir si voglia), sanzionando con la nullità una fattispecie per la quale invece, il legislatore abbia *consapevolmente* non previsto (e, dunque, implicitamente escluso) tale rimedio. Si tratta di una valutazione, sotto questo profilo, non molto diversa - in ultima analisi - da quella che l'interprete è chiamato a svolgere quando valuta la sussistenza o meno di un'ipotesi di nullità (virtuale) *ex art. 1418 comma 1 c.c.* Ma mentre in quest'ultimo caso egli *non* è tenuto a trovare una norma che regoli (con il rimedio della nullità) un *caso simile*, nell'ipotesi che stiamo considerando questo passaggio è ineludibile, e contribuisce a restringere opportunamente la libertà dell'interprete nella individuazione del rimedio appropriato alla fattispecie sottoposta al suo esame. Si veda, ancora, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adeguamento del contratto*, Cedam, Padova 2007, 144-161 e 169, spec. 152, il quale ritiene che «le nullità di protezione non si limitano a quelle testualmente previste dalla legge», in quanto «l'art. 1418 c.c. [opera] a prescindere dalla "classe" di interessi che il divieto intende garantire» e, dunque, opera anche rispetto ai divieti di protezione.

⁹⁶ Sussistono, dunque, due diverse forme di nullità parziale: quella solo eventuale *ex art. 1419 c.c.*, retta esclusivamente dal principio di conservazione del negozio, e quella necessaria, la nullità di protezione, 36 c. cons., retta dall'esigenza di tutelare esclusivamente la parte debole. La necessaria parzialità della nullità induce il giurista a considerare come tale forma di invalidità non possa essere considerata più come categoria unitaria, né sotto il fondamento sostanziale: tutela di un interesse generale contrapposto a quello individuale dei contraenti, né sotto l'aspetto del trattamento giuridico: irrilevanza dell'atto nullo. Entrambi i dogmi che caratterizzavano la nullità sono stati incrinati dalla legislazione speciale, nonché dagli interventi legislativi ispirati alle direttive comunitarie che hanno moltiplicato le ipotesi di nullità cc.dd. speciali, ognuna retta da un peculiare statuto. Accanto al dogma della rilevanza dell'atto nullo, che impediva una gradazione di trattamento della nullità, anche la funzionalizzazione esclusiva alla tutela dell'interesse generale è smentita dal dato positivo. Si veda V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 490, rileva una frammentazione della categoria della nullità in una pluralità e molteplicità di modelli e corrispondenti statuti normativi, spesso eterogenei e distanti tra loro. Si veda anche la sentenza del Cons. Stato 20 dicembre 2004.

⁹⁷ Tale interesse ad agire non si concretizza in capo al professionista Contraente forte «dal momento che il contenuto minimo richiesto dalla legge ovvero dalla normativa regolamentare fissata dall'autorità è solitamente previsto a vantaggio della parte che versa in condizioni di debolezza contrattuale e per prevenire o stigmatizzare i comportamenti abusivi che proprio il primo potrebbe mettere a danno di quest'ultima.» Così M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione*, Esi, Napoli 2012, p. 189.

⁹⁸ In Cfr. *Corriere Giur.*, 2015, 1, 88, con commento di V. CARBONE '*Porte aperte' delle Sezioni Unite alla rilevanza d'ufficio del giudice della nullità del contratto.*

La rilevabilità d'ufficio della nullità, dunque, non soffre dei limiti di *extrapetizione*⁹⁹. In particolare, le Sezioni Unite, sentenze 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243¹⁰⁰, si pronunciano sull'obbligo officioso del giudice di rilevare la nullità negoziale, sia quella di diritto comune (1418 c.c.), sia quella di protezione. Posto l'obbligo del giudice di rilevare la nullità in ogni caso, le SS.UU. precisano che il giudice ha l'obbligo di dichiarare *ex officio* la sola nullità di diritto comune e non quella di protezione¹⁰¹. Sicché, nel caso di nullità protettiva, il giudice può solo sollevare il contraddittorio tra le parti (rilevare) ma non certo dichiararla nel dispositivo, senza alcun sollecito del consumatore¹⁰².

VI. I diversi meccanismi di integrazione cogente del contratto. I differenti ambiti applicativi degli artt. 1419, II co., cod. civ. e 1339 cod. civ.

37. I diversi meccanismi sanzionatori (nullità) o di integrazione (conformazione o integrazione *tout court*) del contratto presuppongono, però, l'idoneità dei regolamenti autoritativi a fondare, da un lato, l'invalidità del contratto e, dall'altro, ad intervenire nelle maglie del manufatto negoziale, divenendo - insieme con la volontà delle parti - parte integrante del regolamento contrattuale¹⁰³. Sicché, anche, per quanto riguarda l'applicabilità degli artt. 1374 c.c. e 1339 c.c., il termine "legge" deve intendersi in senso lato, in quanto non si riferisce esclusivamente a quella di rango primario, la disciplina integrativa del contratto può anche dipendere da fonti di rango secondario¹⁰⁴. L'integrazione opera, anche in questa

⁹⁹ A ben vedere, già la sentenza SS.UU., 4 settembre 2012, n. 14828 (in *Contratti*, 2012, 869, con nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?*) ebbe modo di pronunciarsi sulla questione di rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto tanto nell'ipotesi di esatto adempimento, quanto in quella di risoluzione del contratto medesimo. Infatti, posta la indisponibilità della nullità e considerato che l'azione di risoluzione per inadempimento è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, la nullità del contratto si colloca come evento impeditivo di cui si impone una considerazione prioritaria rispetto alla vicenda estintiva della risoluzione. Le SS.UU., n. 26242 del 12 dicembre 2014, invece, statuiscono che il giudice chiamato a decidere sulla impugnazione di un contratto - a seguito di azione di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione, nullità per altro motivo o parziale - una volta "provocato il contraddittorio", deve "rilevare" ogni forma di nullità, anche di "protezione", e ha facoltà di "dichiarare" la stessa *incidenter tantum* in motivazione (salvo che non si tratti di nullità di "protezione"), rigettando per tale motivo l'impugnazione principale, "senza effetto di giudicato", sempreché in esito all'indicazione del giudice, non venga proposta la relativa domanda.

¹⁰⁰ Si veda V. CARBONE *'Porte aperte' delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*. *Corriere Giur.*, cit., 88 ss.

¹⁰¹ Infatti, le SS.UU., operano un *discrimen* tra nullità di diritto comune e nullità speciali: solo nel caso di nullità di diritto comune il giudice ha sempre il potere-dovere non solo di rilevare la nullità, ma anche di dichiararla, mentre nel caso di nullità di protezione il giudice dovrà soltanto rilevarla ma non anche dichiararla. A ben vedere, le nullità di protezione derogano al dettato di cui all'art. 1421 c.c., secondo cui la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, attribuendo invece la legittimazione a farla valere alla sola parte debole.

¹⁰² In verità, appena due anni prima le Sezioni Unite (n. 14828/2012), pur avendo ampliato - seppur in minima parte - i poteri officiosi del giudice nel rilevare la nullità del contratto (anche in ipotesi in cui sia stata proposta azione giudiziale per fini diversi dalla declaratoria di nullità), avevano affermato che, in caso di nullità di protezione, il rilievo della stessa è precluso al giudice, per essere rimesso alla sola volontà della parte debole. A ben vedere, la pronuncia delle Sezioni Unite (n. 14828/2012) stona con il disposto di cui all'art. 36 del cod. cons. (D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206) laddove al comma 3 espressamente prevede che <<la nullità (di protezione) opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice>>, nonché con quanto già espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea conferma il potere officioso del giudice di rilevare la nullità di protezione nell'ottica di una maggiore effettività della tutela del consumatore, stesso effetto utile cui mirano le disposizioni delle direttive comunitarie. Appare, dunque, curiosa la particolarissima forma di nullità necessariamente parziale posta a "vantaggio del consumatore"; sicché, se da un lato tale nullità è rilevabile d'ufficio (v. SS.UU. 2014, nn. 26242 e 26243), in ogni grado e stato di giudizio, dall'altro tale invalidità opera soltanto per proteggere gli interessi di un singolo: consumatore. A ben vedere, la particolare nullità in esame, derivante da uno squilibrio di posizioni contrattuali che - ovviamente - inficia il rapporto. A ben vedere, il legislatore settoriale ha predisposto una sanzione "eccezionale" applicabile ogniqualvolta le parti abbiano esercitato la libertà contrattuale in modo difforme ai dettami generali di equità e buona fede, principi - questi - che trascendono i singolari interessi del consumatore. In quest'ottica, trova giustificazione la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità di clausole.

¹⁰³ Le "norme imperative" di cui agli artt. 1418 e 1419, II co., cod. civ. comportano la nullità totale o parziale (con conseguente sostituzione di clausole) del contratto e la "legge" di cui all'art. 1339 e 1374 cod. civ. vale a integrare il testo del contratto.

¹⁰⁴ La parola legge va intesa come "ordinamento" (sistema) o, se si preferisce, di legalità costituzionale e comunitaria. Così G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli 2010, p. 94.

ipotesi, solo in presenza di una norma primaria che abiliti l'attività di regolamentazione (secondaria) ad intervenire, in via cogente o suppletiva, nel contenuto contrattuale¹⁰⁵; occorre, insomma, che il potere regolamentare delle Autorità indipendenti sia supportato da una adeguata base legislativa, non limitata alla mera previsione del potere, ma consistente nella specifica indicazione dell'oggetto, degli scopi e degli interessi da curare¹⁰⁶.

38. In tema di integrazione si è già proceduto al *discrimen* tra integrazione suppletiva ed integrazione cogente¹⁰⁷. Occorre rilevare una distinzione tra l'art. 1339 cod. civ. e art. 1419, II co., cod. civ.¹⁰⁸ Ebbene, l'efficacia del meccanismo di sostituzione di cui all'art. 1339 cod. civ. risiede nella sua inderogabilità, nella sua automaticità. In virtù della sua applicazione, la volontà dei contraenti non trova alcun spazio: non può né concorrere, né scongiurare l'effetto sostitutivo. Sicché «Il legislatore, nel dettare la legge, non si preoccupa affatto di foggiarne una compatibile con la volontà delle parti, ma persegue obiettivi del tutto diversi. L'inserimento sostitutivo opera anche contro la volontà della parte»¹⁰⁹. A ben vedere, sussiste una distinzione tra l'art. 1419, II co., cod. civ. e l'art. 1339 cod. civ. Tali disposizioni prevedono diversi meccanismi, per cui l'art. 1419, II co., c.c. prevede una nullità (parziale) di una singola (o singole) clausola del negozio, ed evita che tale nullità parziale possa estendersi su tutto il contratto, in virtù del principio di conservazione del contratto. Diverso, invece, è il meccanismo delineato dall'art. 1339 cod. civ. che disporrebbe la sostituzione della clausola col precetto imperativo¹¹⁰.

39. Occorre, però, sottolineare l'identità degli effetti delle due disposizioni, l'art. 1339 cod. civ. vale ad essere «modello di reazione all'abuso della dominanza di una parte del contratto», nel senso che opera, congiuntamente al disposto di cui al II co. dell'art. 1419 cod. civ., «quando il legislatore non si limiti a disapprovare, *tout court*, un patto ma piuttosto intenda correggere il contratto per riequilibrarlo in favore del contraente pregiudicato»¹¹¹. La disciplina codicistica all'art. 1419, II co., cod. civ. disciplina un meccanismo di sostituzione automatica della clausola nulla, soltanto quando quest'ultima abbia regolato un aspetto del rapporto in contrasto con quanto stabilito dalla norma imperativa. Eb-

¹⁰⁵ Il richiamo alla "legge" di cui agli artt. 1339 e 1374 cod. civ. va inteso in senso sostanziale che ricomprende sia i provvedimenti muniti della veste di autentici atti legislativi sia regolamenti e finanche atti amministrativi. A bene vedere, l'intervento eterointegrativo – costituendo significativa restrizione alla libertà economica consacrata dall'art. 41 Cost. – deve trovare fondamento e legittimazione in una norma di rango primario volta a delineare gli aspetti essenziali dell'intervento eteronomo e a circoscrivere l'attività discrezionale dell'amministrazione. Così M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione*, Esi, Napoli 2012, p. 184 e ss.

¹⁰⁶ Così V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in D'Alberti e Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Mulino, Bologna 2010, 78.

¹⁰⁷ Si distingue tra integrazione suppletiva, che ha luogo in mancanza di clausole convenzionali; e cogente, che si sostituisce ad ogni difforme dichiarazione di volontà. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Giuffrè, Milano, 2000, 499. L'integrazione suppletiva (1374 c.c.) postula una lacuna del contratto, ma tale da non rendere l'oggetto indeterminabile con conseguente nullità: F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970, 295; P. VITUCCI, *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, in *FP*, 1968, I, 481.

¹⁰⁸ Contrastanti sono le posizioni in dottrina. Secondo parte della dottrina si è in questo caso fuori del fenomeno della nullità, essendo l'ipotesi riconducibile all'istituto dell'integrazione legale: infatti la norma che impone la sostituzione di clausole contrattuali con regole imperative non tocca la validità del contratto, ma ne integra il contenuto con il regolamento legale (Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino 1980, 498; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 52). Secondo un orientamento (A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Cedam, Padova, 1974, 172) il rapporto tra il II co. art. 1419 c.c. e l'art. 1339 non è di antitesi, ma di complementarietà, nel senso che ognuna di esse contribuirebbe a determinare l'ambito di applicazione dell'altra, pur rimanendo le due disposizioni autonome sotto il profilo della *ratio*: l'art. 1339, infatti, come norma generale regolerebbe il "quando" della sostituzione, mentre l'art. 1419 cpv. statuirebbe il principio per cui all'integrazione legale non è possibile sfuggire, a prescindere dal giudizio sull'essenzialità della clausola nulla di cui all'art. 1419, 1° co. Secondo l'impostazione [N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2003, 71], la norma di cui all'art. 1339 sarebbe un'autentica superfetazione normativa, perché il risultato che essa consente di ottenere sarebbe ugualmente raggiunto in forza dell'art. 1419, 2° co., c.c. il quale è unico precetto essenziale al fine del conseguimento del risultato previsto. Per una sintesi delle diverse posizioni degli studiosi in merito al rapporto tra artt. 1339 e 1419, II co., c.c. si veda M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano 1975, 128 e ss.

¹⁰⁹ Così R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da R. Sacco, Utet, Torino 2004, 409.

¹¹⁰ Così R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit. 425.

¹¹¹ Così A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova 2007, p. 238.

bene, tale meccanismo è frequente – a protezione dei contraenti deboli – in materia bancaria¹¹². Tale meccanismo si introduce nella previsione di una tutela minima, dalla quale le parti possono discostarsi, ma soltanto per convenire un regime giuridico più favorevole per la parte che accede alla negoziazione in posizione svantaggiata¹¹³. Costituisce un esempio evidente del principio di inderogabilità *in pejus* (per il cliente-parte debole) la disciplina che risulta dall'art. 117 T.U.B. in particolare i commi 4,6 e 7. Ebbene, il comma IV individua nell'autonomia contrattuale la fonte privilegiata di individuazione del tasso di interesse e di ogni altra condizione economica del contratto di credito; il comma VI stabilisce: « Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati»; il settimo comma stabilisce che – in via di successiva integrazione- i tassi, i prezzi o condizioni che si devono applicare per il caso in cui la clausola contrattuale sia nulla ai sensi del sesto comma¹¹⁴. Da ciò si deduce che le parti, pur avendo la piena libertà di vincolarsi a regole pattizie difformi al paradigma legale, le previsioni legali riemergono a disciplinare il rapporto se la deroga convenzionale risulta peggiorativa dei diritti del contraente protetto.

40. Le due disposizioni del codice civile (1339 e 1419, II co.), come si è detto, rientrano nel più generale fenomeno di conformazione del contratto che si riferisce all'operare di norme imperative rispetto al manufatto negoziale. In verità l'effetto conformativo previsto dalle due norme rispetto al regolamento contrattuale investe due momenti diversi del contratto: quello della conclusione e quello della attuazione (pendenza) del programma negoziale. In questi termini, l'art. 1339 cod. civ. ha una portata molto più ampia della previsione legata alla nullità della clausola sostituita¹¹⁵. È il caso dell'Aeeg che impone la previsione, nel contratto di utenza tra somministrante e somministrato, di almeno una modalità gratuita di pagamento. Ebbene, si consideri l'ipotesi di un contratto di utenza concluso prima della disposizione autoritativa che preveda una clausola diversa da quella dell'oggetto di un contratto a prestazioni periodiche. Siccome non è affatto contemplata –dal nostro ordinamento- la figura della nullità sopravvenuta, rileva l'importanza dell'art. 1339 c.c. che permette una conformazione ai precetti autoritativi (o di legge primaria) di un contratto, che pur avendo superato positivamente il giudizio di validità negoziale, è già in esecuzione. D'altra parte, anche se ultimamente se ne parla molto, è inammissibile concepire una nullità sopravvenuta, in considerazione del fatto che tale invalidità attiene sempre ad un giudizio di difformità del negozio rispetto al paradigma legale, da effettuarsi

¹¹² S. POLIDORI, *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Esi, Napoli 2001, 190 e ss.

¹¹³ Così S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli 2016, 60. Si veda anche A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., spec. 238.

¹¹⁴ Più precisamente, il settimo comma dell'art. 117 T.U.B. dispone « In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto». Secondo Ferro-Luzzi, *In tema di invalidità del contratto per la prestazione di servizi di investimento*, cit., 476 e ss., i commi 6 e 7 dell'art. 117 T.U.B. contemplano specifiche ipotesi di nullità relativa e gli effetti che ne conseguono, dettando cioè la disciplina integrativa di clausole contrattuali affette da vizi suscettibili di comportarne la nullità. A ben vedere, i commi 6 e 7 dell'art. 117 T.U.B. trovano un collegamento col comma 4 in materia di contenuto minimo del contratto [che dispone: « I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora »]: l'articolata disciplina che ne discende, infatti, evidenzia appunto la peculiarità del regolamento contrattuale predisposto ai sensi dell'art. 117 T.U.B., non essendo le parti pienamente libere di determinare il vincolo negoziale secondo quanto stabilito in termini generali dall'art. 1322 cod. civ. ed incontrando invece una conformazione normativa dell'assetto dei reciproci rapporti proprio sulla base del combinato disposto dell'art. 117, comma 4 e 6, T.U.B. [cfr. P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 229]. Nella fattispecie potrebbe pure parlarsi, con terminologia più moderna, di nullità conformativa [così, V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, I, spec. 741 e ss.].

¹¹⁵ Per cui l'operatività dell'art. 1339 c.c. previene ed impedisce in ogni caso un giudizio di nullità parziale del contratto. Così G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità contrattuale e contratti standard*, in *Commentario c.c.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1993, sub art. 1339, p.250 ss.

al momento della conclusione del negozio. D'altronde, ammettere che un vizio genetico possa diventare sopravvenuto alla conclusione di un contratto permetterebbe all'efficacia della legge di retroagire nel tempo con inevitabile lesione del principio di certezza del diritto e, con esso, della sicurezza della circolazione di ricchezza¹¹⁶.

¹¹⁶ Così M. FRANZONI, *sub art. 1374 c.c., Integrazione del contratto e i suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario* di Schlesinger, Giuffrè, Milano 2003, 25-26.