

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA IN "DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE – XXI CICLO"

COORDINATORE CHIAR.MO PROF. ENRICO QUADRI

TESI DI DOTTORATO

"LE NULLITÀ SPECIALI DI DIRITTO COMMERCIALE.

LA NULLITÀ DELLE INTESI RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA"

TUTOR

CHIAR.MO PROF. CARLO DI NANNI

CANDIDATO

DOTT. VINCENZO CALDERINI

IL COORDINATORE

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Enrico Quadri".

ANNO ACCADEMICO 2007 - 2008

VINCENZO CALDERINI

**Le nullità speciali di diritto commerciale
La nullità delle intese restrittive della concorrenza**

INDICE

**SEZIONE PRIMA – LA NULLITÀ NEL SISTEMA
DELLA PATOLOGIA NEGOZIALE**

**CAPITOLO I
LA NOZIONE DI NULLITÀ NEGOZIALE**

Premessa	p.	8
1. Nullità, inesistenza, inefficacia	„	13
2. Teorie sulla nozione di nullità negoziale	„	19

**CAPITOLO II
LA NULLITÀ NEL SISTEMA DEL DIRITTO PRIVATO.
IL PROBLEMA DELLE NULLITÀ SPECIALI**

1. La nullità nel diritto civile. Le cause di nullità. Nullità virtuale e nullità testuale	p.	24
2. Nullità assoluta e nullità relativa	„	33
3. La nullità parziale	„	36
4. Gli elementi caratterizzanti della nullità. Il rapporto con le altre forme di patologia negoziale	„	39
5. Le nullità speciali: la nullità di protezione in particolare	„	47

**SEZIONE SECONDA – LA NULLITÀ NEL SISTEMA
DEL DIRITTO COMMERCIALE
IN PARTICOLARE LA NULLITÀ DELLE
INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA**

CAPITOLO III
LA NULLITÀ NEL SISTEMA DEL DIRITTO COMMERCIALE

1.	Il problema delle nullità speciali di diritto commerciale	p.	58
2.	Individuazione delle fattispecie principali: breve disamina.	„	60
2.a)	La nullità della società per azioni iscritta nel registro delle imprese (art. 2332 c.c.)	„	60
2.b)	La nullità delle delibere assembleari di società per azioni (art. 2379 c.c.)	„	70
2.c)	La nullità dei patti parasociali nelle società quotate (artt. 122 e ss. T.U.F.)	„	87
2.d)	La nullità delle intese anticoncorrenziali: cenni e rinvio	„	97
3.	Un primo tentativo di ricostruzione di una <i>ratio</i> ispiratrice unica	„	98

CAPITOLO IV
LA NULLITÀ DELLE INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA

	Premessa	p.	102
1.	Le intese anticoncorrenziali vietate	„	105
2.	La nullità ad ogni effetto dell'intesa vietata. La <i>ratio</i> della nullità	„	110
3.	Il problema della sanatoria	„	121
4.	Intese vietate e contratti "a valle". <i>Antitrust</i> e tutela del consumatore e del contraente debole in genere.	„	125
5.	La sorte del contratto "a valle". La tesi della nullità derivata.	„	132
6.	Le altre ricostruzioni circa la sorte del contratto "a valle"	„	143
6.a)	La tesi della validità dei contratti a valle e i rimedi alternativi		

esperibili dai contraenti deboli	p.	143
6.b) La tesi della rescindibilità del contratto a valle e la <i>reductio ad aequitatem</i> . la minoritaria teoria dell'arricchimento senza causa	„	147
6.c) La tesi dell'annullabilità del contratto a valle	„	151
6.d) La tesi della tutela esclusivamente risarcitoria	„	155
7. La soluzione preferibile: la nullità di protezione	„	163

SEZIONE TERZA - CONCLUSIONI

CAPITOLO IV

PREMESSE PER UN RIPENSAMENTO DELLA CATEGORIA GENERALE DELLA NULLITÀ

1. Statuti speciali di nullità. La nullità di protezione. Una nuova concezione della nullità di diritto comune.	p.	177
2. L'erosione della disciplina della nullità di diritto comune. Spunti per un ripensamento della categoria.	„	180
3. L'inesorabile crisi della nullità negoziale.	„	183

Bibliografia	p.	188
--------------	----	-----

Giurisprudenza	p.	209
----------------	----	-----

“È nostro assunto che la nullità vada prospettata come uno strumento di controllo normativo, utilizzato insieme ad altri, per non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con i valori fondamentali del sistema [...]”

Il significato giuridico della nullità deve dunque ricavarsi dalla funzione complessiva svolta dall'ordinamento in sede di realizzazione dei valori fondamentali di uguaglianza e di solidarietà ai quali deve pure ispirarsi la teoria del negozio”.

TOMMASINI, Nullità (dir.priv.), in Enc. Diritto, vol. XXVIII, Milano, 1978, pp. 870 e 877

SEZIONE PRIMA

LA NULLITÀ NEL SISTEMA DELLA PATOLOGIA NEGOZIALE

CAPITOLO I

LA NOZIONE DI NULLITÀ NEGOZIALE

Premessa

L'ordinamento reagisce in differenti modi a seconda del tipo di violazione realizzata dai privati nell'ambito della regolamentazione dei loro interessi attraverso lo schema negoziale.

Ciò che rileva nella presente trattazione è quella particolare forma di reazione che l'ordinamento manifesta laddove commina la sanzione della nullità di atti giuridici negoziali. Più in particolare, è qui centrale il tema della *ratio* della comminatoria della nullità diretta nei confronti dei privati nel caso in cui essi disattendano precetti normativi nel dar vita ai loro atti di autonomia privata.

Non v'è dubbio sul fatto che il legislatore detti norme di differente calibro: vi sono norme che lo stesso testo di legge (art. 1418 c.c.) definisce "imperative" e norme che, invece, non presentano tale carattere. Il concetto di imperatività di una norma va collegato all'interesse posto a fondamento del precetto: la norma può dirsi imperativa, in linea di massima, quando è posta a tutela di interessi generali e non di singoli privati, quando cioè persegue finalità di rilevanza pubblicistica.

È necessario chiarire, in questa premessa operativa, che la comminatoria della sanzione della nullità risponde ad una valutazione effettuata a livello redazionale del testo legislativo, che si risolve nell'individuazione dell'interesse da salvaguardare e nell'indagine circa la natura dell'interesse stesso. Non sono tuttavia queste le uniche variabili di cui il legislatore tiene conto nella formazione della normativa. Spesso,

come si è potuto notare negli ultimi anni di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, vengono in rilievo ulteriori interessi facenti capo a soggetti ovvero a categorie economiche che vengono toccate solo indirettamente dal compimento di particolari atti. È il caso delle discipline commercialistiche che in molti casi ruotano intorno a variabili di difficile connotazione ma di indubbia importanza: *la tutela dell'affidamento dei terzi contraenti*, e, più in generale, *la tutela della sicurezza dei traffici, della certezza dei rapporti giuridici*, o, in una parola, *la tutela della struttura del mercato*.

In questi particolari casi sarebbe, ad una prima lettura, facilmente ipotizzabile che il legislatore rinunciasse a comminare la sanzione della nullità con riferimento agli atti posti in essere in violazione di precetti anche di natura imperativa, non foss'altro che per le conseguenze che l'applicazione di tale sanzione potrebbe produrre sull'andamento del mercato. Eppure ciò non avviene: il legislatore detta svariate disposizioni che contengono la previsione della nullità quale conseguenza della violazione di norme dettate a tutela di interessi che non sono pacificamente di natura pubblicistica.

Le questioni che sorgono a questo proposito consistono fondamentalmente in problemi di coordinamento che si manifestano sia tra disposizioni normative appartenenti a diverse aree del sistema di diritto privato, sia tra i diversi sistemi di diritto civile e di diritto commerciale, quali poli differenti (anche se non del tutto contrapposti) dell'ordinamento privatistico.

Laddove il legislatore codifica ipotesi di nullità diverse da quella unanimemente ritenuta "generale", ossia quella contenuta negli artt. 1418 e ss. c.c., i cui punti cardine sembrano costituire connotati caratterizzanti di tale forma di invalidità, si può parlare all'opposto di *nullità "speciali"*,

non solo perché dettate in aree normative specifiche (codicistiche o della legislazione speciale), ma anche perché provviste di caratteri differenti da quelli della nullità generale.

La diversità dell'interesse tutelato nelle differenti aree giuridiche si riflette, quindi, sui dati caratterizzanti delle varie ipotesi di nullità. Per quanto interessa la presente trattazione, è possibile porre in evidenza alcuni punti della disciplina delle nullità speciali di diritto commerciale che ingenerano il dubbio sulla reale natura dell'istituto in questo settore.

Oggetto specifico del presente lavoro sarà, in particolare, la nullità delle intese restrittive della concorrenza (art. 2, L. 10 ottobre 1990, n. 287); tale fattispecie verrà analizzata sotto diversi profili al fine di ricostruirne la struttura e di coglierne lo spirito. Solo in breve verranno esaminate ulteriori disposizioni normative che comminano la sanzione della nullità nell'area del diritto commerciale, disposizioni che saranno oggetto di analisi più approfondita in un futuro lavoro: la nullità della società per azioni iscritta nel Registro delle Imprese (art. 2332 c.c.), la nullità delle delibere assembleari di società di capitali quale risultante dall'intervento riformatore del 2003 (D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) e la nullità dei patti parasociali stipulati in società con azioni quotate nei mercati regolamentati (artt. 122 e ss. D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). Ciò al fine di identificare un filo conduttore che legghi le suddette disposizioni sul piano della *ratio* ispiratrice. Come si avrà modo di notare in seguito, peraltro, è legittimo il dubbio che tali fattispecie corrispondano realmente ad ipotesi di nullità. Legittimo è altresì chiedersi se l'indubbia disparità di interessi costituenti il sostrato di tali normative avrebbe dovuto spingere il legislatore ad una differente forma di reazione.

È a tal proposito che si pone la necessità di evidenziare come il diritto commerciale sia provvisto di normative peculiari ove si tratti di regolamentare l'invalidità di atti, contratti, delibere, ecc.; tuttavia, per ragioni di economia espositiva, si ometterà la trattazione di tutte le fattispecie in cui si rinvencono tali "anomalie"¹.

Nei seguenti capitoli, pertanto, sarà dedicata particolare attenzione alle singole fattispecie di cui si è già fatta menzione ed inoltre si evidenzieranno le anomalie delle nullità speciali rispetto allo statuto generale degli artt. 1418 e ss. c.c. . In ogni caso, sin d'ora è possibile porre un interrogativo, cui si tenterà di dare adeguata risposta nel prosieguo della trattazione: le molteplici anomalie e peculiarità che si rinvencono in questi statuti speciali di nullità devono far pensare ad una vera e propria "erosione" nel sistema generale della nullità, tale da prefigurare una sorta di "crisi" dell'istituto, non più idoneo ormai a salvaguardare quei fondamentali valori ed interessi storicamente tutelabili attraverso il ricorso alla sanzione della nullità?

In altre parole, il fatto che il legislatore per un verso usi il *nomen iuris* "nullità" ove intende colpire un atto, un negozio, una delibera, un contratto con una particolare invalidità, e per altro verso disponga che tale nullità è sanabile a determinate condizioni, o che non produca un'inefficacia retroattiva, o che possa essere fatta valere solo entro determinati termini di prescrizione o eventualmente da soggetti

¹ Sarà qui sufficiente mettere in luce come il regime di sanabilità della nullità, nonché la non piena retroattività degli effetti della pronuncia giudiziale siano peculiarità caratterizzanti non solo le fattispecie che verranno esaminate nel presente studio, ma altresì la nullità del contratto costitutivo del Gruppo Europeo di Interesse Economico (art. 15 Regolamento 25 luglio 1987, n. 2137), o anche l'invalidità della società tra avvocati (art. 20 D.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96). Va precisato, invero, che nell'ordinamento commercialistico la tendenza legislativa recente, quale risulta dalla riforma del diritto societario, è di esasperare tali peculiarità, creando così una frattura ancor più marcata tra la disciplina generale e le normative speciali.

determinati, può spingere a diverse soluzioni: si potrebbe, infatti, concludere che tali fattispecie abbiano della nullità solo il *nomen iuris*, trattandosi invece di *forme particolari di invalidità* che non hanno quale matrice essenziale gli artt. 1418 ss. c.c. . Ciò contribuirebbe a salvaguardare l'efficacia dello strumento giuridico della nullità. Sarebbe anche possibile, per altro verso, ipotizzare che il legislatore abbia previsto ipotesi particolari di vera e propria nullità con *norme eccezionali*, non suscettibili di applicazione analogica ed in ogni caso facenti capo alla disciplina generale quale matrice. Tale ultima soluzione contribuirebbe a mantenere salda l'unità del sistema come ordinamento privatistico che si dirama in settori specifici e facenti capo ad esigenze economiche differenti; tuttavia, ed è qui che sorge il problema, l' "erosione" dovuta al proliferare di tali "anomalie", che inesorabilmente colpirebbe la disciplina generale, rischierebbe di mettere in crisi l'efficacia della sanzione generale nullità, che, nel tempo, potrebbe perdere quella connotazione di strumento di tutela di interessi di rilevanza pubblicistica che si pone quale esplicazione di esigenze avvertite a livello costituzionale.

A questi dubbi si cercherà di fornire adeguata risposta, pur nella consapevolezza della difficoltà di affrontare una tematica di tale ampiezza e complessità.

1. NULLITÀ, INESISTENZA, INEFFICACIA

Nell'ambito dell'ampio concetto di *invalidità* il legislatore fa rientrare esplicitamente la nullità e l'annullabilità. L'invalidità è definita da autorevole dottrina² come quella condizione per cui, pur esistendo un atto o un negozio giuridico, ad esso viene negata la tutela dell'ordinamento in quanto i suoi elementi non rispondono alla fattispecie elaborata dal legislatore.

Vi sono, comunque, altre figure appartenenti a tale sistema delle quali l'ordinamento non fornisce nozione né disciplina, ma che possono agevolmente delinearci in via interpretativa. È il caso della cd. "*inesistenza*". Tale figura, per quanto ancora oggi sia oggetto di contrasti circa la possibilità di acquistare concreta cittadinanza e fisionomia nel mondo del diritto, è tendenzialmente ammessa dalla dottrina³ e dalla

² MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, p. 478

³ Cfr. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, pp. 613 e ss.; DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust.civ.*, 2000, II, pp. 465 e ss.; FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 479; TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1978, vol. XXVIII, pp. 873 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Dir. Civ.*, Milano, 1977, p. 231; ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, I, p. 61.

giurisprudenza prevalenti⁴. Si parla di atto o di negozio inesistente laddove si vuol far riferimento ad un atto o negozio che, pur esistendo in fatto, è affetto da un vizio più grave e radicale di quello che produce la nullità, al punto di impedire di identificare l'atto o il negozio come tali⁵. Esempio classico di negozio inesistente è il testamento orale o nuncupativo⁶.

La figura dell'inesistenza è sempre stata elaborata parallelamente alla nullità, al fine di applicare tale ultima sanzione agli atti viziati in maniera radicale. L'atto inesistente, in assenza di meccanismi sanzionatori espliciti nella disciplina legislativa, può essere colpito solo con la nullità radicale. Per poter distinguere le due figure si è messo in evidenza che se l'atto nullo è in quanto tale oggetto di una qualificazione in senso lato positiva, cioè come atto "esistente, ma nullo", l'atto inesistente non è suscettibile di alcuna qualificazione positiva o negativa, è semplicemente un "non-atto". La distinzione è ancor più evidente se si osservano le conseguenze delle due diverse ipotesi sotto il profilo della sanabilità, dell'eventuale residua efficacia dell'atto o del negozio, o anche della responsabilità precontrattuale. Tuttavia, ed è qui che sorge il primo vero ostacolo, operare una gradazione dei vizi che possano condurre alle due differenti reazioni da parte dell'ordinamento è opera rimessa all'elaborazione degli interpreti, che non sempre hanno raggiunto

⁴ Si vedano, con particolare riferimento alle delibere assembleari inesistenti, Cass. 14 gennaio 1993, n. 1403, in *Vita not.*, 1993, p.868; Cass. 3 dicembre 1990, n. 11601, in *Giur. it.*, 1991, I, c. 1408.

⁵ In tal senso SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 242. Questi afferma che "si deve distinguere fra la mancanza che tuttavia permetta la giuridica identificazione del negozio, mancanza che induce soltanto l'invalidità del medesimo, e la mancanza che invece impedisce l'identificazione del negozio, perciò giuridicamente inesistente. L'identificazione è impossibile quando l'incompletezza sia tale da escludere che in un fatto possa ravvisarsi un determinato negozio".

⁶ Cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, vol. I, p. 450.

unanimità di vedute. Emblematica, al riguardo, la lunga vicenda che si è vissuta nel settore delle delibere assembleari di società di capitali viziate nel periodo antecedente all'entrata in vigore della riforma organica del 2003⁷.

Le incertezze interpretative riguardanti l'inesistenza quale forma limite di invalidità in senso lato possono, tuttavia, costituire il punto di partenza per l'analisi di altre forme di patologia negoziale: in particolare l'*inefficacia* e la stessa *nullità*.

Di *inefficacia in senso stretto* si parla con riferimento a quelle ipotesi in cui atti o negozi, pur validamente compiuti, non producono (inefficacia originaria) o non producono più (inefficacia sopravvenuta) i loro effetti⁸. Non è certo tale forma di inefficacia che interessa nella nostra trattazione.

⁷ Il legislatore, infatti, ha sempre individuato quali uniche conseguenze dei vizi che colpiscono le delibere assembleari di società di capitali la annullabilità e la nullità, rispettivamente in relazione alla presenza di vizi di carattere formale (art. 2377 c.c.) e di vizi di natura sostanziale (art. 2379 c.c.). La recente riforma ha mantenuto fermo tale impianto normativo, intervenendo, tuttavia, al fine di eliminare lo stato di incertezza interpretativa provocato dall'insorgenza, a livello giurisprudenziale, delle "delibere inesistenti". Codificando di fatto il principio della tassatività dei casi di invalidità delle delibere assembleari, il legislatore della riforma ha arginato quella tendenza interpretativa che individuava in vizi formali particolarmente gravi la causa della inesistenza e quindi della nullità radicale delle delibere. In altre parole, se il diritto positivo operava una netta distinzione tra i vizi in formali e sostanziali e comminava a tal proposito sanzioni differenti, la giurisprudenza, al fine di applicare la sanzione della nullità a delibere viziate solo formalmente, e come tali soggetti all'azione di annullamento esperibile nel breve termine di tre mesi, aveva elaborato la suggestiva figura delle delibere inesistenti. Ma la difficoltà di individuare in via esclusivamente interpretativa la distinzione tra vizi formali non gravi importanti annullabilità e vizi formali radicali provocanti inesistenza-nullità ha creato uno stato di incertezza giuridica inaccettabile soprattutto alla luce di un sistema positivo a dir poco cristallino. Al fine di fugare ogni dubbio, la legislazione della riforma è intervenuta con la codificazione del suddetto principio, che si è risolto nella previsione specifica di fattispecie concrete e pratiche, tali da coprire tutta l'area dei vizi che potessero colpire le delibere societarie. Sull'inesistenza delle delibere societarie prima della riforma del 2003, si veda diffusamente DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, p. 33 e ss; CASU, *Inesistenza, nullità e annullabilità delle delibere assembleari*, in *Riv. Not.*, 1999, p. 1553.

⁸ BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 610. Si tratta dei classici esempi di scuola del negozio sottoposto a condizione sospensiva o a termine iniziale, e, all'opposto del negozio risolutivamente condizionato o sottoposto a termine finale.

Si deve fare qui riferimento al diverso concetto di *inefficacia in senso lato*, quale generale e generica mancanza di effetti, ampio *genus* cui può essere ricondotta la più semplice categoria dell'invalidità⁹: l'inefficacia intesa in senso lato si pone quale connotato tipico delle tradizionali forme di invalidità, ovvero la nullità e l'annullabilità. L'atto nullo in quanto tale non produce alcun effetto, l'atto annullabile produce effetti che possono essere in seguito eliminati.

In particolare, per quel che rileva ai fini del presente lavoro, l'inefficacia di un negozio nullo si pone quale elemento caratterizzante ed indefettibile se solo si considera il tenore della disciplina che forma lo statuto generale della nullità. *Quod nullum est nullum producit effectum*. La forma di patologia che sembra potersi enucleare alla luce di tale normativa incontra ostacoli rilevanti, rappresentati dalle ipotesi di nullità speciale, tali da porre in dubbio il valore di universale principio che sembrerebbe doversi riconoscere a tale brocardo. Sarà quindi necessario comprendere quale valore debba essere attribuito a questa regola generale laddove il legislatore ha dettato disposizioni che sembrano essere con la stessa, anche soltanto implicitamente, in contrasto.

⁹ Cfr. DIENER, *Il contratto in generale, Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2002, p. 743. Secondo BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1952, p. 468 e ss., "invalidità ed inefficacia [...] rappresentano la soluzione che il diritto è chiamato a dare a due problemi di trattamento essenzialmente differenti. L'invalidità è il trattamento corrispondente ad una carenza intrinseca del negozio nel suo contenuto precettivo; l'inefficacia, invece, si presenta come la risposta meglio adeguata ad un impedimento di carattere estrinseco che incida sul divisato regolamento di interessi nella sua pratica attuazione". Interessante, inoltre, la ricostruzione operata da SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 217, secondo il quale " la sequenza positiva rilevanza – validità – efficacia e quella negativa ma speculare a questa, irrilevanza – invalidità – inefficacia presuppongono necessariamente un interesse a rilevanza inattuosa, assistito da un corrispondente regolamento o programma pratico di azioni dirette alla sua realizzazione, che ai soggetti è dato solo enunciare e prospettare, spettando poi al diritto decidere se ammettere oppure no a realizzazione, previo controllo e verifica delle condizioni richieste. E questo è appunto il negozio giuridico".

È ora opportuno dedicare brevi cenni all'istituto che qui maggiormente interessa: la *nullità*. Analizzando l'istituto nell'ambito dello statuto generale fissato in materia contrattuale (artt. 1418 ss. c.c.), è possibile fornire dello stesso una definizione che risponde all'orientamento della prevalente dottrina: la nullità corrisponde ad una grave mancanza o anomalia di un elemento intrinseco dell'atto o del negozio, tale da non consentire la sua rispondenza alla figura tipica individuata dall'ordinamento¹⁰.

La figura generale della nullità, quindi, quale risultante dall'art. 1418 c.c. rappresenta la forma più grave di invalidità negoziale¹¹, che esprime una valutazione negativa del contratto (e del negozio in genere) scaturente o da una deficienza di natura strutturale quale la mancanza o l'impossibilità originaria di un elemento costitutivo, ovvero a causa della sua dannosità sociale, della sua illiceità¹². In relazione alle cause di nullità potremo quindi distinguere una nullità dovuta ad illegalità, connessa alla mancanza di elementi essenziali (art. 1418 comma 2 c.c.) ed una nullità dovuta ad illiceità¹³, quale è quella derivante dalla contrarietà a norme imperative (art. 1418 comma 1 c.c.), o anche dalla contrarietà all'ordine

¹⁰ Cfr. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1968, II, p. 169 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine, cit.*, p. 245; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 962 e ss. .

¹¹ Ciò in quanto, come si è detto in precedenza, la figura del negozio inesistente, frutto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, altro non è che una categoria connessa alla presenza di vizi radicali che, tuttavia, quanto alla sanzione applicabile, può essere colpita solo dalla nullità.

¹² In tal senso v. BIANCA, *Il contratto, cit.*, p. 612.

¹³ In materia di illiceità del negozio giuridico cfr. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in *Illiceità, meritevolezza, nullità* a cura di Di Marzio, Napoli, 2004, p. 11, il quale mette in luce il diverso trattamento che la legge riserva al contratto illecito rispetto alle altre ipotesi di contratto nullo. Si evidenziano in particolare le disposizioni contenute negli artt. 2126, 1972, 1417 c.c.: è in questo campo che si può notare come la nullità assume le vesti di vera e propria "sanzione", in quanto il contratto illecito non viene solo rifiutato, ma anche disapprovato dall'ordinamento.

pubblico e al buon costume, o ancora dalla frode alla legge, nonché dall' illiceità dei motivi (artt. 1418 comma 2, 1343, 1344, 1345 c.c.)¹⁴.

La nullità negoziale si caratterizza per alcuni aspetti specifici attinenti al profilo "dinamico" dell'istituto. Come è noto, essa si qualifica "assoluta" nel senso che legittimato ad agire per farla dichiarare è "chiunque vi abbia interesse". Carattere indefettibile della stessa è la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice (art. 1421 c.c.), il quale, in tal caso emette una sentenza meramente dichiarativa; quanto all'azione di nullità, essa non è soggetta a termini di prescrizione (art. 1422 c.c.); il contratto nullo non è suscettibile di sanatoria (art. 1423 c.c.); la nullità comporta, peraltro, la definitiva inidoneità dell'atto a produrre gli effetti suoi propri, in quanto l'atto nullo è inefficace sin dall'origine, poichè la sentenza dichiarativa di nullità ha effetto retroattivo reale. Questi i connotati tipici della nullità.

Nelle stesse pagine del codice, tuttavia, è possibile riscontrare un'anomalia: il legislatore, nel sancire i punti fermi e caratterizzanti dell'istituto, stabilisce numerose quanto sistematiche "salvezze" (artt. 1418 comma 1, 1421, 1422, 1423 c.c.) consistenti nel "rinvio" all'eventuale diversa previsione legislativa.

Non v'è dubbio che tali salvezze costituiscano il presupposto per il proliferare delle *nullità "speciali"*. In diversi settori del diritto privato è facile rinvenire numerose previsioni legislative in tal senso. Va detto, in

¹⁴ Va altresì considerato che la nullità si pone anche quale strumento di cui la legge si serve per negare tutela a quelle manifestazioni di volontà mediante le quali si realizza un contrasto non solo con schemi legali, ma anche con interessi preminenti e ritenuti meritevoli di tutela secondo l'ordinamento. Si veda in tale senso TOMMASINI, *Nullità, cit.*, p. 876, ove si afferma che la nullità rappresenta un rilevante indice di meritevolezza degli interessi programmati dalle parti (art.1322 comma 2 c.c.) rispetto ai fini della comunità: attraverso la sanzione della nullità, l'ordinamento nega la propria tutela a programmazioni che non rispondono ai valori fondamentali, e ciò fa non riconoscendo, *ab initio*, alcun effetto al negozio posto in essere.

ogni caso, che tale fenomeno di espansione si è accentuato particolarmente negli ultimi anni. La specialità della nullità, come già detto, non consiste soltanto nella collocazione normativa dell'istituto, nel fatto cioè che di nullità si parli in aree specifiche e distinte da quella centrale degli artt. 1418 e ss c.c.; bensì esso sembra essere maggiormente connesso alla sussistenza di connotati differenti da quelli tipici di cui si è appena parlato¹⁵.

Per quanto interessa il presente lavoro, la proliferazione delle nullità speciali nel settore del diritto commerciale è un dato di fatto e non v'è modo di sminuire la portata del fenomeno. Si può solo cercare di comprendere se la (parziale) diversità della *ratio* che caratterizza le nullità speciali di diritto commerciale giustifichi le altrettante diversità di disciplina, e, una volta trovata tale eventuale soluzione, chiedersi se ciò possa contribuire a recuperare una certa unitarietà del sistema. Tale problematica verrà analizzata nei successivi capitoli.

2. TEORIE SULLA NOZIONE DI NULLITÀ NEGOZIALE

In relazione all'esigenza di attribuire adeguata collocazione alla nullità sotto il profilo concettuale, la dottrina ha elaborato numerose ricostruzioni dell'istituto.

Punto fermo dell'elaborazione dottrinale è il fatto che l'atto nullo è totalmente improduttivo di effetti a causa di una carenza strutturale ed

¹⁵ Cfr. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Bessone*, vol. XIII, Torino, 2002, p. 128. Si tratta, secondo l'autore, di nullità "distanti anni luce da quelle forme tradizionali di nullità" previste dal codice civile. Ciò sia per quanto riguarda le cause, che risiedono in "situazioni e circostanze tutte esterne al singolo contratto perché proprie di situazioni più complessive in cui si trovano le parti", sia per quanto riguarda il terreno delle fonti e degli effetti.

intrinseca della fattispecie negoziale. Tale assunto, tuttavia, genera due schemi ricostruttivi che si differenziano in base alla possibilità di ammettere o meno eccezioni alla regola dell'improduttività di effetti.

Una prima ricostruzione¹⁶, che definisce la nullità come *qualificazione negativa*, sostiene che il negozio, pur se colpito da nullità, riceve comunque una minima identificazione sul piano sociale e giuridico. A tale opinione si obietta che non è possibile leggere l'istituto della nullità soltanto attraverso la lente della teoria del negozio giuridico: in altre parole, la teoria della qualificazione negativa sarebbe influenzata dal nesso indissolubile che essa ravvisa tra nullità e negozio giuridico, giungendo a sostenere che, se il negozio ha una rilevanza sociale in quanto tale, la nullità che lo colpisce non è in grado di cancellare tale rilevanza, ma soltanto di contrapporsi allo stesso negozio come una sorta di forza negativa che impedisce all'atto di autonomia di ricevere tutela da parte dell'ordinamento giuridico¹⁷. È per questo motivo che la stessa dottrina identifica la nullità come una forma di sanzione¹⁸.

Una seconda ricostruzione¹⁹, che elabora la nullità come *inqualificazione*, invece, non ammettendo alcuna eccezione al principio di improduttività di effetti da parte del negozio nullo, giunge a sostenere che

¹⁶ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 468 che a proposito della nullità parla espressamente di "valutazione negativa".

¹⁷ In tal senso GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 963.

¹⁸ Affascinante è altresì la ricostruzione operata da IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 541 e ss.. Secondo l'Autore, ferma restando la configurazione della nullità come sanzione, sarebbe possibile classificare gli atti colpiti dalla medesima in tre differenti categorie. In una prima categoria rientrerebbero gli atti rifiutati dal diritto in se per sé, ossia quelli contrari a norme imperative, quindi illeciti. Nella seconda categoria andrebbero annoverati gli atti rifiutati dal diritto per difetto di un requisito, come nel caso del divieto di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio: in questo caso il requisito mancante è la commerciabilità dei beni. Una terza categoria sarebbe invece rappresentata dagli atti nulli in quanto rifiutati e disapprovati dall'ordinamento: il legislatore in questo caso all'invalidità somma l'illiceità.

¹⁹ DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 67 e ss.

il negozio nullo è un atto inqualificato ed irrilevante sul piano giuridico. Non potrebbe sostenersi che il negozio sia esistito, poiché, in quanto nullo, esso non avrebbe ricevuto la benché minima qualificazione sul piano logico e giuridico. L'atto nullo, quindi, altro non sarebbe che un *quid facti*, di per sé incapace di integrare gli estremi dello schema giuridico-formale della fattispecie, a nulla valendo l'eventuale spontaneo adempimento dell'obbligazione da esso scaturente.

La dottrina della qualificazione negativa, peraltro, ravvisa gli elementi di irrilevanza giuridica e di in qualificazione soltanto nel negozio *inesistente*, di cui si è trattato nel paragrafo precedente, poiché soltanto in questa figura si avrebbe la totale assenza di riscontro sociale del negozio stesso²⁰.

Non è questa la sede per dedicare attenzione a tali ultime teorie, dovendo la presente trattazione indirizzarsi non tanto verso la ricostruzione del significato logico della nullità, quanto piuttosto verso l'individuazione del significato giuridico di specifiche previsioni normative di nullità speciale in rapporto alla figura generale di cui agli artt.1418 e ss c.c. . Si può tuttavia evidenziare sin da ora che, nell'area della specialità dei precetti, le ricostruzioni si qui menzionate rischiano di restare lettera morta. In altre parole, il preannunciato fenomeno di erosione della categoria generale della nullità si ripercuote sulle elaborazioni che dell'istituto sono state sino ad oggi effettuate, e l'atto nullo rischia di non apparire più come non qualificato ovvero qualificato

²⁰ Sostiene la tesi della rilevanza dell'atto nullo come fattispecie autonoma con connotazione distinta dall'atto di autonomia privata MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 52, il quale, per altro verso, sottolinea l'irrilevanza, per il diritto, del negozio inesistente che "mancando dei requisiti minimi per il procedimento di sussunzione, non è possibile oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento".

negativamente. Di tale fenomeno si evidenzieranno i segnali nel corso della trattazione.

CAPITOLO II

LA NULLITÀ NEL SISTEMA DEL DIRITTO PRIVATO IL PROBLEMA DELLE NULLITÀ SPECIALI

1. LA NULLITÀ NEL DIRITTO CIVILE. LE CAUSE DI NULLITÀ. NULLITÀ VIRTUALE E NULLITÀ TESTUALE.

La disciplina della nullità nell'ordinamento civilistico è unanimemente ricondotta alla normativa di cui agli art. 1418 ss c.c., che, come si è detto, nel regolamentare la patologia del contratto, costituisce lo statuto generale della nullità medesima. La ragione di tale identificazione va probabilmente ricercata nella centralità che lo strumento contrattuale ha acquisito all'interno della struttura economica dell'ordinamento. È noto infatti che nel sistema del diritto privato si è passati da una concezione che attribuiva alla proprietà il ruolo di elemento fondamentale dell'economia, in virtù della quale il contratto veniva assunto quale mero strumento giuridico utile e necessario al fine del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale da un soggetto ad un altro, ad una nuova concezione di tipo dinamico che assegna al negozio giuridico una posizione di sovranità, nel senso che esso rappresenta il principale strumento di creazione della ricchezza in quanto inserito nell'orbita dell'impresa: è ormai il contratto, e non più la proprietà, la principale risorsa di gestione del sistema economico²¹.

²¹ Cfr. in tal senso ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 60.

La centralità dello strumento contrattuale, pertanto, fa sì che la regolamentazione giuridica del medesimo acquisisca il rango di normativa generale, applicabile in mancanza di disciplina *ad hoc* in tutte le altre aree del diritto civile.

Come si è anticipato, la nullità in generale costituisce lo strumento con cui la legge nega fondamento a quelle manifestazioni di volontà che si pongono in contrasto con lo schema legale e con gli interessi generali dell'ordinamento: essa, dunque, rappresenta un indice del giudizio di meritevolezza dell'interesse perseguito con l'atto di autonomia privata rispetto ai principi ispiratori dell'ordinamento²².

Tale assunto trova concreta esplicazione nell'elencazione delle cause della nullità stessa.

In primo luogo, la legge (art. 1418, comma 2, e art. 1325 c.c.) stabilisce che causa di nullità è la mancanza o l'impossibilità originaria o definitiva di un elemento costitutivo del contratto (accordo, causa, oggetto, forma se richiesta *ad substantiam*). L'assenza di uno di questi requisiti, nonché il contrasto del regolamento di interessi predisposto dalle parti con le ccdd. norme imperative determina la configurazione del cd. contratto *illegale*. Si ha tale forma di contratto laddove questo, pur non ledendo interessi altrui e non essendo riprovato dal diritto, sia sfornito dei requisiti prescritti dalla legge e sia, perciò, inidoneo a produrre effetti giuridici. Nel contratto illegale, quindi, vi è violazione di un precetto posto nell'interesse del contraente medesimo, o, al massimo, nell'interesse di una collettività identificata. In ciò si differenzia dal contratto *illecito*, che è altresì nullo, ma integra una violazione di precetti posti nell'interesse di soggetti diversi da quelli che pongono in essere la volontà negoziale, e, in

²² Cfr. TOMMASINI, *Nullità, cit.*, p. 876.

particolare, nella prospettiva di tutelare il pubblico interesse²³. Illiceità ed illegalità, pertanto, pur costituendo violazioni di diversa intensità, provocano la medesima reazione da parte dell'ordinamento: la nullità del contratto, con le medesime conseguenze in termini di ripetizione di quanto indebitamente prestato in base al contratto (art. 2033 c.c.). La differenza tra le due figure, peraltro, si coglie sul piano dell'applicabilità o meno dei mezzi di conservazione del contratto, possibile soltanto nel caso del negozio illegale, non anche nel negozio illecito²⁴.

Il contratto è nullo, quindi, nel caso in cui il regolamento di interessi elaborato dalle parti sia in contrasto con norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.). Il legislatore, tuttavia, precisa che questa regola vale fino a quando non vi sia una differente previsione legislativa che commini una sanzione di altro tipo. La disposizione in esame è chiaramente una norma di chiusura, poiché fa sì che la regola generale in tema di invalidità degli atti negoziali sia la comminatoria della nullità. La comminatoria della sanzione di nullità, tuttavia, non sempre è esplicitamente presente in precetti imperativi. Può accadere, infatti, che una norma detti una regola di qualsivoglia natura senza fissare espressamente la sanzione della nullità dell'atto eventualmente compiuto in suo dispregio. Ebbene, in questo caso, si parla di *nullità cd. virtuale*. Tale ultimo istituto trova il suo fondamento proprio nel carattere residuale della sanzione della nullità in materia contrattuale e negoziale in genere²⁵.

²³ La distinzione tra illegalità e illiceità si coglie sul piano della disciplina conseguentemente applicabile al contratto nullo. In caso di illiceità, infatti, non possono trovare applicazione gli articoli 2126, 799, 1367, 1424 c.c.; inoltre, mentre l'illiceità è sempre motivo di nullità, l'illegalità può determinare la nullità ovvero altra sanzione, così come disposto dall'art. 1418, comma 1, c.c., ove è fatta salva la diversa previsione legislativa.

²⁴ Cfr. DONISI, *Ricerche di diritto civile*, Napoli, 1991, p. 157 ss.

²⁵ La dottrina distingue spesso illegalità ed illiceità in base ad un diverso criterio. Secondo GAZZONI, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 988, l'illiceità andrebbe connessa

Il meccanismo legislativo che opera in proposito è decisamente lineare: se la nullità è *testuale*, cosa che avviene nelle fattispecie legislative di cui ci si occuperà in seguito, si ricade nell'ambito della disciplina di cui all'art. 1418, comma 3, c.c., che fa rinvio a tutti i casi in cui la legge applica direttamente la sanzione, ciò indipendentemente dall'indagine sulla natura della norma che la prevede. Sembrerebbe, infatti, inutile in questo caso analizzare il carattere imperativo o meno del precetto violato, essendo il medesimo supportato dalla previsione residuale di cui sopra. Nel diverso caso di una disposizione che non preveda chiaramente la sanzione da applicare o che, comunque, non commini una sanzione diversa dalla nullità, occorrerà innanzi tutto procedere all'esame della natura della norma: qualora si ravvisi il carattere imperativo della stessa, ne discenderà automaticamente l'applicazione della sanzione di nullità in virtù del disposto dell'art. 1418, comma 1, primo periodo, c.c., trattandosi di nullità virtuale.

La linearità della normativa enunciata, tuttavia, incontra un ostacolo interpretativo evidente. La nullità è concepita dalla dottrina pressoché unanime quale strumento di protezione dei valori fondamentali della collettività; le norme imperative sono identificate prevalentemente in base alla loro destinazione alla tutela di interessi generali, di rilevanza pubblica, e non dei singoli contraenti²⁶. Orbene, nei casi di nullità testuale,

esclusivamente alla violazione dell'art. 1343 c.c., mentre il caso dell'illegalità sarebbe connesso al generico contrasto del contratto con le norme imperative, ossia al classico caso della nullità virtuale.

²⁶ Le difficoltà che si incontrano in fase di interpretazione sono spesso connesse all'individuazione del carattere imperativo di una norma giuridica. Lo stesso codice, a volte, parla espressamente di norme di ordine pubblico, come avviene nella disciplina delle clausole di esonero da responsabilità ex art. 1229 c.c. . La Suprema Corte, tuttavia, ha precisato che una norma, pur essendo imperativa e inderogabile, può non essere di ordine pubblico (cfr. Cass. 5 aprile 1984 n. 2215, in *Giur. it.*, 1984, 1, p. 1368, ove si parla di norme "proibitive")

come quelli che andremo ad analizzare, è possibile che il precetto che commina la sanzione non sia imperativo? Se a tale quesito si dovesse fornire risposta positiva si rischierebbe di mettere in crisi la teoria della nullità come strumento di salvaguardia dei diritti fondamentali, poiché essa potrebbe legittimamente essere impiegata per colpire violazioni meno rilevanti ed attinenti ad interessi meramente privati.

È preferibile, a mio avviso, ancorare sempre la nullità alla violazione di norme imperative, e sostenere che ogni previsione di nullità testuale debba necessariamente essere animata da uno spirito di protezione di valori preminenti dell'ordinamento. È per questa ragione che l'analisi delle nullità speciali di diritto commerciale, all'interno del presente studio, costituisce una sorta di prova di resistenza, orientata a comprendere se tali previsioni possano essere identificate come vere e proprie nullità ovvero siano mere distorsioni dello statuto generale.

L'illiceità del contratto si ha altresì nel caso in cui la sua causa, ossia la sua funzione economico - sociale²⁷ si ponga in contrasto con norme

²⁷ Con riferimento alla causa negoziale, è particolarmente interessante una recente pronuncia della Suprema Corte, che ha passato in rassegna le varie teorie elaborate nel tempo sull'argomento (cfr. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1718 ss). La causa, intesa nel comune significato di "funzione economico sociale" del contratto secondo un approccio ermeneutico che la Corte definisce di tipo "astratto", presuppone che un negozio giuridico non possa legittimamente dirsi "privo di causa", laddove corrisponda ad uno schema legale tipico. La tradizionale nozione, così delineata non corrisponde a quella che, come sottolineato dalla più recente dottrina (BIANCA, *Il contratto, cit.*, p. 452), si evince esaminando il profilo oggettivo e strutturale della pattuizione. Tutte le possibili definizioni di causa succedutesi nel tempo hanno visto la dottrina italiana in permanente disaccordo (mentre negli altri paesi il dibattito è da tempo sopito), scorrendosi, di volta in volta, di scopo della parte o motivo ultimo (la c.d. teoria soggettiva); di teoria della controprestazione o teoria oggettiva classica (che identifica la causa con la fonte dell'obbligazione); di funzione giuridica ovvero di funzione tipica (rispettivamente intese come sintesi degli effetti giuridici essenziali del contratto, ovvero di identificazione del tipo negoziale); di funzione economico-sociale, la c.d. teoria oggettiva, formalmente accolta dal codice del 42, del tutto svincolata dagli scopi delle parti all'esito di un processo di astrazione da essi. La definizione del codice è, quindi,

imperative, ordine pubblico o buon costume (art. 1418, comma 2, e art. 1343 c.c.). La violazione dei principi di ordine pubblico e di buon costume è stata oggetto di un'ampia elaborazione giurisprudenziale, che ha portato alla configurazione di parametri piuttosto ampi. Si tratta, in ogni caso, di regole che presuppongono un'analisi di carattere storica e spaziale, e che consentono una valutazione tendenzialmente elastica, diversamente dalle norme imperative, che costituiscono un sistema rigido²⁸.

Senza volersi addentrare nell'esame di tali sistemi, che presuppone un'analisi ben più dettagliata, ci si limita in questa sede a ricordare che l'*ordine pubblico* è costituito per lo più da norme di carattere giuridico che non sono necessariamente oggetto di codificazione, potendo le stesse desumersi dal sistema e dai suoi principi generali. È per questa ragione che tendenzialmente l'ordine pubblico è identificato mediante il ricorso alle norme costituzionali o contenute in testi legislativi posti al vertice della gerarchia delle fonti. Tali valori sono tuttavia mutevoli: si è infatti elaborato il concetto di ordine pubblico *sociale* o *economico*, che si fonda sulla contingente politica economica dello Stato, che è sempre socialmente

quella di funzione economico-sociale del negozio riconosciuta rilevante dall'ordinamento ai fini di giustificare la tutela dell'autonomia privata, ma è noto che, la più recente dottrina e parte della giurisprudenza già da tempo parlano causa "concreta", ed elaborano "una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale".

²⁸ In tal senso DIENER, *Il contratto in generale*, cit., p. 756.

orientata e impone rilevanti limiti all'autonomia dei privati nella prospettiva del perseguimento del bene comune²⁹.

Il buon costume, ancor più dell'ordine pubblico, rappresenta un sistema mutevole composto da norme di carattere non giuridico che vengono fatte proprie dall'ordinamento quali strumenti di sensibilizzazione morale e di adattamento ai principi etici della realtà sociale ed economica³⁰. La peculiarità di tale sistema sta non tanto nella sua fenomenologia, quanto piuttosto nella particolare reazione che l'ordinamento riconnette alla sua violazione: l'irripetibilità di quanto prestato ai sensi dell'art. 2035 c.c., che codifica il brocardo *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*.

²⁹ Secondo SANTORO PASSARELLI, *Dottrine, cit.*, p. 187 e ss., l'ordine pubblico è costituito da norme di carattere giuridico, ma la sua peculiarità consiste nel fatto che l'illiceità del contratto si configura anche se non v'è contrarietà ad una specifica norma codificata, bensì anche soltanto ad un principio generale che si desume da un sistema di norme imperative. Costituiscono indubbiamente norme di ordine pubblico quelle contenute nella Costituzione, con particolar modo quelle che sanciscono il rispetto dei diritti fondamentali della persona. Esempi di contrarietà all'ordine pubblico si colgono nel patto con cui un soggetto si impegna a svolgere un'attività che pregiudica la sua salute, ovvero con un sì limiti la libertà d'azione di una persona, con cui si ceda il proprio posto di lavoro, o con cui ci si impegni a votare in un determinato modo durante una consultazione elettorale. Sull'ordine pubblico economico cfr. FERRI, *Ordine pubblico*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1980, XXX, p. 1055 e ss. Al nostro scopo potrebbe essere interessante considerare il carattere di possibile illiceità per contrasto con l'ordine pubblico economico delle intese fra imprenditori tali da limitare in maniera consistente il gioco della concorrenza. Sull'argomento v. *infra* capitolo IV.

³⁰ In una nota pronuncia, la Suprema Corte ha affermato che il concetto di buon costume non può non essere retorico, poiché la contrarietà del negozio a questo parametro non può essere limitata all'area della contrarietà al pudore sessuale e della decenza, ma deve intendersi legata anche alla violazione di principi etici della coscienza morale collettiva, al cd. morale sociale, quella morale cui la generalità delle persone oneste, di buona fede e di sani principi, in un determinato momento ed in un determinato ambiente, conforma il proprio operato (cfr. Cass. 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2418). Si fa, infatti, l'esempio del negozio con cui una parte promette una prestazione patrimoniale in cambio di una raccomandazione presso un pubblico ufficio: il contratto sarà nullo e chi ha subito una diminuzione patrimoniale non potrà ripetere quanto pagato ai sensi dell'art. 2035 c.c. .

L'illiceità del negozio può inoltre riguardare l'oggetto del contratto (art. 1418, comma 2 e art. 1346 c.c.), ovvero dei motivi (art. 1418, comma 2, e art. 1345). Per quanto riguarda l'*oggetto* occorrerà distinguere tra l'illiceità dell'oggetto cd. *diretto*, ossia della prestazione dedotta in contratto, nel qual caso si avrà tendenzialmente illiceità della causa³¹, e l'illiceità dell'oggetto cd. *indiretto*, ossia del bene che costituisce oggetto della prestazione³². In merito ai motivi, le rappresentazioni soggettive che inducono le parti a contrattare, occorre tener presente che il legislatore, per colpire il contratto con la nullità, richiede che l'illiceità sia diffusa nell'iniziativa di entrambe le parti del contratto, essendo le stesse addivenute alla stipula per il medesimo illecito motivo, ad esse comune, e che sia stato non solo determinante del consenso, bensì unico ed esclusivo motore della loro volontà positiva³³.

³¹ Si faccia l'esempio del contratto con cui ci si impegni ad uccidere qualcuno dietro compenso: la prestazione da eseguirsi è illecita, e la causa stessa del negozio è da reputarsi in diretto contrasto con valori fondamentali dell'ordinamento.

³² Si fa l'esempio della vendita di futura eredità (art. 458 c.c.) o della donazione di cosa futura (art. 771 c.c.), ove illecita non è la causa o la prestazione, ma soltanto l'oggetto della prestazione stessa. L'oggetto mediato non è in ogni caso illecito: la cosa futura (art. 1348) è illecita se donata, non se è venduta (art. 1472 c.c.). Si è poi precisato, in relazione al caso della vendita di un immobile privo del necessario provvedimento autorizzativo dell'edificazione, che il contratto in questione deve intendersi illecito per violazione della normativa urbanistica, la quale richiede il rilascio di licenza, concessione o permesso di costruire quale condizione di legittimità dell'opera (Cfr. Cass. 8 settembre 1999, n. 9508, in *Contratti*, 1999, p. 1131).

³³ In relazione all'illiceità dei motivi possono essere richiamati, oltre all'art. 1345 c.c., anche gli artt. 626 (in materia di disposizioni testamentarie), 788 (in materia di donazione), 647 e 794 (con riferimento all'onere impossibile o illecito che ha costituito il solo motivo determinante rispettivamente della disposizione testamentaria o della donazione)

È infine illecito il contratto cd. in frode alla legge (art. 1418, comma 2 e art. 1344 c.c.), in quanto se ne reputa illecita la causa³⁴. Si tratta di una fattispecie di negozio indiretto, che la dottrina riconduce al fenomeno del collegamento negoziale³⁵. Vi è, infatti, un contratto, cd. mezzo, perfettamente lecito che viene impiegato dalle parti per perseguire un fine ulteriore, ossia la conclusione di un diverso contratto, illecito. La terminologia legislativa, che parla di causa "reputata" illecita, è forse inadatta, poiché in questo caso si ha una vera e propria causa illecita, che attiene al contratto cd. fine. È evidente che la nullità di tale negozio si estende anche al negozio mezzo, essendo i due collegati in maniera bilaterale³⁶.

Dall'analisi delle cause si comprende facilmente che il legislatore ha riservato alla nullità un ruolo chiave tra gli strumenti di difesa dei cardini dell'ordinamento. Le altre forme di invalidità, infatti, occupano posti secondari nella gerarchia della protezione dei valori ordinamentali. Su tale punto occorre esser chiari sin dall'inizio. L'opinione di chi scrive è che il

³⁴ In dottrina v. GIACOBBE, *Frode alla legge*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1980, p. 73; PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 298.

³⁵ Cfr. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1999, p. 619; BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile. Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986, vol. I, p. 726. Si veda altresì Cass. 28 settembre 1994, n. 7890, in *Riv. not.*, 1995, p. 1321. Sostiene invece la tesi della non necessaria età del collegamento negoziale nel fenomeno della frode alla legge FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 245.

³⁶ Ipotesi classiche di contratto in frode alla legge sono quelle connesse all'area del diritto del lavoro: si pensi al licenziamento seguito da immediata riassunzione per realizzare lo spezzettamento dell'indennità di fine rapporto in frode all'art. 2120 c.c., ovvero alle pratiche elusive del licenziamento per giusta causa poste in essere mediante cessione del contratto di lavoro, in frode all'art. 2119 c.c. . La fattispecie che indubbiamente ha interessato maggiormente l'elaborazione di dottrina e giurisprudenza è quella rappresentata dalle alienazioni a scopo di garanzia poste in essere in frode al divieto di patto commissorio sancito dagli art. 2744 e 2745 c.c.: si pensi alle numerose questioni sorte in tema di patto di retrovendita o di *sale and lease back*.

legislatore del 1942 ha costruito l'invalidità in maniera schematica e cristallina. Laddove i soggetti giuridici, con le loro manifestazioni di volontà negoziale, ledano interessi meramente privati, e non invadano la sfera economica altrui arrecandovi danno, non vi è alcun motivo per lasciar cadere sulla pattuizione la scure della nullità. Ciò in virtù del fatto che esistono strumenti giuridici più blandi, fatti a misura dell'interesse personale e privato, non pubblico. Questo, dagli studi effettuati, nonché dalle letture e dalle analisi compiute in svariati settori dell'ordinamento civilistico, è il pensiero che costituisce il punto di partenza del presente lavoro.

È soltanto il caso di anticipare che non sarà affatto facile supportare tale ultimo assunto, specie alla luce della recente legislazione speciale, che, incentrata prevalentemente sull'esigenza di recepire le istanze provenienti da settori dell'economia che sono ritenuti maggiormente meritevoli di protezione, ha fatto della nullità un uso a dir poco improprio.

2. NULLITÀ ASSOLUTA E NULLITÀ RELATIVA

Ulteriore classificazione della nullità è quella basata sulla legittimazione all'esercizio della relativa azione. Poiché gli interessi tutelati, come si è detto, sono di carattere superindividuale, la legge dispone (art. 1421 c.c.) che la legittimazione all'esercizio dell'azione spetti a chiunque vi abbia interesse, e sancisce, quindi, un principio generale di legittimazione assoluta all'azione. Tutto ciò, comunque, fin quando non vi

sia diversa previsione legislativa. La stessa disposizione, infatti, fa salva la diversa regolamentazione dettata con riguardo a fattispecie speciali.

Lo schema normativo è chiaramente incentrato sulla *ratio* generale della sanzione, la quale, posta a tutela di valori di rilievo generale, è invocabile da qualunque soggetto giuridico, con l'unico limite della sussistenza di un concreto interesse ad agire, non valutabile secondo il semplice criterio fissato dall'art. 100 c.p.c., ma anche e soprattutto in base alla sussistenza di una posizione giuridica sostanziale connessa al rapporto dedotto in giudizio³⁷. Il principio fissato, tuttavia, in virtù della salvezza citata, non può ritenersi di ordine pubblico, ciò in quanto la possibilità di fissare una differente impostazione in leggi speciali fa sì che la nullità possa essere utilizzata anche a salvaguardia di diritti che sono nella titolarità di soggetti ben individuati, di regola i contraenti posti in posizione di sfavore economico. Laddove la legge sancisce la legittimazione di uno o più soggetti positivamente individuati, e non ammette l'azione di qualunque interessato, si parla di *nullità relativa*³⁸. In ogni caso, anche se l'azione può essere esperita solo da alcuni soggetti, la nullità, una volta dichiarata, opera sempre *erga omnes*.

³⁷ In tal senso v. GIROLAMI, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 235 ss., secondo cui l'art. 1421 c.c. "non avrebbe propriamente a che vedere con l'istituto dell'interesse processuale ad agire, ma individuerebbe piuttosto quell'interesse sostanziale che è in grado di fondare la legittimazione ad agire in giudizio. [...] Dunque, da un lato l'art. 1421 c.c. sancisce la legittimazione assoluta all'azione di nullità e dall'altro si preoccupa, poi, di delimitarla, richiedendo all'uopo uno specifico interesse di natura sostanziale: al quale poi, secondo quanto si è detto, si dovrà aggiungere un preciso interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., che sarà per forza di cose strettamente collegato alla situazione sostanziale che fonda la legittimazione, ma che concettualmente sarà affatto distinto".

³⁸ Secondo autorevole dottrina (CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico, cit.*, p. 329), la nozione di nullità relativa non potrebbe essere accolta nel nostro ordinamento poiché sarebbe inconcepibile una nullità che operi *erga omnes* ma che possa essere fatta valere solo da alcuni soggetti. Se questi non dovessero agire per far valere la nullità, il contratto continuerebbe a produrre effetti pur essendo nullo.

La salvezza di cui all'art. 1421 c.c., in materia di eventuale legittimazione relativa all'azione, costituisce il supporto normativo che lo statuto generale fornisce alle ccdd. *nullità di protezione*, che saranno oggetto di esame nella seguente trattazione, e che si caratterizzano proprio per il fatto che, di regola, possono essere attivate solo dal contraente che la legge intende proteggere.

L'art. 1421 c.c., peraltro, detta anche una regola che deve intendersi quale principio di ordine pubblico: la nullità è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio³⁹. Il principio di rilevanza d'ufficio, a mio

³⁹ Si è chiarito (Cass. 12 luglio 2005, n. 14570, in *Foro it.*, 2005, I, p. 122) che la nullità è rilevabile d'ufficio solo nei giudizi relativi a controversie in cui si fanno valere diritti che presuppongono la validità del contratto, quali possono essere quelli relativi ad azioni di adempimento delle obbligazioni in esso dedotte, dovendo in questo caso il giudice accertare la sussistenza delle condizioni dell'azione. Se la domanda prescinde dalla validità, invece, deve negarsi tale potere. In tal senso v. altresì Cass., 19 giugno 2008, n. 16621, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, p. 6; Cass., 6 ottobre 2006, n. 21632, in *Foro it.*, 2007, p. 430. In dottrina v. CORSINI, *Rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 667. Deve, inoltre, la nullità essere fondata su presupposti già risultanti dagli atti e dagli elementi acquisiti al procedimento in corso, e che non richiedano lo svolgimento di accertamenti ulteriori su elementi di fatto, dovendosi garantire il contraddittorio e l'attuazione del giusto processo ex art. 111 Cost. (cfr. Cass., 15 aprile 1999, n. 3757, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1298). Opinione diversa è espressa in Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Vita not.*, 2005, p. 969, secondo cui: "a norma dell'art. 1421 c.c. il giudice deve rilevare d'ufficio le nullità negoziali, non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione del contratto, procedendo l'accertamento incidentale relativo ad una pregiudiziale in senso logico-giuridico (concernente cioè il fatto costitutivo che si fa valere in giudizio – cosiddetto punto pregiudiziale), idoneo a divenire giudicato, con efficacia pertanto non soltanto sulla pronunzia finale ma anche (ed anzitutto) circa l'esistenza del rapporto giuridico sul quale la pretesa si fonda". Parzialmente diversa risulta l'opinione espressa in Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, in *Corriere Giur.*, 2006, p. 1418, ove si afferma: "la rilevanza officiosa della nullità del contratto – possibile ex art. 1421 c.c. anche nell'ipotesi di domanda di annullamento, risoluzione o rescissione dello stesso – non importa la necessaria declaratoria della detta invalidità con efficacia irretrattabile di cosa giudicata, posto infatti che il giudicato deve intendersi riferito alle ragioni concretamente poste a base della domanda e divenute oggetto di discussione e non esteso sempre e comunque all'intero rapporto dedotto in giudizio". Sostiene la tesi dell'ammissibilità dell'accertamento incidentale della nullità MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 701, il quale afferma che è condivisibile la tesi del rilievo d'ufficio in via incidentale della nullità "ogni qualvolta ne ricorrano gli estremi, al fine di rigettare la

avviso, non viene meno nelle fattispecie legislative di nullità relativa e di protezione, poiché, se è vero che l'interesse tutelato in questi casi è di carattere personale, l'importanza giuridica dello stesso e il disvalore socio economico del comportamento da sanzionare legittimano l'iniziativa del giudice diretta a porre nel nulla la pattuizione. Anche di tale aspetto ci si occuperà nei successivi paragrafi.

3. LA NULLITÀ PARZIALE

Il concetto di nullità parziale, che viene normalmente giustificato mediante il ricorso al principio di conservazione di cui all'art. 1367 c.c., attiene all'ipotesi in cui la nullità colpisca una parte ben individuata del contratto ovvero una o più clausole del medesimo⁴⁰, senza tuttavia abbattere l'intero negozio.

domanda proposta: viene così fatto salvo il rispetto della regola espressa nell'art. 112 c.p.c. poiché la decisione del giudice si manterrà nei limiti del *petitum*, mentre il rilievo d'ufficio della nullità rappresenterà solo l'antecedente logico necessario per rigettarlo". Lo stesso MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, cit., p. 250, sottolinea, tuttavia, che i ravvisati limiti che la Suprema Corte negli anni aveva ravvisato in ordine alla rilevanza d'ufficio della nullità nei procedimenti aventi ad oggetto richieste di risoluzione, rescissione o annullamento, erano stati dettati da una sostanziale confusione sull'interpretazione dell'art. 1421 c.c. e da un difetto di coordinamento con i principi processuali. L'Autore, infatti, giunge ad ammettere la rilevanza d'ufficio anche con accertamento avente efficacia di giudicato (p. 280 ss.).

⁴⁰ Secondo alcuna dottrina (MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 175) occorrerebbe distinguere tra "parte" e "clausola" del negozio, in quanto la prima costituirebbe una frazione dell'atto considerato come un tutto organico, mentre la seconda costituirebbe un'entità a sé stante, isolabile dalle altre, pur essendo parte integrante del più ampio contratto. Altra dottrina (FUSARO, *La nullità parziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, p. 33) interpreta i due concetti come un'endiadi. Sulla distinzione tra clausola e parte e sull'identificazione del ruolo della clausola come "principale", quale possibile fonte di propagazione della nullità all'intero contratto, v. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, p. 194 e ss. .

La possibile parzialità della nullità è strettamente legata all'essenzialità, nell'ambito del contratto, della clausola o parte che viene posta nel nulla, secondo quanto disposto nell'art. 1419, comma 1, c.c.

È controversa, tuttavia, la nozione di essenzialità. Si discute, infatti, sul fatto che essa debba essere riscontrata secondo criteri oggettivi ovvero soggettivi. La prima tesi è sostenuta da quella giurisprudenza che si basa sulla contrapposizione tra clausole principali, che contengono essenzialmente l'enunciazione dell'interesse principale perseguito dalle parti, e clausole accessorie, quelle che regolano interessi differenti: l'art. 1419 c.c. sarebbe quindi riservato alle seconde⁴¹. La prevalente dottrina⁴², invece, segue un'impostazione basata sull'interpretazione letterale della norma e predilige il criterio soggettivo: una clausola è da considerarsi essenziale se le parti l'hanno ritenuta tale, e, pertanto, se le parti l'hanno concepita come scindibile dalle restanti pattuizioni, la nullità che la dovesse colpire non inficerebbe la validità dell'intero contratto⁴³.

La giurisprudenza, inoltre, ritiene che la norma in esame sia analogicamente applicabile anche al fenomeno del collegamento negoziale, e sostiene che, una volta ravvisato il nesso di inscindibilità tra i diversi contratti tra loro collegati, laddove si configuri il cd. collegamento bilaterale⁴⁴, la nullità che dovesse colpirne uno si estenderebbe

⁴¹ Cfr. Cass. 17 aprile 1980, n. 2546, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, p. 1111.

⁴² Cfr. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 69.

⁴³ Secondo BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 639, l'indagine sull'essenzialità della clausola o della parte del contratto consiste in una "valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso, dovendosi in definitiva accertare se la modifica abbia o no importanza determinante tenuto conto dell'interesse delle parti".

⁴⁴ Cfr. Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Contratti*, 1999, p. 336.

automaticamente agli altri⁴⁵: trova quindi applicazione il principio *simul stabunt simul cadent*.

Il secondo comma dell'art. 1419 disciplina il fenomeno della sostituzione automatica delle clausole nulle con norme imperative. In questo caso si assiste ad una forma di *eterointegrazione* che non tiene conto degli interessi delle parti⁴⁶: non si ha caducazione parziale del contenuto contrattuale, bensì mera compressione del contratto mediante inserimento di clausole avulse dallo scopo effettivamente perseguito dai contraenti: anche qui viene in rilievo l'interesse generale⁴⁷.

⁴⁵ Cass., 12 dicembre 1995 n. 12733, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2162; Cass. 6 marzo 1962, n. 424, in *Foro it.*, 1964, I, p. 633. Cfr. anche Trib. Napoli, 22 febbraio 1960, in *Dir. e Giur.*, 1960, p. 273.

⁴⁶ In tal senso DIENER, *Il contratto in generale*, cit., p. 762. In merito al rapporto tra l'art. 1419, comma 2, e l'art. 1339 c.c., cfr. SARACINI, *Nullità e sostituzione automatica di clausole contrattuali*, Milano, 1971, p. 373 e ss.

⁴⁷ Cfr. sulla sostituzione automatica GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 995, il quale afferma che "è evidente il rapporto di complementarietà che sussiste tra questa statuizione e quella contenuta all'art. 1339. Quest'ultima è norma imperativa che attiene alla costruzione del regolamento contrattuale mentre l'altra è norma inderogabile di carattere tecnico ricostruttivo mirante a garantire che la sostituzione di clausole operi a prescindere dalla indagine in ordine all'intento condizionante". Cfr. altresì CASELLA, *Nullità parziale del contratto*, cit., p. 222. Secondo Cass. 21 agosto 1997, n. 7822, ai fini dell'operatività del meccanismo di sostituzione automatica delle clausole nulle con norme inderogabili, non è richiesto che tali norme, oltre a prevedere la nullità delle clausole difformi ne sanciscano anche l'automatica sostituzione. La terminologia "sono sostituite di diritto" va interpretata nel senso non di un'esigenza di espressa previsione di sostituzione, bensì nel senso dell'automaticità della sostituzione stessa, in quanto si tratta di elementi necessari al contratto o di aspetti tipici del rapporto cui la legge ha applicato una determinata disciplina. Ad esempio, nelle società, la violazione del divieto di patto leonino (art. 2265 c.c.) comporta automaticamente l'applicazione del criterio legale di ripartizione proporzionale di guadagni e perdite tra i soci.

4. GLI ELEMENTI CARATTERIZZANTI DELLA NULLITÀ. IL RAPPORTO CON LE ALTRE FORME DI PATOLOGIA NEGOZIALE

La nullità negoziale si differenzia dalle altre forme di invalidità per alcuni aspetti che la caratterizzano, e che costituiscono espressione della sua destinazione alla tutela di interessi di natura generale. Si è già anticipato che la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del giudizio. È ora il caso di analizzare le altre peculiarità della relativa disciplina.

In primo luogo, l'azione volta a far valere la nullità è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione (art. 1422 c.c.) La *ratio* di tale disposizione va rinvenuta, come è evidente, nell'esigenza di garantire l'interesse generale all'accertamento della situazione effettiva senza alcun limite di tempo. Ancora una volta, dunque, il legislatore sancisce un principio che incontra, peraltro, eccezioni limitate, e che esprime con forza la destinazione naturale della sanzione a protezione di valori fondamentali.

In secondo luogo, l'azione di nullità si pone come azione dichiarativa, che produce un effetto di eliminazione dell'efficacia dell'atto compiuto nonché di tutti gli atti in base al medesimo posti in essere: si tratta, infatti, di un'inefficacia *erga omnes*⁴⁸.

⁴⁸ La regola secondo cui la sentenza che dichiara la nullità travolge anche i diritti acquistati dai terzi in conseguenza del negozio nullo soffre una sola eccezione: nel caso in cui si tratti di un atto soggetto a trascrizione, l'art. 2652, n. 6 c.c. dispone che se la domanda diretta a far dichiarare la nullità del contratto è trascritta dopo cinque anni dalla trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo, gratuito o oneroso, dai terzi in buona fede in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda. Si tratta di una forma di pubblicità sanante.

La sentenza che dichiara la nullità travolge, dunque, tutto quanto viene compiuto in base all'atto nullo, salvo che intervenga la cd. *conversione del negozio nullo* (art. 1424 c.c.). Tale istituto è anch'esso espressione del principio di conservazione del negozio. In questo caso, tuttavia, a differenza di quanto avviene nelle ipotesi di nullità parziale, non si ha riduzione dell'effetto di un negozio nullo in conseguenza dell'eliminazione della parte o clausola nulla, ma lo stesso negozio nullo viene convertito, in presenza di determinate circostanze, in un nuovo negozio, diverso da quello originariamente concepito dai contraenti. La dottrina⁴⁹ infatti afferma che mentre nella nullità parziale vi è riduzione contenutistica del negozio, nella conversione vi è un fenomeno di riduzione funzionale. Per la conversione, così come per la nullità parziale, è sorta in dottrina la disputa sull'impiego di un criterio soggettivo⁵⁰, basato sulla ricostruzione della volontà delle parti, ovvero di un criterio oggettivo⁵¹, consistente in una valutazione di "continenza", nel senso che nella causa del negozio nullo sia o meno contenuta quella del negozio in cui lo stesso deve essere convertito. Non è invece richiesto che il negozio risultante dalla conversione sia dello stesso tipo di quello originario. Unici requisiti della conversione riguardano i requisiti di forma e di sostanza relativi al negozio nuovo, i quali devono essere già presenti nel negozio da

⁴⁹ MIRABELLI, *Dei contratti in generale, cit.*, p. 506 e ss.

⁵⁰ Cfr. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico, cit.*, p. 363.

⁵¹ Cfr. MIRABELLI, *Dei contratti in generale, cit.*, p. 507.

convertire⁵², fermo restando, nonostante il silenzio della legge in merito, che vi deve essere tra i due negozi identità delle parti⁵³.

Altra regola caratteristica della nullità negoziale è l'impossibilità di convalida (art. 1423 c.c.), salvo diversa disposizione legislativa. Si ritiene⁵⁴, peraltro, che non sia possibile la conferma neanche mediante la rinuncia all'azione di nullità, poiché la rinuncia stessa sul piano sostanziale avrebbe il significato di una conferma dell'atto. La regola è fondata ovviamente su un generale principio di indisponibilità della sanzione: le parti del negozio nullo non possono intervenire sul medesimo in modo da eliminare la nullità già configuratasi, poiché la stessa è posta a tutela di interessi superindividuali, e, di conseguenza, l'intervento sanante finirebbe per incidere sulla sfera giuridica e patrimoniale di soggetti terzi i cui interessi possono essere stati lesi dalla pattuizione. In virtù della salvezza contenuta nella stessa norma citata, tuttavia, sussistono

⁵² La conversione opera automaticamente senza che le parti debbano manifestare apposita volontà in tal senso. Da tale automaticità discende, secondo Cass. 1 agosto 2001, n. 10498, in *Riv. not.*, 2002, p. 184, che in caso di contrasto tra le parti circa la sussistenza dei presupposti di legge, il giudice pronuncerà, anche d'ufficio, una sentenza di mero accertamento, in omaggio al principio di conservazione.

⁵³ Figure particolari di conversione si hanno nella cd. "conversione formale o impropria" e nella "conversione legale". La prima si ha nel caso in cui un negozio, non avendo i requisiti di forma richiesti, viene convertito in un negozio di cui abbia i suddetti requisiti: è il caso della conversione del testamento segreto in olografo di cui all'art. 607 c.c. (in materia v. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 456). La conversione legale, invece, si ha nelle ipotesi espressamente previste dall'ordinamento: si vedano, in particolare, le disposizioni a favore dei poveri (art. 630, comma 1, c.c.) che, in mancanza di specificazioni, si intendono fatte a favore dei poveri del luogo in cui aveva domicilio il defunto e i beni vengono devoluti al Comune; la sostituzione fedecommissaria (art. 696, comma 2, c.c.) ove è stabilito che, in caso di premorienza di chi si è preso cura dell'incapace, i beni che dovrebbero essere allo stesso devoluti si devolvono ai successori legittimi dell'incapace.

⁵⁴ BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 636. Di diverso avviso è una giurisprudenza della Suprema Corte in tema di simulazione (Cass. 8 settembre 1977, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 110), secondo cui è indisponibile l'esistenza della causa di nullità, ma non lo è il diritto potestativo di farla valere: la rinuncia costituirebbe l'abbandono di ogni pretesa fondata sulla nullità del negozio, il quale, nei confronti del rinunziante continua a produrre effetti come se si trattasse di negozio valido.

numerose ipotesi legislative di sanatoria del contratto nullo, che si giustificano in vario modo a secondo dell'area giuridico economica in cui si versa⁵⁵. Nel settore del diritto commerciale, in particolare, la possibilità di sanare la nullità si fonda evidentemente sull'esigenza di garantire la stabilità dei traffici e l'affidamento dei terzi in generale. Tale aspetto sarà esaminato nel prossimo capitolo.

Va infine ricordata la norma che prevede la nullità del contratto plurilaterale⁵⁶ (art. 1420 c.c.). La legge stabilisce che nei contratti a più parti con comunione di scopo, o contratti associativi, la nullità che colpisce il vincolo di una sola parte non inficia l'intero contratto, salvo che la sua partecipazione debba ritenersi essenziale. Anche questa disposizione è basata sul principio *utile per inutile non vitiatur*. Qui si ha una forma di nullità parziale del contratto in senso soggettivo⁵⁷. La legge, infatti, mira a

⁵⁵ Tra le fattispecie di sanatoria del negozio nullo si indicano, in particolar modo, quelle previste dagli artt. 590 e 799 c.c. in materia di conferma del testamento nullo e della donazione nulla. Tuttavia, in virtù del carattere di eccezionalità di queste figure, si dubita della natura giuridica dell'atto di conferma. L'autore dell'atto di sanatoria, infatti, è un soggetto diverso da colui che ha posto in essere l'atto nullo. Tra le varie teorie elaborate in materia (esclusione dell'azione di nullità, esecuzione di obbligazione naturale), quella prevalente identifica l'atto di conferma come negozio autonomo, accessorio, di secondo grado e unilaterale, avente una propria causa che consiste nell'eliminazione dei vizi di un precedente negozio (in tal senso CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 499 e 875). Si ricordano, inoltre, quali fattispecie legali di sanatoria, l'art. 2332 c.c. in tema di nullità della società per azioni, su cui si tornerà in seguito (v. *infra*, capitolo III, par. 2.a), e la conferma di dell'atto avente ad oggetto fabbricati in regola con la disciplina urbanistica ma privi della menzione delle relative formalità giuridiche (art. 40, comma 3 della L. 28 febbraio 1985 n. 47, e artt. 30, comma 4 bis, e 46, comma 4, del D.P.R., 6 giugno 2001, n. 380).

⁵⁶ Occorre tenere distinti i contratti plurilaterali associativi, soggetti alla disciplina di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c., caratterizzati dal fatto di essere costitutivi di un ente personificato a struttura complessa, da quelli meramente plurisoggettivi, in cui ogni parte è composta da una pluralità di soggetti giuridici rappresentanti un centro di interessi unitario, nonchè dai contratti plurilaterali non associativi, ove manca la creazione di un nuovo soggetto giuridico, di cui costituiscono classici esempi la divisione con più di due parti (art. 784 c.c.), il sequestro convenzionale (art. 1798 c.c.), la cessione del contratto (art. 1406 c.c.).

⁵⁷ In tal senso BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 638.

garantire l'integrità del vincolo contrattuale anche se dovesse venir meno una delle parti.

Tutte le regole sin qui esaminate sono chiaramente espressione della collocazione della nullità nell'area della patologia negoziale. È ora il caso di tracciare brevemente un raffronto tra la nullità e le altre forme di invalidità e di patologia in genere.

Evidenti sono le differenze che intercorrono tra la nullità e l'annullabilità⁵⁸. Quest'ultima forma di invalidità è predisposta dall'ordinamento a salvaguardia di interessi prettamente privati quali sono quelli dei contraenti medesimi. Il contratto, infatti, può essere annullato sempre e solo per vizi attinenti alla formazione della volontà delle parti, e, in genere, in virtù di alterazioni del processo volitivo che incidono sul contenuto della pattuizione ovvero sulla conclusione del contratto⁵⁹.

Tuttavia non è tanto sul piano delle cause, quanto piuttosto su quello della disciplina che si coglie la reale distanza tra i due istituti.

⁵⁸ Secondo TOMMASINI, *Nullità, cit.*, p. 870, nullità ed annullabilità si differenziano non solo sul piano della disciplina ma anche su quello dei presupposti su cui sono fondate. L'Autore afferma che: "La convivenza sociale si viene caratterizzando per i molteplici interessi che i singoli e la società vanno perseguendo. Pur non volendo ipotizzare nette distinzioni o differenti piani di rilevanza, è tuttavia certo che un trattamento differenziato nella tutela degli interessi dei singoli e degli interessi sociali deve potersi ammettere, tenendo in conto le scelte di una società storicamente definita. L'atto non conforme allo schema legale e pregiudizievole agli interessi del suo autore, ove non siano messi in giuoco valori preminenti della comunità, è dotato egualmente di efficacia mentre è rimessa al soggetto titolare dell'interesse la facoltà di porre nel nulla o rendere definitivi i suoi effetti. Invece, se la non conformità dell'atto allo schema normativo comporta un contrasto con valori preminenti della comunità, l'ordinamento preclude all'atto ogni efficacia giuridica tipica, anche se si riserva la possibilità di utilizzare criteri di adattamento che si risolvono in una qualche forma di efficacia".

⁵⁹ Le cause dell'annullabilità sono connesse al profilo prettamente soggettivo. La legge connette infatti l'annullabilità all'incapacità delle parti (art. 1425 c.c.), e ai vizi del consenso (art. 1427 c.c.), ovvero l'errore (artt. 1428 ss. c.c.), la violenza morale (artt. 1434 ss. c.c.), e il dolo (artt. 1439 c.c.).

L'annullabilità non è rilevabile d'ufficio e non può essere fatta valere da qualunque interessato, ma è azionabile solo dal contraente interessato (art. 1441 c.c., salvo che non si tratti di incapacità di condannato in stato di interdizione legale); non è imprescrittibile, e può essere fatta valere solo entro il termine di cinque anni (art. 1442 c.c.); è convalidabile a determinate condizioni (art. 1444 c.c.); non ha effetto retroattivo reale (art. 1445 c.c.).

Tutti questi elementi permettono di attribuire all'annullabilità un ruolo minore o quantomeno peculiare rispetto a quello che la legge conferisce alla nullità. Qui non viene in rilievo l'interesse della collettività alla regolarità dei traffici commerciali e, più ampiamente, al rispetto dei principi informatori dell'ordinamento, bensì l'interesse, o meglio il diritto del singolo contraente a non subire le conseguenze di un negozio cui non aveva intenzione di addivenire. È quindi evidente che ci si trova nell'orbita di un rimedio meno invasivo e soprattutto fondato su basi diverse da quelle che caratterizzano la nullità.

Ancor più evidente è la differenza che intercorre tra la nullità e gli istituti della risoluzione e della rescissione del contratto. Innanzitutto è dubbia la classificazione di questi rimedi nell'area dell'invalidità. Pur potendo essere qualificati come forme di patologia negoziale, essi sono animati da uno spirito decisamente autonomo, che si riflette altresì sulla loro disciplina normativa.

La rescissione del contratto, infatti, si fonda su di un difetto genetico della causa che ne determina uno squilibrio del sinallagma. Non si può tanto parlare di negozio invalido⁶⁰, quanto piuttosto di contratto

⁶⁰ Una parte della dottrina (SACCO, *Le invalidità*, in *Obbligazioni e contratti. II*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1997, X, p. 559; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 576; BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 610) inquadra la rescissione nell'ambito della

valido in tutti i suoi elementi, e inficiato da circostanze esterne che sussistono sin dal momento della sua stipulazione. Una valida manifestazione di volontà esiste; ma la causa della pattuizione è viziata in origine (artt. 1447 e 1448 c.c.). L'interesse che sta alla base di tale istituto, quindi, non può che essere quello particolare del contraente su cui tale vizio incide. Ciò incide in maniera decisiva sulla disciplina: l'azione si prescrive in tempi molto brevi (art. 1449 c.c.), è ammessa la *reductio ad aequitatem* (art. 1450 c.c.). Unica peculiarità che avvicina la rescissione alla nullità è l'inammissibilità della convalida (art. 1451 c.c.): la spiegazione di tale regola sta nel fatto che il contratto rescindibile non è viziato sul piano soggettivo, bensì sul piano oggettivo, in quanto il contratto presenta un profilo di iniquità che provoca lesioni che una sanatoria non sarebbe in grado di cancellare⁶¹.

Molto più marcata è la differenza che intercorre tra nullità e risoluzione del contratto. In questo caso si è in presenza di un rimedio che è riconducibile alla più ampia nozione di inefficacia del contratto, e che si attiva laddove successivamente alla stipulazione del contratto sopraggiungono circostanze tali da alterare l'equilibrio sinallagmatico. Il rapporto di corrispettività tra le prestazioni deve mantenersi integro anche

categoria dell'invalidità, in virtù delle analogie con l'annullabilità, quali la provvisoria efficacia e l'alterazione della libertà di determinazione che incide sulla formazione del consenso.

⁶¹ Dal divieto di convalida del negozio rescindibile discende, secondo alcuni (cfr. DIENER, *Il contratto in generale, cit.*, p. 789) l'inammissibilità di una rinuncia all'azione di rescissione. Per rendere definitivamente efficace il negozio rescindibile l'unica strada è lasciar decorrere il breve termine di prescrizione dell'azione. Si discute, poi, sull'ammissibilità della transazione sul negozio rescindibile. Ad un orientamento positivo della giurisprudenza (Cass. 15 aprile 1959, n. 1110, in *Foro it.*, 1959, I, p. 1305) si contrappone uno negativo espresso dalla dottrina (BIANCA, *Il contratto, cit.*, p. 693) fondato sul carattere di indisponibilità della sanzione. Non manca, peraltro, chi (GAZZONI, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 986) ritiene ammissibile tale transazione, configurandola come una mera modifica, attuata in via contrattuale, del negozio rescindibile, ed impugnabile per lesione.

in sede di esecuzione del contratto. Non è tenuto ad adempiere colui che non può più ricavare dal rapporto il soddisfacimento dell'interesse che lo ha spinto a contrattare⁶². Questo è il fondamento della risoluzione, che può aversi per inadempimento (art. 1453 c.c.), per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.), per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.). In tutte queste circostanze si verifica un difetto funzionale della causa⁶³, diversamente da quanto avviene nella rescissione, e, soprattutto, nelle forme tipiche di invalidità. Il principio di adeguatezza del sacrificio patrimoniale, quindi, giustifica il diritto potestativo del contraente di esperire l'azione di risoluzione del contratto, che si caratterizza per una disciplina non unitaria delle tre fattispecie legali: alla base dell'istituto, in ogni caso, c'è l'interesse prettamente personale del soggetto contraente a non effettuare una prestazione che non vedrà la reciproca soddisfazione tipica del contratto a prestazioni corrispettive. Non si tutela qui alcun interesse ultraindividuale.

L'analisi della disciplina della nullità negoziale e dei tratti distintivi della medesima rispetto alle altre forme di patologia negoziale consente, sin da ora, di comprendere che il legislatore concepisce sanzioni e rimedi appositi per le diverse fattispecie che possono configurarsi nell'ambito della dinamica contrattuale. Vi sono, tuttavia, casi in cui l'ordinamento compie vere e proprie deviazioni dallo schema generale e impiega la sanzione della nullità, parzialmente modificata ed adattata alle esigenze del caso, per colpire fenomeni che non richiederebbero tale tipo di intervento e che ben potrebbero essere sanzionati in modo diverso. Ed è

⁶² In tal senso DIENER, *Il contratto in generale, cit.*, p. 793.

⁶³ In tal senso SANTORO PASSARELLI, *Dottrine, cit.*, p. 185; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XL ed., Padova, 2001, p. 716 e ss.

proprio questo il fulcro del presente lavoro: indagare sulle ipotesi in cui il legislatore impiega lo strumento della nullità in maniera impropria.

5. LE NULLITÀ SPECIALI: LA NULLITÀ DI PROTEZIONE IN PARTICOLARE

Non è possibile trattare qui delle varie ipotesi di nullità speciale di diritto privato. Riservandomi in ogni caso di dedicare maggiore attenzione a tali ulteriori fattispecie in altra occasione, mi limito ad una breve considerazione: le numerose nullità speciali di diritto privato si caratterizzano per la presenza di "anomalie" rispetto alla disciplina generale, e, a prima vista, può dirsi che la principale deviazione che si riscontra nella legislazione speciale è rappresentata dalla legittimazione all'azione che spesso e volentieri non è assoluta come risulta dall'art. 1421 c.c., ma è riconosciuta a categorie di interessati positivamente individuate⁶⁴: ciò in quanto questa forma di invalidità, in particolari aree, viene adoperata dalla legge quale sanzione posta non tanto a tutela di interessi generali, ma piuttosto quale strumento di salvaguardia

⁶⁴ Tra le tante figure di nullità relativa presenti nell'ordinamento privatistico vigente si possono ricordare, già prima dell'entrata in vigore del vigente Codice del consumo: l'art.1469quinquies c.c., introdotto dalla L. 6 febbraio 1996 n. 52, che sanciva l'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori: tale inefficacia è da intendersi quale nullità, che operava solo a favore del consumatore, ma che poteva essere fatta valere d'ufficio dal giudice;

l'art. 1519octies c.c., introdotto dal D.lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, che sanciva nell'ambito della vendita di beni di consumo, la nullità di qualunque pattuizione volta ad aggravare la posizione del consumatore negandogli la tutela contenuta nelle precedenti disposizioni di legge. Anche tale nullità poteva essere fatta valere solo dal consumatore, ma poteva essere rilavata d'ufficio.

Si tratta di disposizioni abrogate dal Codice del consumo e attualmente riprodotte all'interno del vigente testo di legge (artt. 36 e 134 del D. lgs. 22 luglio 2005, n. 206, cd, Codice del Consumo).

dell'interesse particolare di uno dei soggetti della vicenda contrattuale⁶⁵. A tal proposito, infatti, si parla di nullità "di protezione". Data l'ampia diffusione di tale fenomeno, peraltro ampiamente legittimo in base alla salvezza che nello stesso art. 1421 è presente, si potrebbe addirittura dubitare del fatto che la nullità "assoluta" costituisca la regola, in contrapposizione all'eccezione nullità "relativa" che, ad un attento esame, tale non sembra essere. In altre parole, è più facile pensare alle previsioni di nullità relativa non tanto come disposizioni eccezionali, ma piuttosto come previsioni "speciali", ed in quanto tali suscettibili di applicazione analogica a fattispecie fondate sulla medesima *ratio*⁶⁶.

⁶⁵ Secondo MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685, "la previsione di una legittimazione limitata al solo consumatore a far valere la nullità della clausola vessatoria esprime la finalità di evitare che la declaratoria d'inefficacia della clausola possa tradursi in uno svantaggio per il consumatore; ciò può verificarsi evidentemente non solo laddove il professionista intenda sottrarsi all'esecuzione del contratto che ha predisposto invocando la vessatori età di talune clausole ma anche nell'ipotesi in cui l'interprete, e segnatamente il giudice, con un'interpretazione rigida del dettato letterale della norma, pretenda di esercitare sempre ed in ogni caso i suoi poteri officiosi indipendentemente da ogni valutazione sul se tale rilievo finisca, con riferimento al caso oggetto del giudizio, per recare, invece, un pregiudizio al consumatore, negando, così, le finalità di tutela unilaterale espresse dalla legittimazione relativa".

⁶⁶ In tal senso v. CALICE, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali*, in *Riv. Not.*, 2005, I, p. 51. Secondo MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., p. 696 ss., nelle ipotesi di nullità concepite in funzione di protezione dei contraenti deboli, la previsione testuale della relatività della legittimazione non è necessaria. Tale è il caso della disciplina della subfornitura industriale contenuta nella L. 18 giugno 1998, n. 192, ove si stabiliscono molteplici nullità, anche di carattere meramente formale, senza alcun esplicito riconoscimento della legittimazione all'azione in capo al solo subfornitore: "nonostante il silenzio del legislatore, dovrà circoscriversi al solo subfornitore la legittimazione a far valere la nullità del contratto per mancanza della forma scritta considerata la evidente finalità della disposizione di rendere edotto il subfornitore circa i termini dell'accordo. Ritenere all'opposto che la nullità possa essere fatta valere anche dal committente potrebbe in concreto penalizzare il subfornitore e nel contempo potrebbe costituire per il committente un comodo escamotage per sciogliersi dal vincolo contrattuale senza soggiacere alle limitazioni previste dall'art. 6, comma 2, della legge o per interrompere arbitrariamente le relazioni commerciali in atto (art. 9, comma 2)".

Quanto alla nullità di protezione in particolare⁶⁷, va detto che la generale previsione di legittimazione relativa all'esercizio dell'azione quale meccanismo di tutela riservato in via esclusiva al consumatore, contraente debole, è accompagnato soltanto in alcuni casi dalla esplicita previsione della rilevabilità d'ufficio della nullità. Ciò dovrebbe portare a credere che il potere di rilievo officioso da parte dell'autorità giudiziaria debba costituire l'eccezione, ammessa solo nei casi di espressa statuizione legislativa. Eppure, a mio avviso, la rilevabilità d'ufficio della nullità non può che essere considerata come un elemento indefettibile di tutte le ipotesi normative di nullità negoziale. Ciò in quanto, seppur sia un dato di fatto che la sanzione viene impiegata a volte a tutela di interessi particolari, si tratta comunque di interessi di grande rilievo socio economico. Non è possibile privare del tutto la nullità del suo spirito: anche laddove la legge non sancisce, nelle nullità speciali protettive, la rilevabilità d'ufficio, deve ritenersi che lo statuto generale trovi applicazione⁶⁸.

D'altra parte, l'art. 1421 c.c. concepisce la "salvezza" rispetto alla legittimazione assoluta, e, ad un'attenta lettura, non sembra riferirsi anche alla rilevabilità in via officiosa da parte del giudice. Nei casi in cui la

⁶⁷ In relazione al problema della nullità relativa a protezione di interessi particolari facenti capo ai contraenti deboli, cfr. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 183, il quale afferma: "... l'inciso dell'art. 1421 viene ad assumere cospicuo significato, nel consentire all'interprete di correlare causa di nullità, interesse protetto ed ampiezza della legittimazione: processo ermeneutico che la norma, letta nell'attuale contesto dogmatico e positivo, prevede ed autorizza, sia pur ponendo, col valore di norma generale di chiusura, la regola della legittimazione assoluta alla azione".

⁶⁸ Di diverso avviso sembra PASSAGNOLI, *Nullità speciali, cit.*, p. 189, secondo cui "una volta ammessa nel sistema la configurabilità di una legittimazione relativa all'azione, supporre poi la permanente rilevabilità d'ufficio della nullità svuoterebbe di contenuto proprio l'inciso iniziale dell'art. 1421, poiché, posto il potere-dovere del giudice di rilevarla, basterebbe alla parte non legittimata allegarne gli elementi costitutivi in giudizio per vanificare proprio la legittimazione ristretta all'azione.

previsione speciale di legittimazione relativa non è accompagnata dall'esplicita ripetizione della rilevabilità d'ufficio, deve ravvisarsi una mera dimenticanza da parte del legislatore, dimenticanza di cui, a dire il vero, non ci si può stupire più di tanto. La legislazione degli ultimi anni, come si avrà modo di notare, è caratterizzata da ampie lacune, e nulla vieta che in questi casi di lacune si tratti. È anzi il caso di precisare che la nullità di protezione, ad avviso di chi scrive, nel rispetto dello spirito dell'istituto, si conforma al principio generale, un vero e proprio principio di ordine pubblico, che stabilisce che la nullità è rilevabile d'ufficio.

Chiarito questo aspetto, è possibile ora ricordare alcuni esempi di nullità protettive. Va ricordato, innanzitutto, l'art. 36 del Codice del consumo, ove l'espressione "nullità di protezione" costituisce la rubrica stessa della norma. In questo caso la nullità colpisce le clausole vessatorie contenute nei contratti tra professionista e consumatore: tale nullità, infatti, "opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice". All'interno del medesimo testo di legge, anche l'art. 134, in materia di vendita dei beni di consumo, sancisce la nullità dei patti, anteriori alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volti ad escludere o limitare, direttamente o indirettamente, i diritti riconosciuti al consumatore: questa nullità "può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice". Queste le due fattispecie in cui il legislatore mantiene espressamente fermo il riconoscimento del potere di rilievo officioso.

In altri casi, invece, la nullità, come si è detto, è relativa, ma non c'è alcun riferimento alla possibile iniziativa del giudice: si deve ritenere che continui ad operare, in mancanza di espressa previsione contraria, il principio generale. Il riferimento è alle seguenti ipotesi:

- l'art. 127 del D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia), che, in materia di operazioni bancarie e finanziarie, nonché di credito al consumo, stabilisce che tutte le nullità dettate dal titolo IV del testo di legge possono essere fatte valere solo dal cliente⁶⁹. Si tratta, evidentemente, di una nullità di protezione;
- l'art. 23 del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) che prevede la nullità delle pattuizioni di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico, e che tale nullità può essere fatta valere solo dal cliente⁷⁰. Anche in questo caso è facile ravvisare gli estremi della nullità di protezione;
- l'art. 122, comma 5, della L. 22 aprile 1941, n. 633, che, in materia di diritto d'autore, sanziona con la nullità il contratto di edizione ove non sia indicato il numero minimo di esemplari per edizione che l'editore intende effettuare, nullità che si ritiene possa essere fatta valere solo dall'autore⁷¹;
- l'art. 21 della L. 3 maggio 1982, n. 203, che, in tema di affitto di fondi rustici, sanziona con la nullità i contratti di subaffitto,

⁶⁹ In materia cfr. PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contr. e Impr.* 1995, II, p. 485

⁷⁰ In materia cfr. AMOROSINO – RABITTI BEDOGNI, *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2004, p. 130; PALUMBO, *Tutela del risparmiatore e doveri di protezione*, Napoli, 2008, p. 25.

⁷¹ Cfr. DE SANCTIS, *Contratto di edizione*, in *Giur. it.*, 1965, I, p. 497.

sublocazione e subconcessione dei fondi rustici, attribuendo solo al locatore la legittimazione a far valere tale nullità⁷²;

- l'art. 164 del D.lgs 22 gennaio 2004, n. 42, che in tema di beni culturali, commina la sanzione della nullità alle ipotesi di alienazione e di atti di disposizione in genere posti in essere in violazione dei precetti contenuti in tale testo di legge, e che la Suprema Corte⁷³ ha ritenuto di definire come nullità relativa, in quanto suscettibile di essere fatta valere solo dallo Stato;
- l'art. 2 del D. lgs. 20 giugno 2005, n. 122, che in tema di tutela dell'acquirente di immobili da costruire, sancisce la nullità del contratto avente ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale relativo a tali beni nel caso in cui l'imprenditore costruttore non procuri il rilascio e non consegni all'acquirente una fideiussione a garanzia delle somme che abbia dal medesimo riscosso. Tale nullità, precisa la norma, può essere fatta valere solo dall'acquirente. Anche questa è una nullità di protezione⁷⁴, con la peculiarità che la rilevabilità d'ufficio non è espressamente prevista: per quanto innanzi affermato, dunque, il silenzio della legge deve intendersi come implicito rinvio alla regola fissata nell'art. 1421 c.c.;
- l'art. 167 n. 2 del D. lgs. 7 settembre 2005, n. 209 in tema di assicurazioni private, che prevede la nullità dei contratti stipulati

⁷² Cfr. BONFILIO MARICONDA, *L'azione di nullità nei contratti in generale*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, 1991, IV, p. 463. Secondo CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, vol. I, Milano, 1988, p. 402, in questo caso il legislatore parla impropriamente di nullità, in quanto si tratterebbe di annullabilità, in virtù dei caratteri di relatività e prescrittibilità.

⁷³ Cass. 12 ottobre 1998, n. 10083, in *Foro it.*, 1999, p. 126. In dottrina v. CASU, *Il nuovo codice dei beni culturali: aspetti generali e problematiche*, in *Notariato*, 2005, p. 203

⁷⁴ Cfr. RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, p. 433; D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 911.

con imprese di assicurazioni non autorizzate o alle quali sia stato fatto divieto di assumere nuovi affari⁷⁵. Anche questa nullità può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato, ed è chiaro che si tratta di una nullità di protezione. Quanto al profilo della rilevabilità d'ufficio, valgono le stesse considerazioni svolte al punto precedente.

Va detto, infine, che la figura della nullità di protezione, così come delineata nelle fattispecie sin qui analizzate, qualificandosi come nullità "anomala" sotto il profilo della legittimazione all'azione, sembra presentare un ulteriore profilo di distanza dalla disciplina generale: si ritiene, infatti, che la nullità di protezione, originariamente inefficace e rilevabile d'ufficio, sia sempre *sanabile* mediante apposita convalida ad opera del contraente debole⁷⁶. Ciò in considerazione della *ratio legis*, che sembra fare di tale figura una sorta di inefficacia negoziale pendente, eliminabile dal soggetto legittimato a farla valere, in quanto protetto dalla disciplina che la sancisce.

Tali peculiarità della nullità di protezione inducono ad una ricostruzione della stessa che non si esaurisce nel mero rilievo di una "deviazione autorizzata" dai canoni tradizionali, bensì in un'elaborazione di una vera e propria nuova categoria di invalidità negoziale riconosciuta ed accolta dall'ordinamento.

⁷⁵ In materia cfr. ROSSETTI, *Prime riflessioni sul nuovo codice delle assicurazioni*, in *Foro it.*, 2006, p. 108.

⁷⁶ In tal senso cfr. GIROLAMI, *La nullità di protezione*, cit., p. 441 ss.

Non mancano, anche se meno diffuse, previsioni di nullità speciale in quanto sanabile⁷⁷, prescrittibile⁷⁸, ovvero non provocante inefficacia retroattiva reale⁷⁹.

Effettuata questa premessa di carattere generale, è ora opportuno passare alla trattazione delle singole fattispecie che ci si è ripromessi di esaminare, tenendo comunque conto del fatto che, per quanto non realizzabile in questa sede, l'analisi delle numerose figure di nullità speciale presenti nella vigente legislazione di diritto privato dovrebbe essere tesa all'individuazione di un filo conduttore comune che sia d'ausilio nella nostra ricerca, che, come anticipato, è sostanzialmente tesa a rispondere all'interrogativo posto in premessa: le nullità speciali, e quelle

⁷⁷ Evitando di dilungarsi sui classici esempi di nullità sanabile che i manuali ravvisano nelle fattispecie di cui agli artt. 590 e 799 c.c., è qui possibile menzionare la nullità della società per azioni che ai sensi dell'art. 2332, comma 5 c.c. "non può essere dichiarata quando la causa di essa è stata eliminata e di tale eliminazione è stata data pubblicità con iscrizione nel registro delle imprese"; e la stessa nullità delle delibere assembleari di società per azioni che può essere sanata nei modi previsti dall'art. 2379bis c.c. (rubricato, tra l'altro, "Sanatoria della nullità"), di cui ci occuperemo in seguito. Va altresì ricordato che fattispecie di nullità sanabile analoghe a quella contenuta nell'art. 2332 c.c. sono dettate anche in materia di società tra avvocati (art. 20, D.lgs. 2 febbraio 2001, n.96) e di G.E.I.E. (art. 15, Regolamento CE 25 luglio 1987, n.2137). Ulteriori interessanti fattispecie di nullità sanabile sono rappresentate dall'art. 17 della L. 28 febbraio 1985, n. 47 (attualmente riversato nell'art. 46 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo Unico dell'edilizia) che prevede la conferma dell'atto di vendita immobiliare nel quale manchino le menzioni urbanistiche prescritte dalla legge; l'art. 2, comma 57, della L. 23 dicembre 1996, n.662, riguardante la sanatoria su accordo delle parti dell'atto traslativo nullo.

⁷⁸ La fattispecie della nullità prescrittibile può essere rinvenuta negli artt.2379 e 2379ter c.c. relativi, rispettivamente, alla nullità delle delibere assembleari di società di capitali in genere e alla nullità delle delibere di aumento e riduzione di capitale e di emissione di obbligazioni. Di tali fattispecie si tratterà nel prosieguo della trattazione.

⁷⁹ In fenomeno dell'efficacia dell'atto nullo si riscontra con certezza in due disposizioni: nello stesso art. 2332 c.c., di cui ci occuperemo nel prossimo capitolo; nell'art. 2126 c.c. che sancisce l'efficacia del contratto di lavoro nullo per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo il caso della nullità derivante dall'illiceità dell'oggetto o della causa, lasciando in ogni caso impregiudicato per il lavoratore il diritto alla retribuzione qualora il lavoro sia stato prestato con violazione di norme poste a tutela dei prestatori di lavoro. Questione aperta resta l'eventuale efficacia delle delibere assembleari nulle ai sensi dell'art. 2379 c.c.: tale problematica sarà oggetto di specifica attenzione nel seguente capitolo.

di diritto commerciale in particolare, sono vere e proprie nullità, ovvero si tratta di forme differenziate di invalidità? Il sistema delle nullità è unico ovvero si tratta di un sistema per così dire "binario"? Si può parlare di "crisi" dell'efficacia della nullità quale strumento di tutela di interessi di rilevanza generale?

SEZIONE SECONDA

**LA NULLITÀ NEL SISTEMA DEL DIRITTO COMMERCIALE
IN PARTICOLARE LA NULLITÀ DELLE
INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA**

CAPITOLO III

LA NULLITÀ NEL SISTEMA DEL DIRITTO COMMERCIALE

1. IL PROBLEMA DELLE NULLITÀ SPECIALI DI DIRITTO COMMERCIALE

Si giunge a questo punto al tema centrale della trattazione. Quanto è stato oggetto di esame nelle pagine precedenti ha fornito gli strumenti basilari per poter affrontare i temi che solo in via indicativa sono stati menzionati. Come si è avuto modo di notare, la legislazione di diritto commerciale è tutta incentrata su di un fulcro che è rappresentato dall'esigenza di fornire adeguata tutela ad alcuni valori di preminente interesse, ma che non possono essere indiscutibilmente definiti quali valori di carattere generale o di rilevanza pubblicistica.

Se è vero che la nullità di diritto privato quale risulta dallo statuto generale è costruita quale sanzione che l'ordinamento commina laddove occorre colpire atti, pattuizioni negoziali, contratti ed in generale manifestazioni di volontà privata che, violando precetti di legge, ledono interessi di natura generale afferenti all'intera collettività, ciò non può dirsi per le nullità di diritto commerciale⁸⁰.

⁸⁰ Non v'è dubbio che in questo campo il legislatore impieghi la sanzione della nullità per tutelare interessi di grande rilievo, anche se afferenti a sfere giuridiche singole, a categorie predeterminate. Ma ci si chiede quanto utile sia impiegare lo strumento più forte che il diritto privato conosce come sanzione laddove soprattutto questo sia snaturato mediante l'attribuzione allo stesso di connotati strutturali poco efficaci e contrastanti con quelli tipici della nullità generale.

Si rinnova così il dubbio già manifestato nelle precedenti riflessioni: le nullità speciali di diritto commerciale sono vere e proprie nullità? A questo, ed ai numerosi dubbi sorti nel corso del presente lavoro si tenterà di dare una risposta quanto più possibile univoca mediante l'esame di alcuni istituti che possono forse essere definiti come "oggetti misteriosi" della recente legislazione commerciale.

Una precisazione metodologica è d'obbligo: la disamina che nel presente capitolo verrà dedicata alle fattispecie più interessanti di nullità speciale di diritto commerciale non verrà condotta in maniera analitica come invece si farà nel prossimo capitolo a proposito delle intese anticoncorrenziali. Ciò innanzitutto per una ragione di economia espositiva, in quanto non sarebbe possibile nella stessa sede compiere analisi dettagliate con riguardo a tutte le previsioni normative in materia di nullità: mi riprometto quindi di analizzare in modo più dettagliato tali fattispecie in successivi lavori. In secondo luogo, la disciplina che il legislatore riserva alla nullità nell'area del diritto societario costituisce uno spunto essenziale al fine di comprendere quale sia la prospettiva da cui va guardata la realtà negoziale nell'area commercialistica. Prospettiva che, come si è detto, non coincide del tutto con quella che caratterizza il diritto civile in generale.

2. *INDIVIDUAZIONE DELLE FATTISPECIE PRINCIPALI: BREVE DISAMINA.*

a) *LA NULLITÀ DELLA SOCIETÀ PER AZIONI ISCRITTA NEL REGISTRO DELLE IMPRESE (ART. 2332 C.C.)*

La norma contenuta nell'art. 2332 c.c. ha subito negli anni una profonda evoluzione. Essa è stata riformata prima dal D.P.R. 29 dicembre 1969 n. 1127, poi dall'art. 32, comma 3, della L. 24 novembre 2000, n. 340, ed in fine dalla riforma organica del diritto societario operata con il D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

La norma disciplina la nullità della società per azioni una volta iscritta nel Registro delle Imprese. È infatti differente il caso dell'invalidità del mero contratto o atto costitutivo della società per azioni che non sia stato ancora registrato: in questa fattispecie si è in presenza di un normale atto di autonomia privata la cui unica peculiarità consiste nell'essere un contratto associativo o con comunione di scopo, e quindi soggetto alla relativa disciplina (artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.). Di conseguenza, la normativa applicabile non potrà che essere quella di diritto comune, ossia quella dettata dagli art. 1418 e ss. c.c., sia per quanto riguarda le cause, sia per quanto riguarda gli effetti della nullità.

La situazione cambia del tutto laddove l'atto costitutivo della società sia stato iscritto nel Registro delle Imprese, con i noti effetti di pubblicità legale costitutiva di cui all'art. 2331 c.c.: in questo caso non si è più in presenza di un mero atto di autonomia privata, bensì è venuta ad esistere una persona giuridica. Tale nuovo soggetto può facilmente aver compiuto operazioni sul mercato. Ciò comporta, inevitabilmente, l'esigenza di salvaguardare gli interessi di coloro che hanno intrapreso

relazioni contrattuali con la società, di tutelare la sicurezza dei traffici e la certezza dei rapporti giuridici di impresa, e di consentire, ove possibile, la conservazione dell'organizzazione societaria e dei valori produttivi che essa esprime⁸¹.

Le esigenze qui esposte costituiscono il sostrato della normativa che viene dettata in tema di nullità della società per azioni. Tale disciplina, infatti, per molti aspetti si discosta da quella di diritto comune. Gli elementi di discrasia si rinvengono agevolmente sia sul piano delle cause, sia sul piano degli effetti.

Le cause di nullità della società per azioni sono state radicalmente ridotte da otto a tre⁸² con la riforma del 2003. Si tratta di cause tassative⁸³, che riguardano sia il profilo formale sia quello sostanziale. La tassatività delle cause, tra l'altro, rappresenta già di per sé una deroga alla disciplina di diritto comune, poiché, come si è visto, l'art. 1418 c.c. parte da un

⁸¹ In tal senso CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, VI ed. a cura di Mario Campobasso, Torino, 2006, p. 176. Questi precisa che "La situazione muta radicalmente dopo l'iscrizione della società nel registro delle imprese. Se prima esisteva solo un contratto invalido o un procedimento viziato, dopo esiste una società, sia pur invalidamente costituita. È nata cioè un'organizzazione di persone e di mezzi abilitata ad operare con i terzi e che è entrata nel traffico giuridico. Ha quindi dato vita ad una trama di rapporti di affari in sé validi ed alla creazione di un'organizzazione imprenditoriale che può essere ben viva e vitale. È mutata radicalmente la situazione e deve necessariamente mutare anche l'approccio legislativo. L'ordinamento non può ignorare che la legalità è stata violata, ma la disciplina dell'invalidità dei contratti è ormai sanzione non più congrua. Infatti, la sanzione ormai deve colpire la *società-organizzazione*: l'ente associativo nato dal contratto invalido".

⁸² Prima della riforma del 2003, l'art. 2332 c.c. prevedeva molteplici cause di nullità. In particolare sono venute meno le cause riguardanti la mancanza dell'atto costitutivo, l'incapacità di tutti i soci fondatori, la mancanza della pluralità dei soci fondatori, il mancato versamento iniziale dei conferimenti in danaro (oggi mera condizione di costituzione), la mancanza di omologazione da parte del Tribunale (quest'ultima causa era stata già eliminata con la riforma del 2000 che ha attribuito la competenza in materia di omologazione al notaio rogante).

⁸³ La *ratio* della tassatività delle cause di nullità ex art. 2332 c.c. è quella di accrescere la sicurezza giuridica nei rapporti societari e di evitare i turbamenti che deriverebbero inevitabilmente da troppo frequenti invalidazioni della società.

principio di nullità virtuale, senza procedere all'elencazione di casi testuali. La società per azioni, invece, può essere dichiarata nulla soltanto nei seguenti casi: mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico, illiceità dell'oggetto sociale⁸⁴ ed infine mancanza nell'atto costitutivo⁸⁵ di ogni indicazione riguardante elementi essenziali dell'ente, ed in particolare la denominazione sociale, l'oggetto sociale, i conferimenti, il capitale⁸⁶. È già qui evidente il carattere di specialità della sanzione. Vale quindi, per questa nullità, un principio di tipicità dei vizi. Già prima della riforma, in ogni caso, era facilmente percepibile il carattere di specialità di tale sanzione. Nell'art. 2332 c.c., invero, è racchiusa una

⁸⁴ Non costituisce, invece, causa di nullità della s.p.a. l'impossibilità originaria dell'oggetto sociale. Questa dà luogo soltanto allo scioglimento della società ai sensi dell'art. 2428, n. 2, c.c.

⁸⁵ Deve ritenersi che l'eventuale indicazione di tali elementi nello statuto e non nell'atto costitutivo sia sufficiente ad escludere la nullità. Ciò in quanto lo statuto, che a seguito della riforma non è più un semplice documento allegato all'atto costitutivo, ha assunto un ruolo determinante nella dinamica della vita societaria. Se prima della riforma lo esso aveva un ruolo marginale, in quanto documento recante le sole norme di funzionamento della società, i cui tratti essenziali erano contenuti nell'atto costitutivo, oggi, invece, il legislatore lo ha posto in posizione di preminenza. Basti pensare al fatto che non è più previsto l'obbligo di allegazione dello statuto all'atto costitutivo; è espressamente disposto (art. 2328, comma 3, c.c.) che nel contrasto tra atto costitutivo e statuto prevalgono le norme contenute nello statuto; nel codice si parla di modificazioni dello statuto, e non più dell'atto costitutivo (artt. 2436 ss. c.c.), e si impiega l'espressione contrarietà "alla legge o allo statuto", anziché all'atto costitutivo (art. 2377 c.c.). Tali disposizioni consentono di pensare che l'indicazione degli elementi richiesti a pena di nullità dall'art. 2332 c.c., laddove non contenuta nell'atto costitutivo, possa essere utile e sufficientemente inserita nello statuto.

⁸⁶ Non determina, invece, nullità la mancanza di alcuno degli altri elementi richiesti dall'art. 2328 c.c., quali la sede, la composizione degli organi sociali, né la sottoscrizione di un capitale sociale inferiore al minimo legale. Cfr. in tal senso PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, Torino, 2004, I, 1, p. 548. Con la riforma del 2003, peraltro, è venuta meno la previsione, quale causa di nullità della s.p.a., della *mancanza dell'atto costitutivo*. In dottrina si era creata una disputa molto accesa in relazione al significato da attribuire a tale espressione: si discuteva, infatti, se si dovesse trattare di mancanza materiale del documento (BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, p. 360 e ss.), ovvero di mancanza giuridica dell'atto, ossia inesistenza (COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, vol. I, Padova, 1999, p. 245; SCIUTO, *La "mancanza dell'atto costitutivo" di società per azioni*, Padova, 2000, p. 182 e ss.). Disputa che non ha più alcun rilievo alla luce della recente novella.

regola generale, ispirata al principio di conservazione dell'atto, secondo cui tutte le anomalie diverse da quelle elencate dalla norma, sia che riguardino il contenuto dell'atto costitutivo, sia che riguardino il procedimento di costituzione della società, anche se consistenti nella violazione di norme imperative, devono intendersi implicitamente e definitivamente sanate in virtù della iscrizione della società nel Registro delle Imprese.

Il carattere di specialità della nullità della società per azioni iscritta, tuttavia, appare in modo ancor più evidente nella peculiare regolamentazione dei suoi effetti. Innanzitutto, tale nullità non ha effetto retroattivo. Si tratta di una deroga di grande rilievo rispetto alla disciplina di diritto comune. Deroga chiaramente ispirata alle esigenze innanzi indicate. La norma, infatti, stabilisce che la dichiarazione di nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo la iscrizione nel Registro delle Imprese. Ciò vale per tutti gli atti posti in essere, sia nei confronti dei soci, sia nei confronti dei terzi, ed indipendentemente dalla buona o mala fede degli stessi, cioè dalla conoscenza o ignoranza della esistenza della causa di nullità.

L'irretroattività emerge poi anche dalla regola secondo cui i soci non sono liberati dall'obbligo di effettuare i conferimenti, ed ovviamente non possono ripetere quelli già eseguiti, fino a quando non siano stati soddisfatti i creditori sociali. Anche qui la deroga allo statuto generale è evidente: non trova applicazione l'art. 2033 c.c. in tema di indebito oggettivo.

Si tratta, pertanto, di un caso, chiaramente anomalo, di efficacia dell'atto nullo⁸⁷. Si badi, di efficacia *erga omnes*, non soltanto rivolta a pochi diretti interessati. La dichiarazione di nullità ha efficacia *ex nunc*. Anzi, se vogliamo, siamo in presenza di un caso di *ultrattività* dell'atto, ed è logica la *ratio* di tale deroga. Il legislatore si preoccupa, infatti, di salvaguardare l'efficacia dell'attività sociale già svolta, nella prospettiva di garantire che i creditori dell'ente siano adeguatamente tutelati per il loro affidamento e di evitare che essi corrano il rischio della sopravvenuta invalidazione di atti regolarmente compiuti.

Ulteriore profilo da cui emerge la specialità della norma è quello della possibile sanatoria della nullità della società per azioni iscritta. In deroga all'art. 1423 c.c., ed in base alla salvezza in esso contenuta, l'art. 2332, comma 5, c.c. stabilisce che la nullità della società per azioni non può essere più dichiarata quando la causa di essa è stata eliminata e di tale eliminazione sia stata data pubblicità legale⁸⁸. Si tratta di una sanatoria che riguarda l'atto che non sia stato ancora giudizialmente dichiarato nullo. Tale meccanismo, tuttavia, è differente da quello previsto nei classici casi di convalida dell'atto nullo di cui agli artt. 590 e 799 c.c.: in queste ultime

⁸⁷ In tal senso v. TOMMASINI, *Nullità*, cit., p. 890. Questi afferma: "pur tenendo nel dovuto conto la peculiare struttura dei rapporti societari nonché l'esigenza di garantire la certezza di relazioni giuridiche instaurate con enti nulli, va subito detto che queste ragioni per le quali il legislatore ha dovuto dettare un certo tipo di regolamentazione non sono di per sé sufficienti a spiegare l'efficacia qui eccezionalmente riconosciuta".

⁸⁸ Prima della riforma del 2003 la sanatoria era connessa esclusivamente al compimento di una apposita modifica dell'atto costitutivo, debitamente pubblicata, che eliminasse il vizio. Oggi, invece, il tenore letterale della norma lascia intendere che non occorra la modifica del contratto sociale, ma che sia sufficiente qualsiasi altro atto o fatto idoneo ad eliminare la causa di nullità, purchè di esso si dia adeguata pubblicità mediante le forme tipiche delle modifiche statutarie. Non sono mancate, tuttavia, incertezze interpretative. La nullità ex art. 2332 nn. 2 e 3 non può essere eliminata se non attraverso una modifica dell'atto costitutivo, adottata dall'assemblea straordinaria, che sani l'illiceità dell'oggetto sociale ovvero colmi le lacune relative al contenuto essenziale dell'atto; quella ex art. 2332 n. 1, invece, potrà essere eliminata solo mediante la stipula di un atto pubblico da parte di tutti i soci, atto che in sostanza costituisce una ripetizione di quello nullo.

disposizioni non vi è eliminazione della nullità, bensì vi è una nuova manifestazione di volontà che, eccezionalmente, consente all'atto nullo di produrre effetti, trattandosi di una fattispecie complessa di cui sono parte l'atto nullo e la sua conferma. Nell'art. 2332, invece, l'intervento modificativo elimina il vizio *ex tunc* rendendo l'atto valido sin dall'origine, senza che occorra procedere alla declaratoria giudiziale di nullità⁸⁹.

La nullità della società per azioni iscritta ha, quindi, come effetto principale lo scioglimento automatico della società⁹⁰. L'effetto di scioglimento, come si è detto, non è retroattivo e lascia impregiudicati tutti gli atti compiuti in nome della società dopo la sua registrazione. La relativa pronuncia, soggetta anch'essa a pubblicità legale, nomina i liquidatori e apre la procedura di liquidazione. I beni sociali, pertanto, non potranno essere distribuiti tra i soci fin quando non siano stati soddisfatti i creditori sociali.

Queste le peculiarità della nullità della s.p.a. iscritta. V'è da chiedersi a questo punto che cosa rimanga della nullità di diritto comune, in virtù del fatto che, dall'analisi sin qui svolta, la nullità in esame pare una forma di scioglimento *ex lege* dell'ente, piuttosto che una sanzione

⁸⁹ In tal senso cfr. ANGELICI, *Le disposizioni generali sulla società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985, p. 273. In materia v. altresì BORGIOLOI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, p. 446.

⁹⁰ Non va confusa con la nullità della società la nullità della singola partecipazione sociale. Si ritiene (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società, cit.*, p. 179) che, sussistendo una normativa *ad hoc* in materia di nullità, tale disciplina reagisca su quella dell'invalidità della singola partecipazione e che, pertanto, non trovino applicazione i principi generali in tema di contratti associativi. Anche se la singola partecipazione sia essenziale, l'invalidità della medesima non comprometterà la validità dell'intero contratto, ma provocherà lo scioglimento della società per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale. Secondo GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 237, la dichiarazione di invalidità della partecipazione non ha effetto retroattivo, ed il socio avrà diritto alla liquidazione della sua partecipazione in base alla situazione patrimoniale della società al momento in cui viene dichiarata l'invalidità: la causa di invalidità produce, quindi, il recesso *ex lege* del socio. In tal senso v. anche BORGIOLOI, *La nullità della società per azioni, cit.*, p. 574 ss;

civile. È certo che, in mancanza di differenti previsioni, nel caso di specie valgano le regole della legittimazione assoluta all'azione e della rilevabilità d'ufficio, nonché dell'imprescrittibilità dell'azione medesima. Non pochi, pertanto, sono i dubbi che si concretizzano in merito alla natura giuridica dell'istituto. Lo statuto generale in questo caso è quasi interamente disatteso. È legittimo ipotizzare che la nullità della società per azioni iscritta rappresenti uno di quei casi in cui il legislatore impiega il *nomen iuris* dell'istituto generale, ma concepisce una sanzione del tutto peculiare ed autonoma⁹¹.

D'altra parte, come si è potuto notare, le esigenze che si pongono alla base della elaborazione di tale testo legislativo giustificano in pieno la deviazione dallo schema principale. *Quid iuris?* Un nuovo istituto? Una nuova nullità? Parlare di "nuova figura" è forse scorretto, se si considera che la norma fu concepita sin dall'entrata in vigore del codice, salvo per quanto riguarda le modifiche intervenute negli anni successivi. Tuttavia, i molteplici aspetti in cui si manifesta la discrasia tra la nullità speciale ex art. 2332 c.c. e la nullità di diritto civile inducono a credere che nel caso di specie si sia in presenza di un istituto diverso dalla nullità vera e propria. Si tratta, probabilmente, di una forma *sui generis* di invalidità, che, di per sé, costituisce uno schema normativo di ampia portata, suscettibile di applicazione a tutte le realtà associative presenti nell'ordinamento.

In altre parole, ammesso che di nullità non si tratti, e accolta l'idea che la norma rappresenti non tanto uno statuto speciale di nullità, quanto piuttosto uno *statuto generale di invalidità* applicabile agli organismi plurisoggettivi presenti nell'ordinamento privatistico, si deve ritenere che

⁹¹ La distanza dalla disciplina di diritto comune è evidenziata in maniera unanime dalla dottrina. Si veda, per tutti, ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975.

le regole dettate dal legislatore in tema di irretroattività degli effetti e di sanabilità dei vizi rappresentino i punti fermi di una diversa forma di patologia negoziale, che indubbiamente germina dalla nullità di diritto privato, per poi da essa discostarsi fino ad assumere autonoma fisionomia.

Tale ultima riflessione trova conferma altresì nella tendenza all'applicazione analogica della disciplina dell'art. 2332 c.c. in altri settori dell'ordinamento. Si allude in particolare all'opinione dottrinale⁹² che sostiene che nelle società di persone, nonostante manchi del tutto una normativa in tema di nullità e di invalidità in generale della società, sia possibile colmare la lacuna mediante l'applicazione analogica proprio della disciplina qui analizzata. Ovviamente non sarebbe possibile l'intera trasposizione della norma nell'area delle società personali, in particolare per quanto riguarda le cause di nullità, che sembrano essere previsioni eccezionali e connesse esclusivamente alla struttura delle società di capitali. Suscettibili di trasposizione, secondo la giurisprudenza prevalente⁹³, sono invece le regole in materia di effetti della nullità, o meglio dell'invalidità in genere. Ciò in quanto nelle società di persone si presentano esigenze non dissimili da quelle che si invocano nelle società di capitali e cooperative.

⁹² Cfr. AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971, p. 239; PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., p. 490; PRESTI – RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, II. Società*, Bologna, 2005, p. 26. Sostiene, invece, la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 2332 alle società di persone ANGELICI, *La società nulla*, cit., p. 286, in quanto la norma in questione avrebbe carattere eccezionale, trovando essa fondamento nei caratteri peculiari delle società di capitali e cooperative, in particolare la personalità giuridica e l'effetto di pubblicità costitutiva connesso all'iscrizione nel Registro delle Imprese. In materia v. diffusamente GUGLIELMO, *La nullità del contratto di società di persone*, in *Riv. not.*, 2005, p. 82.

⁹³ Cfr. Cass., 19 gennaio 1995, n. 565, in *Riv. dir. comm.*, 1996, p. 35; Trib. Monza, 26 agosto 1991, in *Foro it.*, 1992, p. 3146; Trib. Bologna, 16 gennaio 1990, in *Società*, 1991, p. 492. Opinione contraria è espressa in Cass., 2 gennaio 1995, n. 7, in *Riv. dir. comm.*, 1996, p. 36; Trib. Napoli, 17 agosto 1989, in *Riv. dir. impr.*, 1989, p. 589.

Anche qui, invero, vi è differenza tra l'ipotesi in cui la società sia ancora inoperante sul mercato e l'ipotesi in cui abbia iniziato la sua attività commerciale mediante l'instaurazione di rapporti con soggetti terzi⁹⁴. Nel primo caso, in presenza del mero contratto di società, l'invalidità sarà regolata dalla disciplina di diritto comune, salva la sola particolarità concernente il carattere associativo del contratto. Se la società ha iniziato di fatto la sua attività, invece, occorre tutelare l'affidamento dei terzi, preservare la struttura sociale, conservare i valori produttivi, esattamente come per le società di capitali. È quindi corretto pensare che le società di persone operanti possano essere colpite da una generale sanzione di invalidità che, quanto alle cause, sarà regolamentata dalla disciplina civilistica generale, e quanto agli effetti sarà soggetta al principio generale dettato dall'art. 2332 c.c., secondo cui l'invalidità produce l'eliminazione dell'ente per il futuro e non pregiudica l'efficacia, tra le parti e rispetto ai terzi, degli atti compiuti in nome della società sino alla relativa pronuncia; l'invalidità potrà essere sanata mediante apposito atto di autonomia privata capace di eliminare il vizio.

⁹⁴ Per le società di persone, non essendo previsto un regime di pubblicità costitutiva connesso all'iscrizione nel Registro delle Imprese, ma rappresentando quest'ultimo un mero requisito di regolarità della società (arg. ex artt. 2297 e 2317 c.c.), non può valere lo stesso criterio di differenziazione ai fini dell'applicazione della disciplina speciale di nullità. L'intervenuta iscrizione nel Registro delle Imprese, producendo effetti di pubblicità soltanto "normativa", non è indice sufficiente per ritenere che la società sia entrata a pieno titolo nella realtà degli affari. Per le società di persone, quindi, non può valere un criterio formale come per le s.p.a., ma ai fini dell'applicazione analogica dell'art. 2332 c.c. sarà necessaria un'indagine di carattere sostanziale, basata sulla realtà dei fatti: occorrerà comprendere se la società abbia o meno iniziato ad esercitare la propria attività economica, a nulla valendo il fatto che la stessa non sia stata registrata. Sarebbe, infatti, possibile che la stessa operi, anche in perpetuo, senza mai essere iscritta. In quel caso le esigenze di tutela dell'affidamento e dei valori produttivi si presenterebbero nella stessa maniera e gli effetti dell'invalidità della società dovrebbero essere regolati dai citati principi speciali di irretroattività e sanabilità.

Elemento di conforto a tale ultima tesi è dato dal fatto che in alcuni testi legislativi, in cui è disciplinata l'invalidità degli atti costitutivi di organismi associativi di diritto commerciale, vi è una vera e propria riproduzione del testo dell'art. 2332 c.c.: ci si riferisce in particolare alla disciplina della nullità del G.E.I.E. contenuta nel Regolamento CE n. 2137 del 25 luglio 1985⁹⁵, nonché soprattutto alla regolamentazione dell'invalidità della società tra avvocati di cui al D. Lgs. 2 febbraio 2001, n. 96⁹⁶. Il fatto quindi che lo stesso legislatore abbia impiegato lo stesso statuto anche in fattispecie analoghe deve indurre a pensare che la norma in esame costituisca un sistema generale di nullità, o meglio di invalidità, valevole per tutti i gruppi associativi a rilievo esterno. Ciò dovrebbe spingere a pensare che esso sia analogicamente applicabile ai consorzi, nonché agli enti del primo libro.

Si pone però un problema. Se questa norma è suscettibile di applicazione analogica in ipotesi simili, costituendo essa un precetto speciale e non eccezionale, si deve ritenere che lo statuto generale di cui

⁹⁵ Le cause di nullità del contratto istitutivo del GEIE, dato il carattere transnazionale dell'ente, sono quelle previste dai singoli ordinamenti nazionali. Pertanto, non essendovi nella legge di attuazione italiana (D.lgs. 23 luglio 1991, n. 240) alcuna norma al riguardo, valgono le cause di diritto comune. L'art. 15 del citato Regolamento, invece, detta una normativa uniforme per tutti gli Stati membri con riferimento agli effetti della nullità, normativa che coincide in sostanza con quella contenuta nell'art. 2332 c.c. . Pertanto, la dichiarazione di nullità del GEIE non ha effetto retroattivo, non pregiudica la validità degli atti compiuti, opera quale mera causa di scioglimento ex lege del gruppo, e la sentenza dichiarativa nomina i liquidatori. La nullità, infine, è sanabile, e il Tribunale, ove ritenga possibile la regolarizzazione del gruppo, assegna un termine entro cui bisognerà provvedere in tal senso.

⁹⁶ L'art. 20 del citato decreto detta una regolamentazione specifica degli effetti della invalidità della società tra avvocati, mutuando la disciplina in tema di nullità della società per azioni. Si badi, la normativa dettata riguarda l'invalidità in genere, e non solo la nullità. Anche in questo caso le cause, invece, restano quelle di diritto comune. E così: la dichiarazione di nullità o la pronuncia di annullamento non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome e per conto della società; i soci restano personalmente obbligati per le obbligazioni assunte anteriormente; la sentenza di nullità o di annullamento nomina i liquidatori; l'invalidità non può essere pronunciata se la causa di essa è stata eliminata per effetto di una modifica dell'atto costitutivo iscritta nel Registro delle Imprese.

agli art. 1418 ss. c.c. sia in parte indebolito, poiché, nelle fattispecie di nullità non regolate, laddove si versi in tema di contratti associativi istitutivi di soggetti giuridici a rilievo esterno, troverà applicazione la normativa particolare, e non quella generale.

I risultati raggiunti nell'analisi sin qui svolta confermano che il dubbio avanzato nelle prime pagine circa la reale natura delle nullità speciali di diritto commerciale è fondato. Siamo in presenza di istituti anomali, la cui specialità rispetto alla disciplina di diritto comune si manifesta a diversi livelli, e cioè sia sul piano della fattispecie regolamentata, sia sul piano della regolamentazione stessa, del tutto peculiare.

b) LA NULLITÀ DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI DI SOCIETÀ PER AZIONI (ART. 2379 C.C.)

La recente legislazione in tema di invalidità delle delibere assembleari di società di capitali⁹⁷ è incentrata sull'individuazione dei casi tassativi nei quali le stesse sono annullabili (art. 2377 c.c.) o nulle (artt. 2379, 2379ter, 2434bis c.c.). L'ormai noto principio di tassatività delle cause di invalidità trova qui espresso riconoscimento⁹⁸. L'esigenza di eliminare

⁹⁷ Per un quadro generale della nuova disciplina dell'invalidità di tali delibere v. SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Società*, 2003, p. 117 e ss.

⁹⁸ Il principio di tassatività delle cause di invalidità trova espressione anche nell'art. 2332 c.c., relativo alla nullità della società per azioni, ove si afferma: "la nullità della società può essere pronunciata *solo nei seguenti casi*".

dalle pronunce giurisprudenziali la figura delle delibere inesistenti⁹⁹, foriera di innumerevoli contrasti interpretativi¹⁰⁰, ha spinto il legislatore ad elaborare un istituto di nullità speciale che in molteplici punti si allontana dalla normativa generale¹⁰¹. Basti pensare alla sanabilità di tale patologia, o alla presenza di un termine decadenziale entro il quale dover esperire la relativa azione. Tali diversità costituiscono attuazione di un ulteriore principio generale cui è ispirata la disciplina dettata dalla riforma del 2003: il principio del necessario contemperamento tra le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale (art. 4, comma 7, lett. b, della legge delega del 3 ottobre 2001, n. 366). Ma procediamo con ordine.

Innanzitutto, è palese la distanza che si crea dallo statuto generale quanto alle cause di nullità¹⁰². Il legislatore della riforma ha confermato

⁹⁹ Tra le principali pronunce affermative della inesistenza delle delibere assembleari v. Cass., 5 settembre 1997, n. 8592, in *Società*, 1998, p. 289; Cass., 24 gennaio 1995, n. 835, in *Giust. civ., Mass.*, 1995, p. 156. In dottrina la categoria delle delibere inesistenti trovava pieno riconoscimento. Si vedano, ad esempio, CASU, *Inesistenza, nullità e annullabilità delle delibere assembleari*, in *Riv. Not.*, 1999, p. 1553.; DAMIANI, *Note critiche in tema di inesistenza delle delibere assembleari e opponibilità delle stesse ai terzi in buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, p. 535; BUTTARO, *In tema di inesistenza di deliberazione assembleare per difetto di maggioranza*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1962, p. 234 e ss.

¹⁰⁰ "Ad un sistema legislativo ispirato alla certezza del diritto si era sostituito un sistema giurisprudenziale in cui l'incertezza regnava sovrana". Così CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società, cit.*, p. 346.

¹⁰¹ Nelle s.r.l. (art. 2479ter c.c.) l'invalidità delle decisioni dei soci, in qualunque forma adottate, può essere fatta valere da tutti i soci che non vi hanno consentito, dagli amministratori e dal collegio sindacale ove esistente, entro novanta giorni dall'intervenuta trascrizione delle decisioni nel libro delle decisioni dei soci. Le decisioni nulle per impossibilità o illiceità dell'oggetto ovvero per mancanza assoluta di informazione possono essere impugnate da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla trascrizione della decisione nel medesimo libro. Come nelle s.p.a., l'unico caso di nullità imprescrittibile è quello delle decisioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili.

¹⁰² Nella normativa antecedente alla riforma del 2003, la rubrica dell'art. 2379 c.c. era "Deliberazioni nulle per impossibilità o illiceità dell'oggetto". La norma vigente reca la rubrica semplice e più generale "Nullità delle deliberazioni". Ciò in ossequio al suddetto principio di tassatività delle cause di invalidità: vigente la precedente normativa, era

l'impianto in base al quale il mero contrasto con la legge o con le previsioni statutarie produce semplice annullabilità, mentre l'illiceità o l'impossibilità dell'oggetto¹⁰³ della delibera comporta la nullità. Già in questo è possibile mettere in luce che la generica contrarietà a norme anche imperative determina l'applicazione di una sanzione minore, quale l'annullabilità, mentre la medesima violazione provoca, nel diritto dei contratti, la comminatoria della sanzione più grave. La *ratio* di tale frattura va ricercata nel fatto che il contrasto con la legge da cui discende l'annullabilità attiene esclusivamente ad aspetti formali della delibera, e non a profili di carattere sostanziale: la contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume dell'oggetto della delibera, come ovvio, non può che determinare, per contro, la sua nullità. Recuperato quindi il senso di tale scelta, è arduo trovare una giustificazione alla previsione di cui all'art. 2379 c.c. che stabilisce, quali vizi comportanti la nullità, la semplice mancanza della convocazione o del verbale (purchè tali mancanze siano di carattere radicale e non tali da integrare gli estremi di

possibile sostenere che, accanto alla nullità testuale ex art. 2379, potessero esistere altre cause di nullità per cause diverse dall'illiceità o impossibilità dell'oggetto. In tal senso v. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle s.p.a. a cura di Colombo e Portale*, Torino, 1993, p. 456

¹⁰³ Si ritiene (v. per tutti CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative. Aggiornamento della V edizione del Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, Torino, 2003, p. 107) che rientri nella previsione della nullità anche il caso della delibera con oggetto lecito, ma con contenuto illecito. L'esempio classico è quello della delibera di approvazione del bilancio falso: l'approvazione del bilancio è un oggetto lecito di delibera, ma il contenuto di tale oggetto (il bilancio falso) è illecito. Si può fare riferimento anche alla previsione di cui al vigente art. 2379, comma 1, secondo periodo, c.c.: la deliberazione di modificazione dell'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili ha oggetto lecito (la modificazione dello statuto in relazione all'oggetto sociale), ma contenuto illecito (l'illiceità o l'impossibilità dell'oggetto sociale che si vuole stabilire). Sulla differenza di significato da attribuire ai concetti di "oggetto" e "contenuto" negli artt. 2377 e 2379, v. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.: la fattispecie*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 72 e ss.

cui al comma 3 della norma in esame¹⁰⁴): vizi, com'è evidente, attinenti ad aspetti di carattere meramente formale e che, vigente la precedente normativa, avrebbero dato luogo a semplice annullabilità¹⁰⁵. La giustificazione è di politica legislativa. Si è voluto attrarre nell'alveo della nullità due vizi formali estremi che, secondo la giurisprudenza¹⁰⁶, avrebbero caratterizzato ipotesi di inesistenza della delibera. Scongiurato così il rischio di nuove incertezze interpretative, si è creato un istituto il cui fondamento logico è tutt'altro che unitario¹⁰⁷. Forma e sostanza non sono

¹⁰⁴ Il comma 3 dell'art. 2379 c.c. precisa che ai fini della pronuncia di nullità la convocazione non si considera mancante nel caso di irregolarità dell'avviso, se questo proviene da un componente dell'organo amministrativo o di controllo della società ed è idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente (e non più *tempestivamente* come stabiliva il testo della norma prima dell'intervento correttivo del D.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37) avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea: in questo caso sarà possibile configurare, in presenza di vizi rilevanti nell'avviso di convocazione, l'annullabilità della delibera. Del pari il verbale non si considera mancante qualora esso contenga l'indicazione della data della deliberazione e del suo oggetto, sia sottoscritto dal presidente dell'assemblea o dal presidente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza e dal segretario o dal notaio: anche in tal caso, in presenza dei presupposti di cui all'art.2377, comma 4, n.3, c.c., potrà aversi annullabilità della delibera (in tal senso cfr. CALICE, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 31 e ss.)

¹⁰⁵ Cfr. DI ZILLO, *Omessa convocazione dei soci in assemblea e convocazione ad opera di soggetto non legittimato: riflessioni su annullabilità, nullità ed inesistenza della delibera assembleare alla luce del D.Lgs. n. 6 del 2003*, in *Riv. not.*, 2003, p. 1284.

¹⁰⁶ L'inesistenza della delibera assembleare per mancata convocazione era stata affermata, in particolare, in Cass., 15 marzo 1986, n. 1768, in *Società*, 1986, p. 850; Trib. Napoli, 6 marzo 1993, in *Società*, 1993, p. 982. L'inesistenza per mancanza del verbale era stata sostenuta in Cass., 4 dicembre 1990, n.11601, cit., p. 1408; Cass., 17 febbraio 1987, n. 1687, in *Società*, 1987, p. 498; Trib. Milano, 15 ottobre 1987, in *Società*, 1988, p. 255. Va però ricordata una dottrina contraria (LAURINI, *La verbalizzazione delle delibere assembleari*, in *Società*, 1993, p. 11) che affermava la mera annullabilità della delibera assembleare per mancanza del verbale.

¹⁰⁷ Accanto alla nullità "esplicita" ex art. 2379 c.c. (cui vanno aggiunte le nullità di cui agli artt. 2332 e 2504quater c.c.), non mancano ipotesi di nullità "implicite", quali possono essere le fattispecie di cui agli artt. 2357, 2357quater, 2359bis, 2359quinquies. Tali disposizioni, nel sancire i divieti di sottoscrizione di azioni proprie o della società controllante da parte della controllata, nonché i limiti all'acquisto di azioni proprie o della società controllante da parte della controllata, contengono norme imperative la cui violazione comporta la nullità della delibera assembleare autorizzativa della sottoscrizione o dell'acquisto. L'imperatività di tali norme va ricercata non tanto nel loro tenore letterale, ma piuttosto nella *ratio* alle stesse sottesa: "la salvaguardia dell'integrità

adeguatamente separate quanto alle conseguenze delle anomalie che in concreto possono colpirle. E la frattura tra la nullità di diritto contrattuale (art. 1418 c.c.) e quella in esame si mostra già con evidenza.

In secondo luogo, la nullità delle delibere assembleari può essere sanata qualora derivi dai vizi formali di cui si è appena parlato (art. 2379bis c.c.). Tale previsione sembra essere indicativa di una certa coerenza, in quanto il legislatore esclude la sanabilità delle delibere nulle per illiceità o impossibilità dell'oggetto¹⁰⁸. Tuttavia, la stessa previsione di un meccanismo di sanatoria costituisce, a mio avviso, un'anomalia tale da snaturare l'istituto in questione¹⁰⁹; è infatti vero che l'art. 1423 c.c., nell'escludere la convalida del negozio nullo fa salva la diversa previsione legislativa, e che tale salvezza legittima la fattispecie di nullità sanabile in esame, ma, nonostante ciò, appare a dir poco anomalo il fatto che lo strumento giuridico della nullità, classica arma di difesa dei fondamentali valori ed interessi della collettività, sia "disponibile" da parte dei privati. È infatti questa la caratteristica che maggiormente colpisce: l'art. 2379bis c.c., nel prevedere quali meccanismi di sanatoria la "dichiarazione di assenso"

del capitale sociale e del corretto funzionamento della dialettica assembleare" (così PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Giur.it.*, 2003, p. 403). La delibera autorizzativa dovrebbe considerarsi nulla non solo perché avente oggetto illecito, ma anche perché darebbe luogo "secondo il sofisticato ragionamento della giurisprudenza in tema di delibere nulle, ad una deviazione dallo scopo essenziale, teorico-pratico, del rapporto di società".

¹⁰⁸ Ciò dovrebbe comportare, a rigor di logica, l'applicazione dei principi di carattere generale in tema di nullità.

¹⁰⁹ È superfluo mettere in luce la singolarità della previsione esplicita della "sanatoria della nullità" quale rubrica dell'art. 2379bis c.c.: l'anomalia è annunciata all'interprete con evidenza e tempestività. Cfr., inoltre, FERRUCCI – FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, vol. I, Napoli, 2005, p. 596, ove si afferma che, da un punto di vista sistematico, "la previsione di modalità di sanatoria della nullità di una deliberazione assembleare vale ancor più a marcare la differenza e la specialità del regime di nullità delle deliberazioni assembleari, rispetto al regime giuridico di carattere generale dei contratti".

allo svolgimento dell'assemblea viziata da mancanza di convocazione¹¹⁰ (comma 1) ovvero la "verbalizzazione eseguita prima della successiva assemblea" qualora la delibera sia viziata da mancanza del verbale (comma 2), introduce un potere dispositivo forse eccessivo in capo alle parti della delibera stessa, vale a dire i soci, i quali hanno la possibilità di cancellare il vizio che colpisce la delibera e renderla così pienamente legittima. La previsione in oggetto costituisce indice dell'esigenza, avvertita a livello legislativo, di tutelare la sicurezza dei traffici e di non intralciare oltre misura lo svolgimento dell'attività deliberativa, motore dell'attività contrattuale nel diritto societario¹¹¹.

Altro aspetto dal quale emerge con evidenza la distanza tra l'istituto in esame e la sua presunta matrice generale (art.1418 c.c.) è ravvisabile nella previsione di cui all'art. 2379, comma 1, primo periodo: qui è stabilito che la delibera affetta da vizi di nullità può essere impugnata entro il termine di decadenza¹¹² di tre anni dall'iscrizione o deposito della stessa presso il Registro delle Imprese, ovvero dalla trascrizione nel libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea.

¹¹⁰ Vi è una dottrina (SPENA, *Commento all'art. 2379bis*, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 2/I, p. 378 e ss.) che sostiene che l'ipotesi prevista nel primo comma della norma in esame non costituisca realmente una forma di sanatoria dell'atto viziato: il comportamento di chi ha dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea non convocata non determina la rimozione dell'invalidità della delibera, ma dà luogo esclusivamente alla perdita per il soggetto assenziente del diritto potestativo di agire in giudizio per ottenere la declaratoria di nullità della delibera stessa

¹¹¹ Esigenza peraltro avvertita anche in tema di nullità dell'atto costitutivo della società per azioni, sanabile mediante eliminazione del vizio e pubblicazione della relativa eliminazione (art. 2332 comma 5 c.c.): previsione questa rispondente all'esigenza di conservazione dei valori produttivi e dell'affidamento dei terzi entrati in rapporti contrattuali con la persona giuridica.

¹¹² La prevalente dottrina è orientata verso l'interpretazione di tale termine come di decadenza e non di prescrizione: si veda in tal senso MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nella s.p.a. (seconda parte): l'impugnazione*, in *Società*, 2003, p.673; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, XXIX, Padova, 2003, p. 226; CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali, cit.*, p. 108.

Tale previsione è in netto contrasto con quanto dispone l'art. 1422 c.c. che sancisce l'imprescrittibilità dell'azione di nullità in materia contrattuale, ma, anche in tal caso, vale il discorso fatto al punto precedente: la normativa generale fa salva l'eventuale diversa previsione legislativa. Ciò, in ogni caso, non è sufficiente per escludere che la disciplina societaria sia anomala. Per contro, appare ancor più marcata la diversità che intercorre tra la fattispecie in esame e la sua pretesa matrice generale. D'altra parte, la configurazione legislativa di una nullità prescrivibile è ipotesi isolata e spiegabile solo attraverso l'indagine sulla *ratio* su cui si fonda la disciplina¹¹³.

L'unica ipotesi in cui il legislatore lascia ferma l'imprescrittibilità dell'azione di nullità della delibera assembleare è quella in cui la delibera modifichi l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili¹¹⁴. L'impugnabilità in perpetuo di deliberazioni di tal fatta si spiega solo considerando il contenuto della modificazione statutaria, che dal legislatore è ritenuto particolarmente grave ed immeritevole di alcuna protezione¹¹⁵. Qui le esigenze di stabilità delle delibere societarie cedono il passo all'obbligo di rispettare i confini di cui all'art.1325 c.c. riguardo ai requisiti dell'oggetto del contratto e del negozio in genere: la liceità e la

¹¹³ *Ratio* che, ancora una volta, sembra potersi agevolmente individuare nella garanzia di stabilità e certezza delle deliberazioni societarie.

¹¹⁴ Si pone, allora, il dubbio della configurazione di una sorta di sistema binario nell'ambito della nullità ex art. 2379 c.c.: nullità vera e propria in caso di vizi sostanziali (oggetto impossibile o illecito, o modificazione dell'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili) e nullità "minore" o "anomala" in caso di vizi formali gravi (mancata convocazione o mancanza del verbale). Tale ricostruzione tuttavia non è ammissibile: se è vero che la sanatoria è prevista solo per vizi formali, è anche vero che l'imprescrittibilità è dettata solo per uno dei possibili contenuti dell'oggetto della delibera, ossia quello di modificare l'oggetto sociale in senso illecito. Resta ferma la sottoposizione al termine triennale dell'azione di nullità per tutti gli altri casi, compresi quelli dei vizi sostanziali.

¹¹⁵ In tal senso v. FERRUCCI – FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici, cit.*, p. 596.

possibilità giuridica e materiale dell'oggetto di un atto negoziale, e nel nostro caso di una delibera assembleare, sono punti fermi ed imprescindibili, già evidenti ove si consideri che il legislatore della riforma ha, in generale, sanzionato con la nullità *non sanabile* le delibere aventi oggetto illecito o impossibile. Tuttavia, se tale generico vizio può essere fatto valere entro brevi termini decadenziali, il vizio più grave in esame spinge lo stesso legislatore ad applicare il regime generale di imprescrittibilità della relativa impugnazione di cui all'art. 1422 c.c.

Ancora, si pone il problema dell'efficacia della delibera nulla. Il legislatore all'ultimo comma dell'art. 2379 c.c. rinvia all'art. 2377 comma 7 e 8, nei limiti della compatibilità. Ciò comporta innanzi tutto l'applicazione della regola in base alla quale la dichiarazione di nullità produce effetti nei confronti di tutti i soci ed obbliga l'organo amministrativo, sotto la propria responsabilità, ad adottare i conseguenti provvedimenti. Vengono, inoltre, fatti salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione: tale regola, applicata in materia di nullità, ha un rilievo determinante. Se, come è noto, la nullità negoziale produce l'inefficacia in senso retroattivo dell'atto colpito dalla sanzione, eliminando così tutte le modificazioni giuridiche operate prima della relativa pronuncia, la nullità ex art. 2379 c.c. non dà luogo alla totale inefficacia della deliberazione stessa¹¹⁶. Se i terzi in buona fede hanno posto in essere con la società atti di qualsiasi tipo in virtù di quanto stabilito nella deliberazione, la legge tutela il loro affidamento facendo sì che la delibera cada solo parzialmente. La nullità

¹¹⁶ Il problema dell'efficacia dell'atto nullo si pone anche in materia di nullità della società per azioni, come è stato possibile notare *supra* § 2. La deviazione dal principio generale *quod nullum est nullum producit effectum* che si riscontra nella fattispecie delle delibere nulle è stata prefigurata, vigente la precedente normativa, da PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità, cit.*, pp. 403 e ss.

generale (artt. 1418 e ss. c.c.) travolge tutto quanto compiuto in base al negozio nullo e non v'è distinzione tra diritti acquistati in buona o in mala fede dai terzi. Nel nostro campo, invece, il legislatore ancora una volta esplicita la sua esigenza di porre al sicuro la stabilità dei traffici economici, disponendo che i terzi che hanno fatto affidamento su quanto manifestato in sede assembleare non possono veder pregiudicato il loro conseguente acquisto a seguito della declaratoria di nullità di quanto deliberato.

Il rinvio all'ottavo comma dell'art. 2377 introduce, invece, un ulteriore meccanismo di sanatoria: la sostituzione della delibera nulla. In qualunque ipotesi di delibera viziata da nullità è possibile scongiurare la pronuncia di nullità mediante l'adozione di una deliberazione sostitutiva che sia priva del suddetto vizio¹¹⁷. Non c'è richiamo al successivo nono comma dell'art. 2377, e ciò dovrebbe comportare l'inapplicabilità della regola secondo cui, in caso di sostituzione di delibera viziata, sono fatti salvi i diritti che i terzi hanno acquistato in base alla deliberazione sostituita¹¹⁸. Secondo la dottrina prevalente¹¹⁹, tuttavia, onde evitare una ingiustificata disparità di trattamento tra le delibere annullabili e le delibere nulle, la regola in esame deve trovare comunque applicazione nel nostro settore. Ciò dà luogo, come è evidente, ad un'ulteriore fenomeno di

¹¹⁷ Si tratta, secondo CONTE, *Osservazioni sul nuovo regime di disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Contratto e Impresa*, 2003, p. 664, di un singolare meccanismo di recupero dell'invalidità. In particolare "l'invalidità della prima deliberazione dovrebbe riverberarsi e quindi contagiare anche la seconda deliberazione, che approvando la prima, finirebbe a rigore per assumere, per derivazione, anch'essa un oggetto illecito"

¹¹⁸ Secondo l'orientamento più rigoroso (RESCIO, *Assemblea dei soci. Patti parasociali*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, p. 118), deve ritenersi che, una volta intervenuta la nuova deliberazione, viene meno l'interesse ad agire per la nullità: si tratterebbe, quindi, non tanto di un recupero della validità della prima deliberazione, ma di una generalizzata perdita di interesse ad agire per la nullità della stessa, e gli effetti ed i diritti sorgerebbero con riguardo alla seconda deliberazione, non alla prima.

¹¹⁹ Cfr. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p.451; GRIPPO, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato Rescigno*, XVI, Torino 1991, p. 423.

efficacia della delibera nulla. Anzi, proprio in questa fattispecie si è in presenza di un'anomalia estrema: la delibera non è più colpita dalla sanzione della nullità, ma il suo originario contenuto o la sua originaria forma, affetti da vizi, continuano a produrre effetti nelle sfere giuridiche dei terzi che su di esse avevano fatto incolpevole affidamento. La distanza rispetto alla disciplina generale, per quanto giustificata dalla *ratio* cui si è già fatto cenno, è qui massima¹²⁰.

Il legislatore detta poi, all'art. 2379ter c.c., una particolare normativa per quanto riguarda l'invalidità delle delibere assembleari di aumento del capitale, riduzione dello stesso ex art. 2445 c.c. e di emissione di obbligazioni. La disciplina qui prevista risponde all'esigenza di cui si è parlato, ossia di valorizzare i profili della stabilità e certezza dell'attività sociale a tutela dell'affidamento ingenerato nei terzi e nei creditori in virtù di operazioni sul capitale della società¹²¹. La normativa distingue a seconda che si tratti di società chiuse ovvero di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Nel primo caso la riforma concepisce una nullità che si discosta da quella ordinaria ex art. 2379 c.c. per quanto riguarda il termine di prescrizione (*rectius* di decadenza). Tale termine è pari a novanta giorni

¹²⁰ La possibilità di sostituzione della delibera invalida con efficacia sanante *ex tunc*, nonostante il palese contrasto con il principio di cui all'art. 1423 c.c., trova oggi appiglio normativo; ma non mancavano, anche prima della recente riforma, pronunce giurisprudenziali che affermavano l'applicabilità di tale meccanismo di sanatoria mediante sostituzione anche alle delibere nulle, proprio in considerazione dell'impossibilità di configurare in questo settore una sanatoria mediante convalida. In tal senso v. Cass., 13 giugno 2000, n. 8036, in *Società*, 2000, p. 1187; Cass., 24 gennaio 1990, n. 420, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 138. In dottrina, CALICE, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 41, pone la questione dell'applicabilità della sostituzione con effetto sanante *ex tunc* alle ipotesi di nullità per impossibilità o illiceità dell'oggetto della delibera.

¹²¹ In tal senso v. FERRUCCI – FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative, e le mutue assicuratrici*, cit., p. 598.

decorrenti dall'approvazione del bilancio di esercizio nel corso del quale la delibera ha avuto anche solo parziale esecuzione laddove la nullità derivi da mancata convocazione dell'assemblea, e di centottanta giorni decorrenti dalla data dell'iscrizione della delibera nel registro delle imprese in tutti gli altri casi¹²². Tale differenza, specie per quanto riguarda il *dies a quo* del termine di prescrizione, trova fondamento nel fatto che, in caso di mancata convocazione dell'assemblea, i soci possono essere del tutto ignari del fatto che siano state adottate delibere di tal fatta, e potranno venirne a conoscenza solo in sede di approvazione del relativo bilancio di esercizio: è da questo momento che i soci possono essere messi in condizione di far valere l'illegittimità di una delibera scaturente da un'assemblea riunitasi in maniera altrettanto illegittima.

Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio il legislatore prevede un meccanismo di sanatoria *per facta concludentia* delle delibere nulle o annullabili di aumento o riduzione del capitale e di emissione di obbligazioni a seguito dell'intervenuta esecuzione delle stesse. In realtà il legislatore non solo vieta la proposizione dell'impugnazione per intervenuta esecuzione della delibera (con ciò prevedendo una sorta di condizione risolutiva del diritto di impugnazione), ma determina anche l'impossibilità di pronunciare l'invalidazione della stessa qualora la domanda sia stata già proposta ed il giudizio iniziato e l'esecuzione intervenga successivamente con la sua

¹²² La *ratio* di tale previsione è quella di "sottrarre atti di contenuto finanziario, essenziali alla vita societaria, al pericolo di instabilità" (CALICE, *La nullità delle delibere assembleari*, cit., p. 39). Il tempo trascorso dalla pubblicazione delle delibere o dall'approvazione del bilancio è sufficientemente ampio per consentire la presunzione di consenso da parte di tutti gli interessati alle suddette delibere.

efficacia sanante¹²³. Tali fattispecie costituiscono la conferma della netta diversità che sussiste tra la nullità civilistica generale e la nostra nullità speciale, data la disparità di interessi posti a fondamento delle relative discipline. Di ciò si ottiene ulteriore prova ove si consideri il fatto che il legislatore mantiene fermo (in tutte le società) il diritto al risarcimento del danno in favore di soci e terzi, quale rimedio alternativo all'invalidità che può consentire di equilibrare le scelte legislative orientate verso la preminente esigenza di stabilità¹²⁴.

Infine, occorre dedicare qualche cenno alla nuova disciplina dell'invalidità delle delibere di approvazione del bilancio di esercizio¹²⁵. In particolare, il nuovo art. 2434bis c.c. detta, sia per l'annullabilità sia per la nullità di tale delibera, un regime derogatorio rispetto a quello contenuto negli artt. 2377 e ss. c.c. . Tali deroghe riguardano, per un verso, la legittimazione all'azione che è riconosciuta in ogni caso ad una minoranza qualificata (tanti soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale¹²⁶) qualora il revisore non abbia formulato rilievi sul bilancio, ciò al fine di evitare manovre ostruzionistiche di sparute minoranze; per altro verso, riguardano un particolare meccanismo di sanatoria consistente

¹²³ Secondo SPAGNUOLO, *Commento all' art. 2379ter c.c.*, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 2/I, p. 386, il modello introdotto da tale nuova norma ricalca quello già previsto per l'invalidità della fusione all'art. 2504quater, in base al quale l'impugnativa, anche se proposta tempestivamente, diventa improcedibile, atteso che il giudice non può più pronunciarsi sulla domanda di annullamento o di dichiarazione di nullità della delibera, la quale, anche se viziata, mantiene la sua efficacia.

¹²⁴ Cfr. CALICE, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, cit. p. 43.

¹²⁵ Va sottolineato che, anteriormente alla riforma del 2003, il diritto societario non concepiva alcuna disciplina speciale per le invalidità della delibera di approvazione del bilancio di esercizio. La nuova norma, collocata nella sezione dedicata al bilancio, e quindi separata dal tema generale dei vizi delle delibere assembleari, va letta in combinato con gli artt. 2377 e ss. cui in parte deroga.

¹²⁶ Tale regola trova applicazione con riferimento a tutte le società, siano esse chiuse ovvero facenti appello al mercato del capitale di rischio, ma non si applica alle società in cui il controllo contabile è riservato eccezionalmente al collegio sindacale.

nell'approvazione del bilancio successivo. Tale ultima previsione dovrebbe considerarsi quale termine eccezionale di decadenza relativo all'impugnazione della delibera¹²⁷, ma rappresenta, in realtà, un'ulteriore forma di sanatoria dell'invalidità basata sulla configurazione dell'approvazione del bilancio successivo quale condizione risolutiva del diritto di impugnare¹²⁸.

Anche in queste previsioni emerge l'esigenza preminente di garantire la stabilità delle delibere assembleari aventi oggetto particolare. L'approvazione del bilancio è delibera di interesse fondamentale nella vita ordinaria della società e ne viene garantita la certezza non solo contravvenendo alla regola che stabilisce che la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, ma anche stabilendo che la stessa non può essere pronunciata, né la relativa azione esercitata, qualora sia intervenuta l'approvazione del bilancio successivo con efficacia sanante.

¹²⁷ In tal senso FERRUCCI – FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, cit., p.921. In ordine alla decadenza dal diritto di impugnare per la sopravvenuta approvazione del bilancio successivo si era già espressa positivamente parte della dottrina antecedente alla riforma del 2003 (COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato delle s.p.a. a cura di Colombo e Portale*, Torino, 1994, p. 451; PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. comm.*, 1982, p. 407), basandosi sul presupposto della carenza di interesse ad agire da parte del socio nell'ipotesi in cui il vizio non abbia inciso sul successivo bilancio, ovvero questo abbia sanato l'irregolarità del bilancio precedente.

Va inoltre osservato che l'intervenuta decadenza (*rectius* sanatoria) ex art. 2434bis c.c. non pregiudica la possibilità per il socio o per i terzi, in caso di nullità del bilancio per violazione del principio di verità, di agire per ottenere la condanna della società al risarcimento del danno subito (entro l'ordinario termine di prescrizione quinquennale), né ulteriormente la facoltà per soci e terzi di proporre azione di responsabilità ex art. 2395 c.c. nei confronti degli amministratori entro 5 anni dalla data del deposito del bilancio presso la sede sociale, al fine di ottenere da questi il risarcimento del danno direttamente derivante dalla loro condotta dolosa o colposa nella redazione del progetto di bilancio poi approvato. In tal senso SPAGNUOLO, *Commento all' art. 2434bis c.c.*, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 2/II, p. 857.

¹²⁸ Ciò si deduce altresì dalla Relazione illustrativa della riforma del 2003 (§ 5), che con riferimento all'art. 2434bis usa l'espressione "sanatoria di carattere particolare".

Ancora una volta, la tutela dei soci e dei terzi interessati potrà esplicarsi solo attraverso gli ordinari rimedi¹²⁹.

Cosa rimane, a questo punto, della nullità di diritto privato? È legittimo chiedersi se l'istituto giuridico di cui all'art. 2379 ss. c.c. sia vera e propria nullità¹³⁰. Il fatto che la riforma abbia lasciato intatte le regole della legittimazione generale all'azione¹³¹ e la sua rilevabilità d'ufficio da parte del giudice¹³² non è sufficiente perché si possa parlare di nullità *stricto*

¹²⁹ Cfr. ancora la Relazione alla riforma (§ 5) che afferma: "in questa materia potrà spiegare la propria funzione di protezione degli interessi dei soci e dei terzi eventualmente danneggiati il rimedio alternativo dell'azione di risarcimento".

¹³⁰ Il dubbio sorge *prima facie* se soltanto si leggono in parallelo le formulazioni dell'art. 2379 c.c. prima e dopo la riforma. La precedente normativa si basava sull'indicazione dei vizi di nullità (delibera con oggetto impossibile od illecito) e sul rinvio alla disciplina generale e segnatamente agli artt. 1421, 1422, 1423 c.c. Tali rinvii sono stati espunti dalla nuova normativa che detta la disciplina *ad hoc* qui esaminata.

¹³¹ La legittimazione all'azione di "chiunque vi abbia interesse" va interpretata, nel nostro caso, come riferita alla titolarità di un interesse sostanziale, di una posizione giuridicamente rilevante sulla quale incide negativamente la delibera viziata. Tale posizione va riconosciuta agli amministratori ed ai sindaci, interessati alla verifica della legittimità delle deliberazioni assembleari, in quanto organi tenuti a darvi esecuzione o ad astenersi in caso di illegittimità potenzialmente dannose per la società.

Va altresì ricordato l'orientamento espresso prima dell'entrata in vigore della riforma in Trib. Ancona, 18 gennaio 2002, in *Giust.civ.*, 2003 p. 2623 (con nota di MARCHEGANI, *Interesse all'azione di nullità di delibere assembleari aventi ad oggetto la ristrutturazione di banche popolari*): "esiste un complesso di diritti ed interessi generali tutelati da norme imperative, aventi natura non esclusivamente economica, dei quali i soci, indipendentemente dalla società, sono titolari e la cui violazione, perpetrata mediante una delibera, pur economicamente vantaggiosa per la società, attribuisce ai soci stessi l'interesse ad agire ai sensi dell'art. 2379 c.c."

Si veda anche Cass., 21 febbraio 2003, n. 2637, in *Diritto e pratica delle società*, 2003, IX, p. 70 e ss., che riconosce l'interesse all'impugnazione della delibera assembleare al socio cui sia stato illegittimamente impedito di partecipare all'adunanza, estendendo il concetto di partecipazione facendovi rientrare non solo il diritto di voto, ma anche il mero diritto di intervento in assemblea, purchè le deliberazioni ivi adottate abbiano effetti sulla sfera giuridica del socio stesso.

Infine, occorre sottolineare che dalla disposizione in esame emerge anche la legittimazione di terzi che non rivestano cariche sociali e che non abbiano la qualità di socio: si fa riferimento alle ipotesi di pegno o usufrutto delle azioni (v. Cass., 3 dicembre 1984, n. 6300, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, p. 437)

¹³² La giurisprudenza (Cass. 1 agosto 2001, n. 10498, in *Mass. Foro it.*, 2001, 895-896; Cass. 29 aprile 1944, n. 4177, in *Società*, 1994, p. 1201) ha specificato che, alla luce del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il giudice ha la

sensu. Considerati i numerosi “tagli” che il legislatore opera con riferimento agli aspetti dinamici della nullità, è ragionevole pensare che si tratti di un “ibrido”: una nullità-non nullità, un istituto che della nullità ha solo il *nomen iuris*, ma che di fatto nullità non è.

Gli aspetti sui quali il legislatore interviene sono punti cruciali di tale forma di patologia, ed è questo che crea maggior dubbio nella ricostruzione della nuova disciplina. Se una *ratio* può essere individuata, ciò non può e non deve spingere ad accettare supinamente l’orientamento che ravvisa nella nullità speciale di cui all’art. 2379 c.c. una vera nullità, anche se parzialmente modificata. Il fondamento di tale previsione legislativa sembra essere ancora una volta l’esigenza di garantire la stabilità e la certezza delle deliberazioni dei soci e dell’attività della società. In un settore economico come quello governato dal diritto commerciale ciò sembra costituire un punto focale della dinamica del mercato. La previsione di una disciplina legislativa della nullità delle delibere assembleari troppo rigida renderebbe un pessimo servizio alla pratica: se le delibere societarie potessero essere assoggettate in perpetuo all’azione di nullità da parte di qualunque interessato ovvero non potessero essere fatte salve grazie a meccanismi di convalida rimessi alla volontà degli autori della delibera stessa (qualora affette da vizi esclusivamente formali), si creerebbe un enorme ostacolo allo svolgimento degli affari commerciali. L’instaurazione di rapporti giuridici con terzi, e la normale rete di operazioni che si crea in un mercato tra le varie società di capitali operanti su di esso, si troverebbe, senza limiti di tempo, sotto la

possibilità di rilevare d’ufficio la nullità di un atto solo nel caso in cui esso costituisca elemento costitutivo della domanda, non anche quando la domanda abbia proprio ad oggetto l’invalidità di esso. In tale ultimo caso il giudice è vincolato a quanto prospettato dall’istante e non può rilevare d’ufficio una causa di nullità diversa da quella fatta valere.

spada di Damocle della possibile declaratoria di nullità della delibera in base alla quale il rapporto è sorto. In questo senso, comunque, a mio avviso, era già sufficiente la previsione della salvezza dei diritti acquistati dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione. La tutela del loro affidamento raggiunge la vetta estrema nella normativa di cui all'art. 2379 c.c. laddove il legislatore opera i suindicati "tagli" rispetto alla disciplina generale.

A questo punto, per dare risposta all'interrogativo precedente bisogna evitare di confondere il piano del fondamento logico del precetto legislativo con quello della struttura giuridica dell'istituto: in relazione a tale secondo profilo, si deve concludere che la nullità di cui agli artt. 2379 e ss. c.c. non sia vera nullità, ma una forma di invalidità *sui generis* che della nullità ha solo la denominazione. E quindi valgono anche qui le medesime considerazioni effettuate a proposito della nullità della società per azioni iscritta. Troppe sono le anomalie che saltano agli occhi degli interpreti, troppi i caratteri contrastanti con quelli dell'istituto generale. Tuttavia, non è possibile ignorare il fatto che il legislatore abbia impiegato la dizione "nullità" per definire tale forma di patologia. Ciò costituisce riprova della già evidenziata disomogeneità nell'universo del diritto privato: una previsione di questo tipo contribuisce ad indebolire l'istituto della nullità, ne affievolisce l'efficacia sanzionatoria, ne riduce la capacità di tutela di interessi generali della collettività.

Di tali anomalie è forse possibile fornire un' ulteriore spiegazione razionale. È evidente che gli strumenti dell'invalidità delle delibere assembleari hanno subito un reale ridimensionamento. Basti pensare al fatto che la precedente disciplina della nullità era fondata quasi integralmente sullo statuto generale mediante espliciti rinvii alla relativa

normativa. Oggi lo strumento sanzionatorio della nullità non ha più la medesima valenza. Ciò in quanto il legislatore, antepoendo l'esigenza di tutela della stabilità delle delibere e della certezza dei rapporti giuridici da esse derivanti alla tutela dei diritti ed interessi di soci e terzi eventualmente danneggiati dalle violazioni commesse in sede assembleare, fa sì che l'unico efficace strumento di protezione posto nelle mani di tali ultime categorie sia l'azione di risarcimento. Tale ridimensionamento dello strumento giuridico dell'azione di nullità, e dell'impugnazione in genere, sembra corrispondere, secondo attenta dottrina¹³³, all'inesorabile declino della sovranità dell'organo assembleare quale risulta dai nuovi modelli di *corporate governance* proposti dalla recente riforma.

¹³³ Cfr. CONTE, *Osservazioni sul nuovo regime di disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p.646 e ss., il quale afferma che "l'operatività dello strumento della invalidità delle deliberazioni assembleari risulta ridimensionato anche e soprattutto per effetto di una diversa ripartizione delle competenze dell'organo assembleare". I nuovi modelli di governo delle società sembrano incentrati non più sulla sovraordinazione dell'assemblea agli altri organi, ma su di una distribuzione inderogabile delle competenze tra gli stessi, che spesso si risolve in una "erosione delle competenze assembleari". L'autore pone in evidenza le norme che sanciscono l'esclusiva competenza dell'organo amministrativo in materia gestoria nei tre diversi modelli (artt. 2380bis, 2409novies, 2409sexiesdecies), la possibilità di trasferimento statutario di competenze agli amministratori (art. 2365) specie in ordine all'emissione di obbligazioni ed alla fusione semplificata, e, l'eliminazione della facoltà di "rinvio all'assemblea" a fronte del semplice potere per quest'ultima di deliberare sulle autorizzazioni richieste dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori, ferma restando la loro responsabilità (art. 2364, comma 1, n.5). Sembra evidente il fatto che il legislatore, nel quadro di un tale esautoramento, abbia voluto "privilegiare meccanismi di reazione alternativi alla caducazione delle delibere illegittime" dando "particolare preferenza allo strumento dell'azione risarcitoria". Si vedano in tal senso gli artt. 2377, comma 2 e comma 3, l'art. 2379 comma 4, l'art. 2379ter ult.comma, l'art. 2500bis e l'art. 2504 comma 2.

c) *LA NULLITÀ DEI PATTI PARASOCIALI NELLE SOCIETÀ QUOTATE (ARTT. 122 E SS. T.U.F.)*

Altra nullità speciale che desta non pochi dubbi e contrasti interpretativi è la nullità di cui all'art. 122, comma 3 del D. Lgs., 24 febbraio 1998, n. 58, cosiddetto Testo Unico Finanziario. Tale nullità colpisce i patti parasociali stipulati all'interno di società con azioni quotate nei mercati regolamentati che non siano stati resi pubblici in conformità alla disciplina della trasparenza dettata dal comma 1 del medesimo articolo.

Ci troviamo di fronte ad una fattispecie dai contorni alquanto nebulosi. Basti pensare che vi sono orientamenti dottrinali che mettono in discussione la terminologia impiegata nella norma e che sostengono si tratti di un'ipotesi di inefficacia del patto, non certo di vera e propria nullità. Ma, ancora una volta, procediamo con ordine.

La disciplina dettata dal legislatore nella suddetta norma si fonda sulla regolamentazione della trasparenza di patti parasociali¹³⁴ e andrebbe letta in combinato con il successivo art. 123¹³⁵ che ne regola la

¹³⁴ Per quanto concerne la definizione generale di "patto parasociale", si vedano CAMPOBASSO, *Diritto commerciale.2., cit.*, p. 49; TUCCI, *Contratti di collocamento, patti parasociali e nullità sopravvenuta per omessa pubblicità*, in *Società*, 2000, p. 861; FERRUCCI – FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici, cit.*, p. 153 e ss.

¹³⁵ L'art. 123 del T.U.F. prevede che i patti parasociali stipulati all'interno di società quotate possono essere a tempo determinato (ed in tal caso non possono avere durata superiore a tre anni, intendendosi stipulati per tale tempo anche quelli fissati per una durata maggiore, e sono rinnovabili alla scadenza) o a tempo indeterminato, ed in quel caso è riconosciuto ai contraenti il diritto di recedere, dando preavviso di almeno sei mesi. Il legislatore riconosce altresì diritto di recesso anche senza preavviso a favore di coloro che vogliono aderire ad un'offerta pubblica di acquisto o di scambio.

durata¹³⁶. Le due norme fissano quelle che si possono definire le “condizioni di validità” dei patti parasociali nelle società quotate. Va precisato, tuttavia, che ai fini del presente lavoro è rilevante solo quella prevista nell’art. 122.

La norma, infatti, prevede che i sindacati di voto, nonché gli altri patti parasociali¹³⁷, in qualunque forma stipulati all’interno di tali società, devono essere oggetto di comunicazione alla CONSOB, vanno pubblicati per estratto sulla stampa quotidiana, e depositati presso il Registro delle Imprese ove la società ha sede, rispettivamente entro cinque, dieci, quindici giorni decorrenti dalla stipulazione¹³⁸. Questa regolamentazione della trasparenza è rafforzata dalla previsione di sanzioni per il caso di violazione: da una parte il legislatore sancisce la nullità dei patti non debitamente pubblicizzati (comma 3), da un’altra parte prevede un

¹³⁶ Secondo la prevalente dottrina (v. per tutti SBISÀ, *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell’attuale legislazione*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 69 e ss), il fatto che l’art. 122 del T.U.F. sancisca la nullità dei patti parasociali non pubblicizzati adeguatamente non deve far perdere di vista l’aspetto più rilevante della norma, ossia il fatto che la stessa costituisce l’aperto riconoscimento della validità dei patti parasociali. La previsione di specifiche cause di invalidità implica, infatti, inevitabilmente il riconoscimento legislativo della validità dei patti parasociali.

In giurisprudenza il riconoscimento della validità dei patti parasociali è giunto solo negli ultimi anni. In proposito v. Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Giust. civ.*, 1996, p. 73; Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, in *Società*, 2002, p. 431.

¹³⁷ L’art. 122, comma 5, fa riferimento ad altre tipologie di patti parasociali cui si applica la normativa sulla trasparenza, quali i sindacati di consultazione, i sindacati di blocco, i patti che prevedono l’acquisto concordato di azioni e i patti di controllo. La dottrina (v. per tutti SANTONI, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società quotate*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 202) propende per l’interpretazione di tale elencazione come meramente esemplificativa, che prende spunto dalle tipologie maggiormente diffuse nella pratica degli affari.

¹³⁸ Il secondo comma dell’art. 122 rimette alla CONSOB il compito di disciplinare dettagliatamente con proprio regolamento le modalità di svolgimento della pubblicazione dei patti. Tale disciplina è stata dettata il 24 novembre 1998 con delibera n.50 e il 14 maggio 1999, con delibera n. 11971.

meccanismo di sterilizzazione del diritto di voto relativo alle azioni quotate per le quali non siano stati adempiuti i suddetti obblighi¹³⁹.

Sorge così il problema di comprendere l'effettiva valenza della sanzione di nullità prevista in tale norma e la sua collocazione nell'ambito dell'ordinamento privatistico: ci si chiede, anche qui, se di reale nullità possa parlarsi, ovvero se non si tratti di altro tipo di sanzione. A tale interrogativo potrà darsi risposta soltanto ricostruendo la *ratio* della disciplina e fornendo un'interpretazione sistematica di tutti i precetti che circondano ed accompagnano la sanzione in oggetto.

Innanzitutto, va notato che la norma parla esplicitamente di "obblighi" di pubblicità. Ciò dovrebbe indurre a pensare che la previsione, già sotto questo profilo, sia adeguatamente chiara: alla violazione di *obblighi* di trasparenza corrisponde la sanzione della nullità della pattuizione. Tale ricostruzione potrebbe ricondursi alla configurazione degli adempimenti pubblicitari quali forme *ad substantiam* delle pattuizioni in esame. In altre parole, gli obblighi di trasparenza costituirebbero la forma, richiesta dalla legge a pena di nullità, dei patti

¹³⁹ Come è noto, la recente riforma del diritto societario ha dettato una disciplina dei patti parasociali valevole per le società non quotate, stabilendo limiti di durata valevoli per tutte le società diverse dalle quotate (chiuse o facenti appello al mercato del capitale di rischio) all' art. 2341bis c.c.; del pari, mutuando l'impianto normativo del T.U.F., il legislatore della riforma ha disciplinato le modalità di pubblicazione dei patti stipulati all'interno di società che fanno appello al mercato del capitale di rischio e che non sono quotate (art.2341ter c.c.). La disciplina ruota intorno all'obbligo di dichiarare in apertura di ogni assemblea l'esistenza del patto. A tale obbligo si aggiungono quelli ulteriori della comunicazione alla società, della trascrizione nel verbale e del deposito di quest'ultimo presso il registro delle imprese. In tale ultima norma non è prevista, come conseguenza della violazione di tali obblighi, la nullità dei patti. La legge si limita a fissare le sanzioni della sospensione del diritto di voto per le azioni aderenti al patto, come conseguenza della violazione dell'obbligo di dichiarazione all'assemblea. In tal caso, non si ha nullità del patto, ma vi è un'opinione dottrinale (FERRUCCI – FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, cit., p. 179), che sostiene la configurabilità di un'inefficacia del patto non dichiarato e che ipotizza, altresì, la responsabilità di soci ed organi gestori per la violazione degli altri obblighi.

parasociali aventi qualsivoglia contenuto e stipulati all'interno delle società quotate.

Tuttavia, è lecito sin d'ora dubitare dell'ammissibilità di tale ricostruzione, la quale, per quanto estremamente coerente con il tenore letterale della norma e, come vedremo, rispondente ad una *ratio* agevolmente individuabile, sembra non cogliere appieno il senso della previsione legislativa e, soprattutto, si scontra, sul piano pratico e dinamico, con le altre regole che governano la materia. Più aderente alla realtà dei fatti è forse l'interpretazione degli obblighi di trasparenza come semplici "oneri"¹⁴⁰ che gli aderenti al patto devono affrontare al fine di ricevere la tutela che la norma attribuisce a tali convenzioni.

In base a tale spunto iniziale, è possibile ed opportuno mettere in luce sin d'ora la nostra preferenza per una diversa ricostruzione del dettato normativo. La nullità di cui all'art. 122, comma 3 del T.U.F. non è vera e propria nullità, ma una semplice inefficacia che colpisce *ex tunc* i patti parasociali che non siano stati pubblicizzati nelle forme di cui al comma 1. Per supportare tale ricostruzione con argomenti logici bisogna partire dal dettato normativo.

Innanzitutto, se gli adempimenti pubblicitari così richiesti fossero vere e proprie forme prescritte a pena di nullità, non si comprenderebbe il significato dell'inciso "in qualunque forma stipulati"¹⁴¹. Il legislatore, per

¹⁴⁰ In tal senso SALAFIA, *I patti parasociali nella disciplina contenuta nel D.lgs. 58/1998*, in *Società*, 1999, p. 264 e ss.

¹⁴¹ La libertà di forma nella stipulazione dei patti parasociali in tali società incontra un ostacolo nella previsione dell'art. 127 del Regolamento CONSOB n. 11971/1999, ove è prescritto che nella comunicazione alla stessa CONSOB del patto occorre allegare una copia integrale del testo del patto. Nulla esclude che lo stesso possa essere stipulato in forma orale e successivamente trascritto. Tuttavia, vi è chi ritiene che la validità del patto redatto in forma orale sia soltanto provvisoria e destinata a venir meno nel momento in cui l'oralità urta contro l'ostacolo dell'obbligo di comunicazione scritta alla CONSOB (cfr.

un verso, sembra lasciare ampio spazio all'autonomia negoziale sul piano contenutistico e formale nella stipulazione dei patti parasociali, e, per altro verso, in aperta contraddizione, imprime rigide regole di forma che sembrano rafforzate dalla comminatoria della nullità. In realtà il problema trova soluzione se non si resta fermi al mero lessico giuridico: se la pubblicità richiesta fosse una forma *ad substantiam*, si dovrebbe concludere per l'inefficacia dei patti fino al completamento di tali adempimenti. L'inciso che lascia aperta la scelta sulla forma, invece, consente di affermare con certezza¹⁴², che i patti parasociali sono vincolanti ed efficaci sin dalla stipulazione.

In secondo luogo, avendo optato per la ricostruzione in termini di inefficacia, è possibile interpretare la suddetta sanzione come "sopravvenuta". In altre parole, è più aderente alla realtà pratica la lettura della norma come previsione di una condizione risolutiva dell'efficacia originaria dei patti parasociali in qualunque forma stipulati. Questi ultimi, efficaci sin dall'inizio, sarebbero colpiti da un'inefficacia retroattiva derivante dall'avverarsi della *condicio iuris* risolutiva del mancato adempimento degli "oneri" di trasparenza entro i termini prescritti dalla legge¹⁴³.

In terzo luogo, data l'opzione per tale interpretazione, si conclude altresì per la sanabilità del vizio. Trattandosi di inefficacia, e non di nullità, è agevole pensare che le parti siano legittimate a ripristinare l'efficacia delle pattuizioni mediante adempimento tardivo delle formalità

in tal senso CIAN, *Società con azioni quotate: profili sanzionatori della disciplina dei patti parasociali nella riforma Draghi*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 773).

¹⁴² Cfr., in tal senso, SALAFIA, *I patti parasociali*, cit., p. 263 e ss.; TUCCI, *Contratti di collocamento*, cit., p. 863.

¹⁴³ CIAN, *Società con azioni quotate*, cit., p. 734.

pubblicitarie¹⁴⁴. Il vizio della mancata pubblicità, infatti, non attiene alla fase di formazione del negozio, ma colpisce un negozio già perfetto ed efficace, e, pertanto, può essere rimosso successivamente. D'altra parte, a supporto di tale ultima conclusione va citata quell'opinione dottrinale¹⁴⁵ che, per nulla minoritaria, afferma la sanabilità del vizio di forma pur ravvisando nella norma in esame una vera e propria ipotesi di nullità. Tale spunto interpretativo dimostra con chiarezza come la fattispecie in esame sia stata oggetto di dubbi ed incertezze nella letteratura giuridica. Se di nullità vera e propria si trattasse, dovrebbe trovare integrale applicazione lo statuto generale di cui agli artt. 1418 e ss. c.c., ed in particolare, in mancanza di diversa previsione legislativa (art. 1423 c.c.), dovrebbe valere il principio di inammissibilità della convalida del negozio nullo.

A questo punto, raggiunte tali conclusioni, occorre porsi un quesito. Se non si tratta di nullità, come si concilia questa interpretazione con il tenore letterale della norma? Il legislatore ha optato per la comminatoria della più grave sanzione al fine di garantire una tutela forte ed efficace ad interessi di un certo rilievo. In particolare, l'apprezzabile interesse in questione riguarda la disciplina dei mercati finanziari e consiste nell'esigenza di trasparenza degli assetti di controllo delle società che fanno appello al pubblico risparmio; è questo un interesse di natura pubblicistica, che trova il suo principale titolare e referente nel pubblico

¹⁴⁴ In tal senso, v. OPPO, *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 219; ATELLI, *Patti parasociali*, in *Il Testo Unico della intermediazione finanziaria. Commentario al D.lgs. 24 febbraio 1998, n.58*, a cura di Rabitti Bedogni, Milano, 1998, p. 672 e ss.; SALAFIA, *I patti parasociali*, cit., p. 264.

¹⁴⁵ Per il carattere sanabile della nullità in oggetto v. OPPO, *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, cit., p. 219; Trib. Como, 31 gennaio 2000, in *Società*, 2000, p. 858. Sostengono invece la tesi dell'insanabilità di tale nullità COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2000, p. 288; PINNARÒ, *I patti parasociali*, in *La nuova disciplina delle partecipazioni sociali delle società quotate*, Torino, 1999, p. 815 e ss.

degli investitori e dei risparmiatori¹⁴⁶. Il T.U.F. ricorre alla sanzione della nullità al fine precipuo di tutelare tali interessi. È evidente allora che, attenendosi al dato letterale, dovrebbe concludersi per la presenza di una nullità speciale che, in mancanza di regole derogatorie esplicite, andrebbe assoggettata alla normativa generale e che, in quanto tale, non potrebbe essere sanata da chi vi ha dato causa mediante una condotta omissiva. Tale ricostruzione, peraltro, trova sostegno nell'orientamento¹⁴⁷ che mette in luce la forza dissuasiva della sanzione di nullità, coerente con l'esigenza che il legislatore pone a fondamento della normativa. Sarebbe così maggiormente incentivato il tempestivo adempimento delle formalità pubblicitarie.

Delle due l'una: o si propende per la costruzione della sanzione come vera e propria nullità, e ad essa si applica l'intero statuto generale ex artt. 1418 e ss. c.c., con tutte le conseguenze che ne derivano in termini

¹⁴⁶ La disciplina della trasparenza degli assetti proprietari con finalità di tutela degli interessi del pubblico dei risparmiatori è il motivo dominante del T.U.F. (v. anche art. 120), ma vi sono altri testi legislativi dai quali emerge tale esigenza. Basti pensare all' art. 20 del D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, cd. Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, ove è previsto l'obbligo, a carico dei partecipanti e legali rappresentanti della società o della società che la controlla di comunicare alla Banca d'Italia ogni accordo che regola o da cui possa derivare l'esercizio concordato del voto nella banca o nella controllante.

Per quanto riguarda la ratio della previsione della nullità nell'art. 122, comma 3 del T.U.F., bisogna ritenere che si tratti di interesse di rilevanza pubblicistica tale da spingere parte della dottrina anteriore alla riforma del 1998 (ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli e Jaeger, Milano, 1993, p. 66 e ss.) a dubitare della stessa compatibilità dei patti parasociali con la disciplina dell'appello al pubblico risparmio.

¹⁴⁷ TUCCI, *Contratti di collocamento*, cit., p. 864: "La previsione della nullità consente infatti di colpire i patti occulti in modo più incisivo, poiché da un lato sterilizza gli effetti del patto avuti di mira dalle parti e dall'altro non consente un recupero degli effetti medesimi ad opera di alcuni soltanto degli aderenti alla convenzione, obbligando tutti a una nuova stipulazione, seguita dall'adempimento degli obblighi di pubblicità. La minaccia della nullità, inoltre, dovrebbe costituire un incentivo alla tempestiva pubblicazione e un deterrente nei confronti di condotte opportunistiche, quali il tardivo adempimento da parte di chi intenda far valere il patto in un secondo momento, al fine di invocarne gli effetti di natura obbligatoria".

di legittimazione assoluta, imprescrittibilità, inefficacia originaria e, soprattutto, impossibilità di sanatoria; ovvero si conclude, come preferibile, per la configurazione di un'inefficacia sopravvenuta che dal legislatore viene impropriamente definita nullità. Tale equivoco terminologico è determinato proprio dal fatto che nella redazione dell'art. 122, comma 3, T.U.F., si è fatta leva su istanze forti e generali, attinenti alla disciplina dei mercati finanziari, di cui si è parlato poc'anzi, e che costituiscono l'anima ispiratrice dell'intera normativa contenuta nel testo unico.

L'aver preferito sin dall'inizio l'interpretazione che ravvisa nella suddetta nullità una mera inefficacia sopravvenuta e sanabile impone, tuttavia, di fornire ulteriori spiegazioni che possano giustificare tale opzione, specie in considerazione della portata letterale della norma, che sembrerebbe non lasciare spazio a ricostruzioni di sorta.

In primo luogo è possibile richiamare il precedente legislativo dell'art. 122, che può essere facilmente individuato nell'art. 10, comma 4, della L. 18 febbraio 1992, n. 149. Tale norma, con riferimento ai patti parasociali, stabiliva l'obbligo di renderli pubblici con modalità non tanto diverse da quelle dettate dalla vigente normativa, e sanciva, quale conseguenza della violazione di tale obbligo, l'inefficacia del patto, cui si aggiungeva altresì la sospensione del diritto di voto e la conseguente impugnabilità delle delibere adottate con voti determinanti illegittimamente espressi. Il precedente cui si fa riferimento è uno degli elementi che avvalorano la nostra interpretazione, soprattutto ove si

consideri che, nella sua originaria formulazione, antecedente alla riforma del 1994¹⁴⁸, esso prevedeva la nullità del patto, non la sua inefficacia.

In secondo luogo, costituisce dato interessante il fatto che la stessa CONSOB, nella fase dei lavori preparatori del Testo Unico, abbia manifestato una chiara preferenza per la diversa sanzione dell'inefficacia¹⁴⁹. Tale opinione non è stata seguita nella redazione del decreto. Ciò in quanto sono prevalse le esigenze di cui si è parlato, e che hanno spinto verso la previsione di una normativa ancor più rigida.

Infine, può addursi un argomento determinante, che attiene alla previsione della ulteriore sanzione della sospensione del diritto di voto. L'art. 122, comma 4, infatti, dispone che in caso di violazione della normativa sulla trasparenza il diritto di voto inerente alle azioni per le quali vi è stato l'inadempimento non può essere esercitato, e le delibere assembleari adottate con il voto determinante di chi non era legittimato a seguito della sospensione possono essere impugnate ai sensi dell'art. 2377 c.c., con riconoscimento anche alla CONSOB della legittimazione all'impugnazione. Come si concilia tale sanzione con quella della nullità dei patti parasociali non pubblicizzati? Invero, tale nullità non dovrebbe consentire la produzione di alcun effetto da dover contrastare con la sospensione del diritto di voto inerente alle azioni sindacate¹⁵⁰. Se il patto

¹⁴⁸ Si fa riferimento, in particolare, alla L. 30 luglio 1994, n.474.

¹⁴⁹ Si vedano i *Lavori preparatori per il Testo Unico della Finanza. Diritto societario*, in *Quaderni di finanza*, a cura della CONSOB, n. 29, 1998, p. 37. Secondo la Commissione la sanzione dell'inefficacia appare maggiormente rispondente alle finalità di trasparenza perseguite dalla normativa poiché "consente una sanatoria successiva ove i partecipanti provvedano tardivamente alla pubblicazione del patto nelle forme prescritte. In tal modo verrebbe ad essere incentivata la pubblicazione anche tardiva di quei patti che, pur essendo invalidi, potrebbero di fatto continuare a vincolare i partecipanti all'insaputa del mercato".

¹⁵⁰ In tal senso v. SALAFIA, *I patti parasociali*, cit., p. 264; TUCCI, *Contratti di collocamento*, cit., p. 863; COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., 289, che giunge all'estrema soluzione di criticare anche la ricostruzione in termini di inefficacia, dato il fatto che un patto

parasociale è nullo, non vi è alcun motivo di disporre norme che possano contrastarne gli effetti negativi, poiché il patto, in quanto nullo, non produce effetti né positivi né negativi. Il fatto che il legislatore abbia ritenuto di dover inibire il voto ai paciscenti avvalorata la tesi secondo cui il patto è efficace ancor prima della sua pubblicazione e vincola gli aderenti sin dalla stipulazione, ed è proprio tale *vinculum iuris* a giustificare la paralisi del diritto di voto¹⁵¹. Coerente con tale previsione è quindi soltanto la ricostruzione della sanzione denominata impropriamente nullità come mera *inefficacia sopravvenuta, sanabile*, derivante dall'avveramento della *condicio iuris* risolutiva del mancato tempestivo adempimento degli *oneri* di pubblicità del patto¹⁵².

inefficace tra le parti non dovrebbe avere la capacità di determinare la sospensione del diritto di voto.

¹⁵¹ L'avveramento della *condicio iuris* risolutiva determina il problema della posizione dei soci rispetto al sindacato in ordine all'espressione del diritto di voto. La sopravvenuta inefficacia del patto (così come la sua nullità) dovrebbe eliminare la sussistenza del vincolo a carico dei soci aderenti al patto in ordine al modo di votare in assemblea. Di conseguenza, si pone il problema della posizione del presidente dell'assemblea il quale, se venisse a conoscenza dell'esistenza di un sindacato di voto, dovrebbe verificare la sua efficacia in relazione all'adempimento delle formalità pubblicitarie, al fine di ammettere l'esercizio del diritto di voto inerente alle azioni sindacate. Qualora il patto non fosse stato ancora pubblicato, non potrebbe dirsi avverata la condizione da cui dipende la sua inefficacia. Essendo il patto non ancora pubblicato pienamente efficace tra le parti, il presidente, in conformità all'art. 122, comma 4, dovrebbe negare ai soci (*rectius* alle azioni) sindacati l'ammissione alla votazione. Diverso è il caso di patti parasociali che non siano stati tempestivamente pubblicati e per i quali siano decorsi i termini per gli adempimenti prescritti dalla legge. In tale ipotesi, il presidente, considerata la sopravvenuta inefficacia del patto e il venir meno del vincolo giuridico che grava sugli aderenti, dovrebbe ammettere alla votazione le azioni in questione. Identica conclusione dovrebbe raggiungersi nel caso in cui gli aderenti ad un patto inefficace intestassero fiduciarmente le loro azioni ad un terzo al fine di partecipare per il suo tramite all'assemblea: il presidente, consapevole della sopraggiunta inefficacia del patto, dovrebbe ammettere il fiduciario alla votazione.

¹⁵² Si pone, a questo punto, il problema della violazione delle sole norme regolamentari. In altre parole, cosa accade se, nonostante il rispetto dei termini di cui all'art. 122, comma 1, T.U.F., vengano violate le norme dei Regolamenti CONSOB che disciplinano concretamente le modalità della comunicazione, della pubblicazione sulla stampa quotidiana, del deposito presso il registro delle imprese. La materia è trattata in maniera esauriente da LISANTI, *La nuova disciplina sui patti parasociali di società quotate dopo il*

In conclusione, ancora una volta ci troviamo di fronte ad una nullità speciale che tale non è, e che contribuisce ad alimentare il timore di una svalutazione del ruolo di tale sanzione nel sistema del diritto privato.

d) *LA NULLITÀ DELLE INTESI ANTICONCORRENZIALI: CENNI E RINVIO*

Le peculiarità della nullità delle intese restrittive della concorrenza quale risultante dagli artt. 2 e 33 della L. 10 ottobre 1990, n. 287 saranno oggetto di approfondita analisi nel seguente capitolo. A quella sede si rinvia.

È soltanto il caso di precisare che, nell'ottica di un adeguamento degli istituti civilistici alle molteplici esigenze che emergono nell'area del diritto commerciale, anche in questa fattispecie si riscontreranno anomalie rispetto alla disciplina di diritto comune. Tuttavia, la discrasia non apparirà così evidente come nelle normative sinora esaminate. Ciò in quanto la disciplina in questione assume concreto rilievo nella fase dinamica della contrattazione: si esaminerà, infatti, il risvolto concreto

regolamento CONSOB, in *Società*, 1999, p. 929 e ss. La questione si pone per il fatto che il comma 3 dell'art.122 richiama solo il comma 1 del medesimo articolo, ignorando il comma 2 ove è previsto il rinvio alla normativa dettata dalla CONSOB. Sembra preferibile, in accordo con la dottrina citata, la soluzione meno drastica che, non limitandosi al tenore letterale della disposizione, distingue a seconda del tipo di violazione commessa: se le informazioni comunicate tempestivamente alla CONSOB sono solo parzialmente incomplete e facilmente integrabili, si avrà mera irregolarità del patto, che resterà pienamente efficace, non essendosi verificata la *condicio iuris* risolutiva; qualora, invece, le informazioni siano gravemente lacunose, ovvero non siano integrate con tempestività, si avrà inefficacia del patto ai sensi dell'art. 122, comma 4, T.U.F., in base all'interpretazione accolta nel presente lavoro.

dell'irrogazione della sanzione di nullità, ossia la sorte degli atti negoziali posti in essere in ossequio all'intesa. È a questo livello, in particolare, che appaiono i caratteri peculiari di questa nullità speciale. E per questo motivo, data l'indubbia rilevanza dell'interesse economico dei consumatori, soggetti su cui inevitabilmente finisce per ripercuotersi la violazione commessa dagli imprenditori, sarà necessario tener conto delle recenti novità legislative in materia di tutela del contraente debole.

In altre parole, la disciplina della nullità delle intese dovrà essere letta attraverso la lente della nuova normativa posta a tutela dei diritti dei consumatori e dei contraenti economicamente più deboli in genere.

3. UN PRIMO TENTATIVO DI RICOSTRUZIONE DI UNA RATIO ISPIRATRICE UNICA

Le riflessioni sin qui svolte consentono di elaborare una prima conclusione. Il sistema del diritto commerciale non può ridursi ad una mera branca, un semplice settore del più ampio diritto civile. Senza giungere all'esame degli effetti dell'unificazione dei codici avvenuta nel 1942, è possibile sottolineare che, in una prospettiva di collocazione logico giuridica delle categorie della patologia negoziale, le sanzioni previste dal legislatore sembrano assumere diversa fisionomia a seconda dell'area in cui trovano applicazione.

La nullità non può definirsi come istituto unitario, quale granitico corpo di regole sovrane nel settore dell'invalidità contrattuale. Se si

volesse accogliere l'idea secondo cui la nullità sia adattabile alle diverse esigenze che si manifestano nei vari settori dell'ordinamento, si rischierebbe di vanificare il ruolo della sanzione così come concepito dal legislatore del 1942, così come delineato nei capitoli precedenti.

Più giusto è forse un diverso criterio interpretativo. Il legislatore non ha elaborato un istituto universale, ma esistono diversi statuti di nullità. Se vogliamo, esiste una nullità, quella di diritto comune, e, parallelamente, esistono diverse forme di invalidità che probabilmente prendono spunto dalla nullità negoziale ordinaria, ma che non ne colgono appieno lo spirito. Il rischio evidenziato nella prima parte della presente trattazione, tuttavia, è ancor più concreto: lo statuto generale sta perdendo la sua proverbiale forza dissuasiva in relazione alle pattuizioni illegali o illecite. Nulla vieta, infatti, che il proliferare di queste pseudo nullità demolisca la portata normativa dei precetti di cui agli artt. 1418 ss. c.c.: il timore di una declaratoria di nullità senza limiti di tempo, ovvero di una insanabilità del vizio contenuto in un atto di autonomia privata, ovvero ancora della possibile azione di qualunque interessato non può dirsi certo altrettanto forte come poteva esserlo qualche decennio orsono. In altri termini, è legittimo pensare che i soggetti di diritto, nel porre in essere negozi giuridici di diritto privato, non avvertano più l'esigenza di rispettare precetti imperativi e principi fondamentali del nostro ordinamento. La progressiva erosione dei caratteri essenziali della nullità fa sì che la stessa non rappresenti più un ostacolo insormontabile nell'elaborazione di contenuti contrattuali.

A tal punto, per garantire un minimo di sopravvivenza all'istituto che qui interessa, occorre rielaborare il significato tecnico giuridico delle fattispecie speciali sin qui esaminate. Di nullità, in questi casi, non

dovrebbe parlarsi. Ma se il testo di legge, ostinatamente, invoca letteralmente la sanzione in esame, il compito dell'interprete che voglia preservare l'integrità del sistema diventa molto, troppo arduo.

Pertanto, per le nullità speciali di diritto commerciale, nel tentativo di conciliare la letteralità delle norme che le prevedono con l'esigenza di non demolire lo spirito della disciplina di diritto comune, è possibile elaborare una prima ricostruzione: nel settore del diritto commerciale la nullità è spesso una forma *sui generis* di invalidità, che trova il suo fondamento nell'esigenza di garantire adeguata tutela a valori quali la certezza e stabilità dei traffici, la protezione dell'altrui affidamento, la struttura del mercato, la conservazione dei valori produttivi d'impresa, l'integrità delle operazioni contrattuali che vedono coinvolti i soggetti economicamente più deboli.

CAPITOLO IV

LA NULLITÀ DELLE INTESA RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA

PREMESSA

La materia delle intese restrittive della concorrenza è stata oggetto di un'ampia elaborazione sia nella letteratura giuridica, sia soprattutto a livello giurisprudenziale. I recenti interventi della Suprema Corte, in particolare, hanno delineato un istituto dalla fisionomia multiforme e non scevro da problematiche interpretative. Va detto che, per quanto interessa la nostra analisi, la disciplina dettata dal legislatore del 1990 ha creato un'altra figura di nullità speciale, le cui anomalie sono decisamente meno vistose, *prima facie*, di quanto non siano quelle già analizzate nei precedenti capitoli. Ciò in quanto il testo di legge sancisce principi in cui non si coglie tanto l'essenza della nullità stessa. Le peculiarità, per contro, sono facilmente ravvisabili laddove dal piano prettamente statico, ossia quello relativo alla pura e semplice conclusione o instaurazione dell'intesa, si passi al piano dinamico, ossia degli effetti che la pratica anticoncorrenziale produce nell'ambito dell'equilibrio del mercato e delle contrattazioni¹⁵³.

¹⁵³ Il rapporto indissolubile tra funzionamento del mercato e interesse del consumatore è tradizionalmente riferito alla concezione per cui il regime di libera ed effettiva concorrenza costituisce già di per sé un presupposto di garanzia del progressivo aumento della qualità dei prodotti e servizi forniti e dell'efficienza della produzione in genere. Ciò in quanto il potenziale accesso al mercato di nuovi operatori economici costituisce uno stimolo per gli imprenditori già attivi a non adagiarsi sulla certezza della clientela acquisita e consolidata, bensì ad attivarsi per realizzare prodotti di qualità sempre maggiore, la cui competitività sul mercato va di pari passo con la realizzazione dell'interesse economico dei fruitori degli stessi. In materia cfr. MAZZONI, *I controlli sulle*

L'elaborazione critica dell'istituto, infatti, si è basata non tanto sulla ricerca della natura giuridica del medesimo, quanto piuttosto sull'individuazione delle conseguenze pratiche che esso produce sul piano della contrattazione cosiddetta "a valle". La materia è ancor oggi molto controversa, anche se la Suprema Corte nel 2005 ha tentato di fissare alcune linee guida. I contrasti interpretativi sono stati determinati, invero, dal fatto che la legislazione italiana, diversamente da quella comunitaria, è lacunosa sotto il profilo indicato¹⁵⁴. Di tale profilo ci si interesserà più dettagliatamente nei seguenti paragrafi. Sin da ora, tuttavia, è il caso di anticipare che la normativa interna, non prevedendo esplicitamente le conseguenze della nullità dell'intesa sulla contrattazione che ne deriva tra imprenditori aderenti ad essa e consumatori o fruitori di beni e servizi in genere, genera di per sé un'ampia gamma di ricostruzioni che ruotano, per lo più, nell'orbita della patologia negoziale o della responsabilità extracontrattuale.

attività economiche, in AA.VV., *La costituzione economica*, in *Tratt. Dir. comm., e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 1977, I, p. 322; CASSINIS – FATTORI, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in *Contratti*, 2001, p. 421.

¹⁵⁴ Le lacune della legislazione interna, a dire il vero, si percepiscono laddove la medesima sia messa a confronto con gli orientamenti formati in altri Stati membri. Basti pensare all'ordinamento tedesco, ove si distingue tra *Folgeverträge* (i veri e propri cartelli) e *Ausführungsverträge* (i contratti che portano ad effetto il cartello, ovvero lo rafforzano). Il *GWB*, al § 19 riconosce all'Autorità competente il potere di intervenire sul contenuto dei contratti stipulati in base ai cartelli di prezzi o di condizioni contrattuali (Cfr. CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contratti*, 2005, p. 181). È quindi evidente come l'Autorità possa incidere sulla sorte dei contratti a valle (in materia cfr. MELI, *Il sistema sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza nell'ordinamento tedesco*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 259). Nell'ordinamento spagnolo, invece, la legge *antitrust* (16/1989), all'art. 9 non si limita a prevedere che l'autorità competente possa condannare le imprese che hanno dato luogo a comportamenti anticoncorrenziali al pagamento di sanzioni pecuniarie, ma stabilisce altresì che la stessa autorità, il *Tribunal de Defensa de la Competencia*, possa imporre alle medesime imprese il compimento di operazioni tali da rimuovere gli effetti della pratica anticoncorrenziale. Nella legislazione italiana mancano del tutto previsioni di tal fatta.

A livello comunitario, per contro, è pressoché pacifico che, anche in mancanza di esplicita previsione normativa, la Commissione Europea, diversamente da quanto avviene per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sia legittimata a porre in essere misure idonee ad eliminare gli effetti negativi di pratiche restrittive della concorrenza¹⁵⁵, in particolare agendo sui singoli contratti stipulati dalle imprese con i loro clienti ed impartendo ordini di rinegoziazione delle clausole, ovvero riconoscendo ai clienti la facoltà di recedere dal contratto. Tutto ciò non avviene nel nostro ordinamento. Quest'ultimo, peraltro, non rispondendo direttamente all'esigenza lanciare un segnale di tutela ai consumatori, possibili vittime indirette di pratiche concorrenziali vietate, lascia aperta all'interpretazione l'individuazione del rimedio da questi ultimi invocabile per proteggere il loro diretto interesse alla regolarità, trasparenza e correttezza delle pattuizioni sottoscritte.

In un quadro normativo caratterizzato da una tale contrapposizione di opinioni non è facile prendere posizione. Occorre, quindi, preliminarmente intendere la natura giuridica delle intese vietate e cogliere i punti essenziali della disciplina *antitrust* interna al riguardo, per poi analizzare il profilo della nullità delle intese medesime e delle possibili conseguenze che la medesima produce sul contratto a valle. Ciò al fine di

¹⁵⁵ In tal senso v. la decisione della Commissione 93/50/CEE, del 23 dicembre 1992, in *G.U.C.E.*, n. L 20 del 28 gennaio 1993, p. 23, cd. decisione *Astra*, ove, in un procedimento basato sull'applicazione dell'art. 81 del Trattato CEE, veniva fissata l'alternativa tra la rinegoziazione dei termini del contratto e il recesso con preavviso da parte del cliente. Sull'influenza del diritto comunitario nella disciplina interna della concorrenza, cfr. ZENO-ZENOVICH, *Diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, p. 57; CORAPI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 713, ove si afferma che si assiste da tempo ad un procedimento inesorabile di decodificazione dovuta al dilagare della normativa comunitaria, cui il diritto interno deve adattarsi, procedimento che porta ad una vera e propria "crisi dell'idea di Codice".

aggiungere ulteriori spunti alla rielaborazione della categoria giuridica della nullità negoziale, che costituisce il punto centrale della presente analisi.

1. LE INTESE ANTICONCORRENZIALI VIETATE

Le intese restrittive della concorrenza sono definite e disciplinate dall'art. 2 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, cosiddetta legge *antitrust*. Il primo comma della citata norma stabilisce che sono considerati intese "gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese, nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie e regolamentari, di consorzi associazioni di imprese ed altri organismi simili". Tale definizione attribuisce all'intesa rilevante per il diritto *antitrust* un significato estremamente ampio, in quanto essa ricomprende ogni comportamento finalizzato a realizzare un effetto discorsivo della libera concorrenza, non esaurendosi nel classico accordo¹⁵⁶. Lo scopo di una tale previsione, come ovvio, è quello di colpire tutti i comportamenti che siano in grado di realizzare una indebita limitazione del gioco della concorrenza, indipendentemente dalla stipulazione di un contratto ovvero

¹⁵⁶ In ordine alla natura giuridica dell'intesa anticoncorrenziale ed al suo contenuto tipico, v. ALESSI – OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, p. 16 e ss.; GIUDICI, *Le intese*, in AA.VV., *Concorrenza e mercato: commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74 a cura di Afferni*, Padova, 1994, p. 55 e ss.; CHINI, *Nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza e suoi effetti sul contratto collegato*, in *Riv. giur. della circolazione*, 1999, p. 38 e ss. Prevalde l'opinione secondo cui si tratta di una categoria giuridica aperta a tutte le ipotesi in cui si possano identificare almeno due diversi centri di interesse, facenti capo ad imprese operanti sul mercato, che limitino vicendevolmente ovvero unilateralmente la loro azione, mediante atti di qualunque tipo, anche di rilevanza puramente sociale quali i cd. *gentlemen's agreement*.

di altra forma di accordo negoziale: è così possibile far rientrare nella nozione di intesa anche i cartelli e gli accordi collusivi segreti, di cui, però, si percepiscono esteriormente gli effetti¹⁵⁷. Si tratta, quindi, non tanto di uno o più atti aventi una tipica struttura giuridica, quanto piuttosto di una semplice categoria comportamentale che può trovare esplicazione anche mediante la via negoziale¹⁵⁸. Tale assunto è espressamente confermato dalla Suprema Corte¹⁵⁹ che, peraltro, pone l'accento sul tenore letterale della norma che si esprime nel senso che "sono considerate intese" e non "sono intese". Nelle valutazioni giuridiche *antitrust*, infatti, si considera maggiormente l'effettiva incidenza del comportamento tenuto dall'impresa piuttosto che la sua qualificazione giuridico – formale. A tal proposito, infatti, la giurisprudenza attribuisce pari rilievo a tutte le intese,

¹⁵⁷ In tal senso v. FLORIDIA – CATELLI, *Diritto antitrust. Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Torino, 2003, p. 116 e ss.

¹⁵⁸ Si è espresso in questo senso anche il T.A.R. del Lazio nella sentenza 2 novembre 1993, n. 1549, in *Foro it.*, 1994, p. 146 secondo cui "il termine intesa, nella sua ampiezza e onnicomprensività, [...] attesta la volontà di riferirsi a qualsiasi tipo di collaborazione o coordinamento posto in essere dalle imprese, quali che siano il mezzo impiegato e la veste formale assunta dall'accordo o dalla pratica".

¹⁵⁹ Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in *Giur. it.*, 1999, p. 1223 con nota di LIBONATI, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*, e in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 183 con nota di GUIZZI, *A proposito della nullità delle intese restrittive della concorrenza concluse prima dell'entrata in vigore della legge 287/90*. Nella presente pronuncia la Suprema Corte afferma che l'art. 2 "non ha inteso riferirsi solo alle intese in quanto contratti in senso tecnico ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare voluto. Il legislatore – infatti – con la suddetta disposizione normativa ha inteso – in realtà ed in senso più ampio – proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti non contrattuali o non negoziali. Si rendono – così – rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purchè con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di intesa rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente unilaterali. Da ciò consegue che, allorchè l'articolo in questione stabilisce la nullità delle intese, non abbia inteso dare rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale, in quanto tale, realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza".

che siano esse orizzontali o verticali, nonché ad eventuali comportamenti di natura non contrattuale bensì meramente unilaterale, quali possono essere le concessioni di esclusiva a determinati soggetti allo scopo di chiudere i varchi all'ingresso di nuove imprese nel mercato¹⁶⁰.

I requisiti di rilevanza dell'intesa anticoncorrenziale sono poi espressamente delineati dalla norma. Il secondo comma chiarisce che sono vietate le intese che abbiano "per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante". Ci si chiede se i due differenti richiami all'oggetto ed all'effetto dell'intesa debbano essere considerati come un'endiadi¹⁶¹ ovvero come due parametri differenti di valutazione dell'intesa stessa. Si preferisce un'impostazione che tenga distinti i due concetti e che evidenzi la circostanza che l'analisi dell'intesa debba essere incentrata sia sulla sua struttura, sia sul suo concreto riscontro pratico.

Se per "oggetto" dell'intesa deve intendersi il suo profilo contenutistico, e quindi la sua capacità in quanto tale di alterare il normale equilibrio concorrenziale del mercato¹⁶², la valutazione funzionale

¹⁶⁰ In tal senso Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, *cit.*, secondo cui l'intesa può fondarsi anche su schemi giuridici unilaterali, "come quando si inserisce in un rapporto di durata l'esercizio di un potere unilaterale da parte di uno dei partecipi al rapporto, ovvero, ad esempio, si concede un'esclusiva che conforma il rapporto in modo da sbarrare la strada ad altri ingressi nel mercato".

¹⁶¹ Secondo FATTORI – TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, p. 69, per aversi nullità dell'intesa non occorre che il suo contenuto, complessivamente, abbia una potenzialità limitativa della concorrenza, essendo sufficiente che solo alcune clausole abbiano oggetto limitativo in tal senso.

¹⁶² Sul profilo oggettivo dell'intesa vietata v. Comunicazione della Commissione CE, *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato*, 2004/C101/08, in *G.U.C.E.*, 2004, C101/97, p. 23: "le restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta da

dell'intesa stessa, quella cioè relativa al suo "effetto", presuppone una ricerca attinente anche alla potenzialità distorsiva dell'intesa. In altri termini, se l'intesa, per il suo oggetto, non è di per sé lesiva della struttura del mercato, nulla vieta che lo sia per l'effetto che è in grado di produrre: e ciò consente di considerare rilevanti non solo i risvolti immediati ed attuali del comportamento, quanto anche quelli meramente potenziali. Questo assunto è chiaramente espresso nella recente pronuncia del 2005 delle Sezioni Unite¹⁶³.

Pertanto, per accertare la "potenzialità distorsiva" di un'intesa, bisognerà partire da un'indagine di carattere soggettivo ed economico, basata sulla individuazione del potere di mercato delle imprese aderenti al cartello ed sulla capacità di acquisire e detenere una determinata fetta dello stesso: quanto più forti siano le imprese aderenti tanto più consistente potrà essere lo sfruttamento abusivo del loro potere e la conseguente alterazione del gioco della concorrenza.

Tale ultima valutazione, poi, porta al secondo requisito di rilevanza dell'intesa. La legge richiede che l'effetto di alterazione del gioco della concorrenza sia quantomeno "consistente", con ciò escludendo dall'area di

produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'art. 81, par.1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato".

¹⁶³ Cass. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corriere giur.*, 2005, p. 335: "è ben vero [...] che la legge vieta anche le intese che abbiano solo per oggetto la distorsione di cui si tratta, oltre che per effetto, ma ciò si spiega in considerazione del doppio livello di intervento che essa prevede, quello amministrativo della AGCM e quello riparatorio di cui all'azione di nullità e risarcimento. L'Autorità Garante è organo di Amministrazione, ancorché caratterizzato da ampiezza di poteri sui generis. Essa opera anche in vista di un pericolo, e dunque anche in considerazione della esigenza economica di prevenire l'effetto discorsivo del fenomeno di mercato. Il giudice che dirime le controversie e non si occupa di fenomeni, può essere officiato solo in presenza o in vista almeno di un pregiudizio. Dunque innanzi alla Corte d'appello deve essere allegata un'intesa di cui si chiede la dichiarazione di nullità, ed altresì il suo effetto pregiudizievole, il quale rappresenta l'interesse ad agire dell'attore secondo i principi del processo, da togliere attraverso il risarcimento"

rilevanza tutte le intese ccdd. minori. Terzo requisito di rilevanza, infine, è l'ambito di esplicazione dell'effetto distorsivo: legge presuppone che questo si manifesti nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante¹⁶⁴.

Si tratta di coordinate ben precise che consentono di circoscrivere la figura e di individuarne i principali connotati. L'elencazione che il legislatore fa delle fattispecie di intesa è da intendersi di carattere meramente esemplificativo¹⁶⁵. È certo, in ogni caso, che si considerano rilevanti ai fini *antitrust* tanto le intese orizzontali quanto quelle verticali¹⁶⁶, a seconda che intervengano tra soggetti operanti allo stesso livello di mercato, ovvero a livelli diversi del ciclo distributivo o produttivo di un determinato bene.

¹⁶⁴ Il mercato rilevante ai sensi dell'art. 2 può essere identificato applicando due diversi criteri, che vanno tra loro cumulati: il primo criterio, quello merceologico, presuppone la selezione di tutti i prodotti che, per prezzo, caratteristiche e destinazione d'uso, sono considerati sostituibili dagli utenti-, il secondo criterio, quello geografico, si riferisce al rapporto di concorrenzialità fondato sull'ubicazione delle imprese. Il giudizio di rilevanza dell'intesa, quindi, parte dall'individuazione del mercato in cui producono l'effetto limitativo della concorrenza, e che presuppone anche la valutazione prognostica sulla possibile espansione geografica e merceologica delle imprese partecipanti. Sull'individuazione della "parte rilevante" del mercato cfr. MANSANI, *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza tracciata dall'art. 2 della L. 287 del 1990*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 89.

¹⁶⁵ Le intese vietate dall'art. 2, comma 2, della legge *antitrust*, che coincide con l'art. 81, comma 1, del Trattato CE, sono quelle consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati e le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura, o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi".

¹⁶⁶ Si intendono orizzontali le intese tra produttori, mentre quelle verticali sono normalmente connesse agli accordi commerciali tra produttori e distributori che prevedono clausole di esclusiva capaci di produrre un effetto di chiusura del mercato, Cfr. in materia DELLI PRISCOLI, *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Milano, 2002.

2. LA NULLITÀ AD OGNI EFFETTO DELL'INTESA VIETATA. LA RATIO DELLA NULLITÀ

L'*enforcement antitrust*, vale a dire l'applicazione e la messa in atto delle disposizioni in materia di intese, abusi e concentrazioni, risulta caratterizzato, in tutta Europa, dalla coesistenza di una duplice prospettiva di tutela¹⁶⁷: una prospettiva pubblicistica, che si risolve nell'irrogazione di sanzioni amministrative da parte di autorità indipendenti titolari di funzioni di mera regolazione del mercato; ed una prospettiva civilistica di tutela delle situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese dalla violazione delle norme sulla concorrenza, rimessa in via decentrata all'autorità giudiziaria ordinaria.

Nelle fattispecie limitative della concorrenza sono realizzabili scenari di varia natura. Innanzi tutto, dall'intesa non può che derivare un inasprimento delle condizioni contrattuali praticate dall'impresa¹⁶⁸, ed allora ci si chiede quale sia la concreta tutela che l'ordinamento offre al consumatore danneggiato. Gli orientamenti che si sono formati sul punto dal 1990 ad oggi oscillano tra l'azione risarcitoria per responsabilità aquiliana e l'invalidità del contratto cd. "a valle". È il caso di esaminare, in questa sede, la figura della nullità dell'intesa così come concepita nella vigente legislazione antimonopolistica.

¹⁶⁷AMICO, *Intese e pratiche lesive della concorrenza: alla ricerca di un modello europeo per le azioni di risarcimento danni*, in *Contratti*, 2005, n. 4, p. 403.

¹⁶⁸ Se nell'abuso di posizione dominante è plausibile che il consumatore, nel breve periodo, possa beneficiare di un vantaggio economico, in quanto l'impresa dominante, sfruttando il potere di mercato, può tanto massimizzare i profitti, alzando i prezzi, quanto scalzare i concorrenti, operando per un certo tempo in perdita (nel primo caso il pregiudizio è *in re ipsa*, nel secondo il consumatore gode del prezzo più basso e percepisce un vantaggio, che poi, nel lungo periodo, svanisce del tutto), nell'intesa restrittiva è pressoché inimmaginabile un vantaggio economico per il consumatore.

La nullità di cui al citato art. 2 della legge *antitrust* colpisce le intese limitative della concorrenza all'interno del mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, in quanto rientranti nei parametri di divieto sanciti dalla legislazione antimonopolistica.

La norma in esame sancisce, al comma 3, la nullità "ad ogni effetto" delle intese¹⁶⁹, con ciò determinando non poche difficoltà interpretative connesse all'individuazione dei tratti significativi della sanzione, soprattutto se posta a confronto con la nullità di diritto comune di cui agli artt. 1418 e ss. c.c. . A prima vista sembrerebbe trattarsi di una nullità per così dire "ordinaria" che colpisce l'intesa quale atto di natura negoziale, non necessariamente contrattuale, mediante l'applicazione della normativa di cui agli artt. 1418 e ss. c.c.; tuttavia, anche in questa fattispecie possono cogliersi anomalie rispetto alla disciplina generale, che inducono a dubitare della reale natura della sanzione e della sua concreta portata.

Numerosi esponenti della dottrina¹⁷⁰, nonché il già citato orientamento della Suprema Corte del 1999¹⁷¹ hanno evidenziato come la nullità delle intese non sia in quanto tale riconducibile, come categoria

¹⁶⁹ Si ricorda che la disciplina delle intese rilevanti sul mercato europeo è dettata dall'art. 81 del Trattato Ce ove è sancita la nullità "di pieno diritto" delle intese anticoncorrenziali vietate. Secondo SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, cit., p. 431, occorre distinguere il piano operativo da quello interpretativo. Se per l'operatività dell'art. 81 occorre applicare il diritto comunitario al fine di sussumere la fattispecie nello schema normativo della nullità di pieno diritto, sul piano interpretativo bisogna ricorrere al diritto interno, in quanto dalla previsione comunitaria si desume soltanto l'intento di porre nel nulla l'intesa mediante l'applicazione della più grave sanzione invalidativa concepita dal diritto nazionale.

¹⁷⁰ Cfr. LIBONATI, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 1226; OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, cit., p. 32.

¹⁷¹ Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, cit., p. 225, ove si afferma che "la legge n. 287 del 1990 con l'art. 2 ha stabilito una nullità ulteriore rispetto a quelle che il sistema già conosceva".

concettuale, allo statuto generale della patologia negoziale di diritto comune.

Si tratta, infatti, di una nullità speciale in quanto prevista da una legge dettata per un particolare settore dell'ordinamento¹⁷², e che sancisce nuovi principi di ordine pubblico.

Si tende a ritenere che la nullità sia determinata da un vizio della causa dell'atto o dell'accordo¹⁷³. Tuttavia non mancano opinioni di segno diverso¹⁷⁴. C'è chi sostiene che la nullità non vada connessa solo all'atto in quanto tale, ma anche a tutti gli elementi di fatto che lo accompagnano nella formazione della complessa fattispecie da cui scaturisce la lesione della libera concorrenza. L'intesa, infatti, potrebbe essere in sé lecita quanto alla causa e quindi incapace di provocare un effetto restrittivo della concorrenza, ma, in virtù di circostanze sopravvenute ad essa esterne, potrebbe contribuire alla realizzazione di tale effetto limitativo. In questo caso l'intesa è ugualmente nulla¹⁷⁵. Pertanto, per comprendere la *ratio* di tale nullità occorre analizzare l'intesa nel contesto geografico e di

¹⁷² In tal senso FLORIDIA – CATELLI, *Diritto antitrust*, cit., p. 158; AFFERNI, *Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale? (Ancora su Cass. sez. I 1 febbraio 1999, n. 827)*, in *Giur. it.*, 2000, p. 941

¹⁷³ Cfr. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 245.

¹⁷⁴ Secondo MELI, *Autonomia privata*, cit., p. 81, si tratta di difformità dell'accordo dal modello normativo. Secondo SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 424, invece, la nullità in esame consegue ad illegalità dell'atto per violazione di norme imperative.

¹⁷⁵ Si fa ad esempio il caso dell'uscita dal mercato di un concorrente, che può determinare l'alterazione consistente dell'equilibrio concorrenziale che l'intesa, di per sé, non sarebbe in grado di produrre. Tale opinione è espressa da SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, cit., p. 422 e ss., il quale chiarisce, inoltre che sarebbe possibile ragionare anche in senso inverso: un'intesa avente oggetto illecito potrebbe, se inserita in un determinato contesto, non essere in grado di produrre la limitazione della concorrenza e, quindi, non essere nulla. L'autore, in particolare, afferma che la nullità non colpisce l'atto in quanto tale, bensì la "situazione di fatto che consiste nel complesso dell'atto e di elementi ad esso esterni e che è legata al contesto geografico e di mercato nel quale l'atto si inserisce".

mercato nel quale si inserisce onde poter valutare la fattispecie nella sua complessità. Il vizio dell'intesa, quindi, non si coglie tanto nella causa quanto nell'effetto¹⁷⁶.

Come la nullità di diritto comune, quella prevista per le intese anticoncorrenziali opera *ipso iure*, senza che occorra apposito provvedimento da parte dell'autorità competente. In particolare, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non ha potere di invalidare l'intesa, la quale, se integra gli estremi del divieto e non rientra in alcuna delle previste esenzioni legislative, è nulla "ad ogni effetto". Conferma di quanto detto deriva dalla lettura dell'art. 33 della legge *antitrust* italiana, ove si stabilisce che le azioni di nullità, come quelle di risarcimento e le azioni cautelari, vanno promosse davanti alle Corti d'appello territorialmente competenti: l'unica possibilità, quindi, è ottenere, da questo giudice, una pronuncia meramente dichiarativa che si limiti ad accertare la sussistenza dell'intesa vietata. L'*Antitrust*, quindi, non ha alcun potere in merito e, pertanto, la decisione della Corte d'appello non potrà essere influenzata dalle valutazioni espresse da tale Autorità.

I tratti distintivi di questa nullità, peraltro, si presentano nella loro peculiarità nel momento in cui del testo di legge si operi una lettura globale, che dia adeguato rilievo al sistema delle esenzioni e dell'eventuale autorizzazione dell'intesa, ai sensi del successivo art. 4. Questo meccanismo costituisce, secondo alcuni, un vero e proprio sistema di sanatoria dell'intesa nulla, in deroga al disposto dell'art. 1423 c.c.; di tale profilo ci si interesserà nel paragrafo seguente.

¹⁷⁶ In tal senso v. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 32.

Della nullità di diritto comune sono indubbiamente fatti salvi i principi di legittimazione assoluta all'azione e l'imprescrittibilità della medesima, con i notevoli profili di svantaggio per il consumatore che ne derivano. È ormai pacifico, infatti, che l'intesa restrittiva della concorrenza, se vietata, possa essere dichiarata nulla su iniziativa di qualunque interessato. Ciò in virtù di quanto affermato nella recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁷⁷, con cui si è chiarito che la legittimazione all'azione risarcitoria ex art. 33 è riconosciuta anche ai consumatori, nel caso in cui l'illecito *antitrust* abbia ad essi arrecato pregiudizio: da ciò deriva, ovviamente, che la legittimazione del consumatore, e, per l'effetto, di chiunque vi abbia interesse, riguardi altresì la possibilità di adire la Corte d'appello al fine di ottenere la pronuncia dichiarativa della nullità dell'intesa. Tale orientamento supera le precedenti tesi con cui si era evidenziato che la nullità, nella fattispecie, andando a colpire una pratica lesiva dell'interesse delle sole imprese concorrenti, poteva essere fatta valere solo da queste ultime e non da qualunque interessato, con conseguente esclusione non solo dei consumatori ma anche delle imprese non direttamente colpite dagli effetti della pratica anticoncorrenziale. La legittimazione, quindi, è da intendersi come assoluta, fermo restando, come ovvio, il principio secondo cui l'interessato dovrà dimostrare la sussistenza di un concreto interesse ad agire, non potendo limitarsi ad invocare un semplice interesse di attuazione del dettato della legge¹⁷⁸. In assenza, poi, di previsioni in merito, e fermo quanto detto circa la rilevanza del principio nell'ambito dello statuto generale, resta certamente ferma la rilevabilità d'ufficio della nullità dell'intesa.

¹⁷⁷ Cass. SS.UU., 4 febbraio 2005 n. 2207, cit., p. 335.

¹⁷⁸ In tal senso cfr. Cass. 11 gennaio 2001, n. 338, in *Mass. Foro it.*, 2001.

L'imprescrittibilità dell'azione, per contro, assume un peso determinante in merito agli effetti "esterni" dell'intesa. Come si vedrà in seguito, l'intesa è di regola seguita dalla stipulazione di contratti tra le imprese aderenti e i consumatori. Pur non essendo ancora chiaro il meccanismo di trasmissione del vizio dall'intesa al contratto c.d. "a valle", è legittimo sottolineare che la possibilità di ottenere la declaratoria di nullità senza limiti di tempo incide in maniera determinante sulla stabilità dei contratti stipulati con i consumatori, i quali, anche se non colpiti da una sanzione di nullità ma soltanto soggetti a rimedi risarcitori ovvero a correttivi di altro genere, restano esposti in perpetuo a possibili "scossoni" derivanti dalla pronuncia che colpisce l'intesa a monte.

La nullità dell'intesa, poi, può essere parziale. In questo caso opererà il disposto dell'art. 1419 c.c. . In particolare, è diffuso l'orientamento secondo cui sia necessario valutare quale clausola dell'intesa ovvero quale parte dell'atto o del contratto incorra nella violazione del divieto¹⁷⁹. Accertata la violazione, soltanto quella parte o quella clausola sarà colpita dalla sanzione di nullità, non anche il restante atto o contratto. Ciò, conformemente al principio espresso dal codice civile, finchè non si possa ritenere, in base ad una valutazione soggettiva ed oggettiva, che quella clausola o parte avesse un ruolo essenziale all'interno dell'economia del contratto, e sempre che non possa operare il sistema di sostituzione automatica di clausole nulle con norme imperative. Qualora, infatti, si ravvisi un nesso di inscindibilità tra la parte viziata e la

¹⁷⁹ Cfr. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 339, il quale, nell'auspicare che si privilegi il sistema della nullità parziale con inserzione automatica di clausole ex artt. 1419, comma 2, e 1339 c.c., fa presente che la nullità ex art. 2 deve applicarsi solo agli elementi dell'intesa colpiti dal divieto, e può estendersi all'intero atto solo se sussista un legame di inscindibilità tra gli elementi che lo compongono. Cfr. altresì BERRUTI, *Le intese anticoncorrenziali vietate*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 405.

restante pattuizione, l'intera intesa dovrebbe essere colpita dalla sanzione. La valutazione giudiziale circa l'essenzialità della clausola, tuttavia, deve essere accompagnata da un'ulteriore analisi attinente al profilo effettuale dell'intesa, poiché, laddove essa, pur privata di una parte essenziale, sia ancora in contrasto con lo spirito della disciplina antimonopolistica non potrebbe essa non essere colpita *in toto* dalla sanzione di nullità¹⁸⁰. Ecco che lo statuto generale trova applicazione entro limiti ben precisi, limiti rappresentati dalla specialità del settore e dalle sue intrinseche caratteristiche: la legge *antitrust* ha il dichiarato scopo di porre adeguato freno alle pratiche che limitano l'effettiva concorrenza, e, di conseguenza, questo scopo ultimo deve costituire sempre un criterio guida nella valutazione della liceità dei comportamenti imprenditoriali. Non basta il rispetto formale delle regole o l'apparente parziale conformità alle stesse. Anche un'intesa lecita dal punto di vista contenutistico può essere tale da limitare indebitamente la concorrenza. In quel caso l'intesa è da considerarsi nulla ad ogni effetto.

Dello statuto generale, inoltre, sembrerebbe restare ferma l'inefficacia retroattiva reale. Le prestazioni già eseguite in base all'intesa saranno soggette alla disciplina della ripetizione dell'indebito. L'effetto *ex tunc* dell'invalidazione, tuttavia, non pregiudica la possibilità per il contraente che ha confidato incolpevolmente nella validità dell'accordo, di far valere la responsabilità precontrattuale della controparte che conosceva o avrebbe dovuto conoscere la causa di invalidità.

¹⁸⁰ In tal senso SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, cit., p. 446, ove si afferma che la garanzia di buon funzionamento del gioco della concorrenza rappresenta un limite esterno rispetto all'autonomia privata e "impone al giudice di verificare, a prescindere da una domanda di parte, gli eventuali effetti anticoncorrenziali del contenuto residuo del negozio, al fine eventualmente di stabilirne la nullità totale".

Si ritiene, inoltre, che la nullità ex art. 2 vada a colpire anche le intese concluse prima dell'entrata in vigore della legge del 1990, specie alla luce della tesi che identifica quale destinataria della sanzione non la mera intesa bensì la complessiva situazione in cui essa si innesta¹⁸¹. Non si tratta di un'opinione pacifica. C'è chi nega questa forma di retroattività della norma, ma anche ragionando in senso contrario alla retroattività, tuttavia, non si può fare a meno di concludere che l'art. 2 trovi applicazione rispetto alle intese che abbiano prodotto l'instaurazione di rapporti di durata i cui effetti siano ancora attuali, anche se concluse prima del 1990. In questo caso, le intese in corso di esecuzione saranno colpite da nullità sopravvenuta non retroattiva¹⁸².

Resta da chiarire, a questo punto, cosa si intenda per nullità "ad ogni effetto". Lungi dal pensare che si tratti di un'espressione pleonastica, si deve ritenere che essa sia diretta a sottolineare che lo stesso legislatore ha tenuto conto dell'ampiezza del fenomeno e del fatto che non è l'intesa in quanto tale a provocare lo squilibrio di mercato, ma l'intero contesto in cui essa si cala, con i suoi innumerevoli risvolti. È forse proprio questa espressione a fare della nullità in esame una nullità speciale. Quindi, passando all'esame delle opinioni espresse in merito, è possibile fare riferimento ad una prima restrittiva interpretazione¹⁸³ che, facendo leva

¹⁸¹ La materia va connessa inevitabilmente alle valutazioni compiute dalle teorie tradizionali in tema di nullità sopravvenuta. Si veda SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Annuario dir. comp. e studi legisl.*, 1951, p. 87, il quale sostiene che la nullità sopravvenuta abbia effetto retroattivo.

¹⁸² La tesi della irretroattività della nullità sopravvenuta è sostenuta da DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 797.

¹⁸³ Cfr. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 549; GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali "a valle": alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, (nota a Trib. Roma, 20 febbraio 1997) in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 456. Si veda anche LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 452, il quale sostiene che l'esclusione dell'estensione della nullità ai

sulla lettera della norma, sostiene che la nullità in esame colpisca l'intesa in quanto tale e non si estenda ai contratti stipulati in conseguenza di essa dagli imprenditori con i consumatori¹⁸⁴. Tale nullità, come si evince dal dettato normativo e come si è già chiarito, opera automaticamente, senza necessità di un provvedimento *ad hoc* da parte dell'Autorità Garante, laddove siano integrati gli estremi di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 2. Ad una tale nullità dovrebbero applicarsi i classici principi civilistici di cui allo statuto generale, ma non manca chi¹⁸⁵ sostiene che il fatto stesso che la legislazione antimonopolistica abbia fatto rinvio ad una sanzione di diritto privato in relazione ad un oggetto (l'intesa) che di per sé può anche non assumere connotazioni contrattuali, sia il primo evidente indice della palese anomalia di tale nullità rispetto all'istituto di cui agli artt. 1418 e ss. c.c. Per tale ragione appare quantomeno difficile ammettere l'applicazione di tali regole ad una nullità di tal fatta, che sembra potersi qualificare come sanzione pubblicistica e non tanto civilistica. È dubbio, inoltre, quale sia la causa di tale nullità. Oltre alla possibilità di configurare una contrarietà dell'intesa a norme imperative (quali sono indubbiamente

contratti si basa sull'interpretazione della *ratio* dell'intervento dell'*antitrust* come connessa all'obiettivo esclusivo di tutelare l'assetto concorrenziale del mercato.

¹⁸⁴ In tal senso v. Cass., 4 marzo 1999, n. 1811, in *Riv. dir. ind.*, 2000, p. 431, ove si sostiene che i destinatari della disciplina *antitrust* sono esclusivamente gli imprenditori commerciali, mentre l'utente singolo potrebbe trarre vantaggio solo in via indiretta dai generali benefici della libera concorrenza, ma non può affatto ritenersi investito direttamente della legittimazione giuridica ad agire contro le violazioni commesse da una o più imprese. (riferita alla normativa comunitaria). Si vedano, ancora, Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Giur.it.*, 1996, I, p. 212; App. Torino, 27 ottobre 1998, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, II, p. 87; Trib. Torino, 16 ottobre 1997, *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, II, p. 98. La Suprema Corte, inoltre, precisa che il consumatore non resterebbe del tutto sprovvisto di tutela, potendo sempre agire in sede civile in base alle norme ordinarie (Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Danno e resp.*, 2003, p. 390).

¹⁸⁵ LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, I, p. 177.

quelle contenute nel medesimo art. 2 che stabilisce il divieto), è possibile identificare una contrarietà dell'intesa all'ordine pubblico economico¹⁸⁶.

Tale restrittiva interpretazione non può essere condivisa. È sì vero il fatto che la comminatoria della nullità ex art. 2 colpisce la stessa intesa nelle sue multiformi esplicazioni concrete, ma è altrettanto vero che la norma è posta anche a tutela di interessi generali non identificabili esclusivamente con il regolare andamento del mercato e della concorrenza. Interesse indirettamente tutelato dall'art. 2, e dalla legislazione antimonopolistica in genere, è altresì quello dei consumatori¹⁸⁷ a non subire trattamenti eccessivamente ed ingiustificatamente gravosi a causa del comportamento assunto dalle imprese produttrici ed erogatrici di beni e servizi nel mercato stesso. Affinché tale interesse riceva adeguata tutela occorre colpire l' "atto terminale", ossia il contratto o negozio in generale che viene stipulato dall'imprenditore aderente al cartello con i fruitori di beni e servizi, che dal cartello medesimo subiscono indirettamente danno.

A questo proposito, sembra preferibile una diversa estensiva interpretazione dello schema sanzionatorio di cui al citato art. 2. Tale ricostruzione si basa su di un orientamento giurisprudenziale che è chiaramente espresso dalla Suprema Corte¹⁸⁸, da cui si evince che la fattispecie colpita dalla nullità speciale in esame è in realtà una fattispecie complessa, a formazione progressiva, che trova nell'intesa un mero atto

¹⁸⁶ Si veda, in tal senso, Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449. Cfr. anche FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità* a cura di Di Marzio, Napoli, 2004, p. 86 e ss., con particolare riguardo alla rilevanza di tale categoria nell'ambito delle nullità speciali di recente codificazione.

¹⁸⁷ Cfr. BERTOLOTTI, *Qualche ulteriore considerazione su intese vietate, contratti a valle e sanzione di nullità*, in *Giur. it.*, 2002, II, p. 1212.

¹⁸⁸ Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, *cit.*, p. 225. Lo stesso concetto è espresso con forza ancora maggiore in Cass. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, *cit.*, p. 335.

programmatico¹⁸⁹, incapace di per sé di realizzare quel fenomeno distorsivo del gioco della concorrenza cui fa riferimento la norma. L'intesa "a monte" viene di regola seguita dalla stipulazione di contratti "a valle" con i consumatori, ed è in tale attività negoziale che si verifica l'effetto distorsivo della concorrenza¹⁹⁰. Logico, quindi, che la sanzione della nullità debba colpire anche e soprattutto i contratti "a valle". Tale conclusione deriva proprio dall'attenta lettura dell'art. 2 che sancisce la nullità "ad ogni effetto" dell'intesa. È quindi questo il significato che va attribuito a tale locuzione: si vuole così dimostrare che l'effetto per così dire "ambulatorio" della nullità ed il suo automatico trasferimento sui contratti collegati all'intesa fosse già nelle intenzioni del legislatore del 1990¹⁹¹. Ma anche qui sorgono vari problemi, problemi di cui ci si occuperà in seguito a proposito della sorte dei contratti a valle.

¹⁸⁹ Di regola, infatti, l'intesa non incide direttamente sulla funzionalità ed efficienza del sistema di mercato. L'intesa si pone quale *meeting of minds*, mera "direttiva programmatica, fonte più che di un obbligo per l'aderente, di una più generica regola di condotta, che trova poi attuazione ed esecuzione nelle concrete politiche commerciali adottate dalle imprese concertanti" (LO SURDO, *Il diritto della concorrenza*, cit., p. 178).

¹⁹⁰ MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, p. 164 e ss., pone in evidenza come i cartelli di prezzi o di condizioni contrattuali realizzati tra più imprese concorrenti producono il loro effetto concreto, positivo per gli aderenti all'intesa e negativo per i consumatori, solo nel momento in cui tali prezzi o condizioni contrattuali vengono concretamente trasfusi in clausole di contratti che vengono stipulati con i fruitori di beni e servizi.

¹⁹¹ LO SURDO, *Il diritto della concorrenza*, cit., p. 180, afferma: "una rigorosa lettura di tale norma potrebbe essere di sostegno alla tesi secondo cui tutte le conseguenze negoziali mediante le quali il programma concertato trova esecuzione e/o attuazione debbano comunque considerarsi parte integrante della fattispecie vietata dalla legge, e ricadere conseguentemente tanto nel divieto quanto nella conseguente previsione di nullità".

3. IL PROBLEMA DELLA SANATORIA

La normativa *antitrust* colpisce con la nullità soltanto le intese capaci di alterare effettivamente l'andamento del mercato, riconoscendo così, implicitamente, la liceità delle *intese minori*. La legge (art. 4) prevede, inoltre, un particolare sistema di esenzioni relativo a quelle intese che migliorano le condizioni di offerta del mercato e producono un sostanziale beneficio per i consumatori in termini di aumento della produzione, miglioramento qualitativo dei prodotti, progresso tecnico¹⁹²: l'esenzione viene concessa in via temporanea dall'Autorità garante con proprio provvedimento¹⁹³.

Tale possibilità è connessa al fatto che la disciplina ha come obiettivo il mantenimento di un adeguato livello di concorrenza allo scopo di garantire l'efficienza produttiva ed allocativa dei beni e delle risorse in genere. Se l'efficienza è garantita, in determinate circostanze, in maniera più adeguata in virtù di una maggiore cooperazione tra imprenditori del medesimo settore, in questo caso il legislatore ritiene opportuno che l'intesa produca i suoi effetti e consenta la realizzazione di un concreto vantaggio per i consumatori. Si è infatti detto che nella legge *antitrust* "il

¹⁹² L'art. 4 della legge *antitrust*, come l'art. 81, comma 3, del Trattato CE, stabilisce, affinché l'Autorità possa disporre la temporanea esenzione dell'intesa, che occorre che: 1) l'accordo determini sensibili sviluppi nelle condizioni di offerta sul mercato interessato, connessi in particolare con l'aumento o con il miglioramento qualitativo della produzione o della distribuzione con il progresso tecnico o tecnologico; 2) una congrua parte di tali benefici siano riservati ai consumatori, determinando, ad esempio, una migliore allocazione delle risorse e la produzione di beni a prezzi più bassi o con standard qualitativi più elevati; 3) siano comunque garantite alle imprese le condizioni necessarie alla concorrenzialità sul piano internazionale; 4) la restrizione determinata dell'intesa esentata sia strettamente necessaria e proporzionale agli effetti positivi elencati, non eliminando la concorrenza da una parte sostanziale del mercato.

¹⁹³ Va inoltre ricordato che la Corte di Giustizia esclude che costituiscano intese vietate quelle intercorse tra società appartenenti allo stesso gruppo (v. Corte di Giustizia Cee, 11 aprile 1989, n. 66/86, in *Riv. dir. ind.*, 1991, II, p. 8).

legislatore non ha individuato nel mantenimento del maggior grado di concorrenza possibile il bene ultimo da tutelare, ma ha concepito la tutela della concorrenza come uno strumento – anche se il principale – per realizzare il maggior grado possibile di utilità sociale”¹⁹⁴.

Così come si è detto che l’intesa può avere contenuto lecito ma, in virtù delle circostanze, essere tale da recare danno all’equilibrio concorrenziale, altrettanto può dirsi l’inverso: l’intesa può avere oggetto illecito, ma, in considerazione dell’effetto benefico che comporta sull’efficienza della produzione e degli scambi, può essere ammessa dall’Autorità.

Per quanto riguarda la natura giuridica del provvedimento amministrativo di autorizzazione, va dato conto di un’opinione dottrinale¹⁹⁵ che qualifica la nullità delle intese anticoncorrenziali come nullità *sanabile*. In questo senso viene, infatti, interpretato il potere dell’Autorità garante di emettere un provvedimento autorizzativo dell’intesa qualora essa integri gli estremi di cui all’art. 4 della legge *antitrust*. Secondo tale dottrina, l’autorizzazione rimuove la causa di nullità con effetto retroattivo, in quanto costituisce l’esplicazione di un potere

¹⁹⁴ DI VIA, *L’invalidità nei contratti tra imprenditori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, III, Padova, 1997, p. 745.

¹⁹⁵ LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell’applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 667. Va dato conto del fatto che parte della dottrina (v. AUTERI, *Nullità e autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale*, in *Riv. dir. ind.*, 1996, I, p. 69; MELI, *Autonomia privata*, cit., p. 87 e ss.) ricostruisce la situazione giuridica dell’intesa fino all’emissione del provvedimento di autorizzazione come *mera inefficacia*; la nullità si avrebbe solo qualora l’autorizzazione non venga accordata ovvero non sia stata tempestivamente richiesta e non sia più possibile richiederla. Negli altri casi, per contro, l’accordo verrebbe a trovarsi in una condizione di inefficacia provvisoria, che può diventare definitiva, sotto forma di nullità, ovvero diventare efficacia *ex nunc*, in virtù dell’autorizzazione e nei limiti da essa stabiliti. Come è possibile l’invalidità successiva dell’intesa (stipulazione anteriore all’entrata in vigore della disciplina ovvero sopravvenuto carattere anticoncorrenziale della stessa), così è possibile che il mutamento delle condizioni dell’intesa ne determini una sopravvenuta compatibilità con la disciplina della concorrenza.

esclusivo e discrezionale, tale da impedire o eliminare la pronuncia del giudice ordinario dichiarativa della nullità medesima.

Tale opinione, a mio avviso, non merita di essere condivisa. Va considerato, innanzi tutto, il fatto che il preteso meccanismo sanante in oggetto si baserebbe su di un atto di natura amministrativa, quale è l'autorizzazione dell' Autorità garante, di per sé insuscettibile di rientrare in un congegno operativo simile alla sanatoria civilistica. In secondo luogo, il provvedimento, nella maggior parte dei casi, interviene in un momento antecedente alla conclusione dell'accordo anticoncorrenziale, dato altresì incompatibile con la configurazione di un procedimento di convalida. E nonostante sia possibile un'eventuale autorizzazione successiva, la stessa deve ritenersi elemento eccezionale ed estraneo alla formazione del negozio anticoncorrenziale, e quindi incapace di produrre il preteso effetto sanante. Infine, si evidenzia il fatto che l'eventuale configurazione di un meccanismo di convalida successiva produrrebbe effetti devastanti sui conseguenti contratti a valle: questi ultimi, come si vedrà, hanno una sorte che dipende in maniera rilevante dalla condizione giuridica dell'intesa che ne costituisce il presupposto. Una delle ricostruzioni che si sono consolidate nel tempo, e su cui si tornerà in seguito, parte dall'idea che l'invalidità dell'intesa si comunichi ai contratti stipulati con i consumatori, i quali dovrebbero essere altrettanto colpiti da nullità. Se ciò fosse vero, una volta ottenuta la declaratoria di nullità da parte del soggetto portatore dell'interesse protetto, la sanatoria dell'intesa a monte determinerebbe una sorta di reviviscenza del contratto a valle, con evidente pregiudizio a carico del contraente che la disciplina intende

tutelare¹⁹⁶. Per non parlare, inoltre, del costante stato di incertezza che incomberrebbe su tale contratto in considerazione dell'ipotesi di revoca successiva dell'autorizzazione amministrativa relativa all'intesa a monte.

Queste riflessioni, tuttavia, sembrano essere superate in considerazione dell'entrata in vigore del Regolamento n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 sull'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, che sostituisce il Regolamento 17/62, e detta disposizioni per attuare un processo di modernizzazione e semplificazione del sistema di *enforcement antitrust*, ed un maggiore coordinamento tra autorità nazionali e Commissione europea. Una delle principali novità introdotte dal citato regolamento è l'eliminazione del sistema di autorizzazione preventiva ed il passaggio ad un nuovo meccanismo di "eccezione legale", in virtù del quale le intese restrittive della concorrenza sono valide sin dall'origine, senza che occorra la preventiva autorizzazione da parte della Commissione europea, purchè siano soddisfatte le condizioni previste dalla norma. Pertanto, saranno le imprese stesse a compiere una preventiva valutazione circa la validità dell'intesa, la cui liceità verrà verificata solo successivamente e nel solo caso in cui su di esse sorga contestazione¹⁹⁷. In secondo luogo, è venuta meno la competenza esclusiva

¹⁹⁶ Tuttavia, è evidente che una vicenda di tal fatta sarebbe improbabile. Come già detto, il provvedimento autorizzativo, di regola, precede e non segue la conclusione dell'intesa. La sua collocazione temporale, già di per sé inidonea a legittimare la configurazione di una vera e propria sanatoria, deve far immaginare, eventualmente, una vicenda opposta: l'intesa valida sin dall'inizio darebbe luogo alla conclusione di contratti a valle pienamente validi, e, in questa prospettiva, dovrebbe ritenersi "congelata" la legittimazione all'azione di nullità in capo al soggetto titolare dell'interesse protetto dalla disciplina. Qualora dovesse intervenire la revoca del provvedimento amministrativo, questa dovrebbe produrre la reviviscenza della legittimazione ad agire per la nullità in capo al soggetto stesso.

¹⁹⁷ L'art. 1 del Regolamento stabilisce: "Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 81, par. 1, del Trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'art. 81, par. 3, del Trattato sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso. Gli accordi. Le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 81, par. 1, che soddisfano le condizioni

della Commissione europea nell'applicazione dell'art. 81, par. 3, con conseguente attribuzione del potere di rilasciare l'autorizzazione in deroga ai giudici e alle Autorità nazionali¹⁹⁸. Tale nuovo sistema, conforme al principio di sussidiarietà, concepisce un regime di eccezione legale che si risolve nel controllo *ex post* della liceità delle intese, ed elimina il precedente schema delle esenzioni. Le considerazioni effettuate a proposito del possibile meccanismo di sanatoria, quindi, non possono più ritenersi attuali.

4. *INTESE VIETATE E CONTRATTI "A VALLE". ANTITRUST E TUTELA DEL CONSUMATORE E DEL CONTRAENTE DEBOLE IN GENERE.*

È il caso ora di effettuare qualche considerazione in merito alla già citata prospettiva dinamica delle intese anticoncorrenziali. Si è chiarito nelle pagine precedenti che, in assenza di specifiche previsioni nella legge italiana circa i possibili poteri dell'Autorità di porre in essere misure perequative delle posizioni contrattuali alterate dall'aderenza dell'imprenditore ad un cartello vietato, è prioritario comprendere se la

di cui all'art. 81, par. 3, del Trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso". Lo scopo della riforma sembra connesso all'esigenza di evitare la preventiva notificazione dell'intesa alla Commissione, al fine di permettere che la stessa non sia oberata di lavoro e possa garantire una maggiore efficienza e prontezza nell'applicazione della disciplina antimonopolistica.

¹⁹⁸ Secondo MELI, *Autonomia privata*, cit. p. 38, il citato Regolamento del 2003, se formalmente ha escluso la competenza esclusiva della Commissione nell'accertamento dei presupposti della deroga, con l'introduzione del controllo legale successivo in sostituzione di quello preventivo, ha determinato un vero e proprio superamento del regime dell'autorizzazione.

legislazione vigente assicuri anche solo indirettamente adeguata tutela ai soggetti che di tale squilibrio pagano il prezzo, e, peraltro, quali siano i rimedi da questi invocabili per ottenere soddisfazione.

La lacuna legislativa in merito, tuttavia, non ha scoraggiato gli interpreti. Nel tempo, invero, non sono mancate manifestazioni di riconoscimento di un'implicita destinazione della legge *antitrust* anche alla tutela degli interessi dei contraenti deboli, in primis dei consumatori. Indici di tal fatta, nella legge del 1990, si colgono agevolmente nell'art. 4, comma 1, ove, in materia di autorizzazione dell'intesa, si fa riferimento a quelle intese che diano luogo a miglioramenti delle condizioni di offerta ed abbiano effetti tali da comportare *un sostanziale beneficio per i consumatori*. Ulteriori indici in tal senso sono facilmente rinvenibili nell'art. 3 in materia di abuso di posizione dominante ove, addirittura, la lesione a carico del consumatore si pone quale elemento perfezionativo della fattispecie. Per non parlare poi delle elencazioni esemplificative che il legislatore effettua a proposito di intese e di abusi. Stesso discorso può farsi a proposito delle operazioni di concentrazione, ove, all'art. 6, è richiesto che la riduzione sostanziale e durevole del gioco della concorrenza sia valutata tenendo conto della possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati e di una serie di altre variabili che lasciano intendere come l'interesse dei consumatori non possa non assumere ruolo determinante¹⁹⁹.

¹⁹⁹ In tal senso PARRELLA, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1996, p. 531. Il fatto che l'interesse dei consumatori fosse considerato preminente già nello *Sherman Act* è evidenziato da TOFFOLETTO, *Il*

Il fatto che lo scopo della normativa *antitrust* non sia soltanto la tutela dell'interesse proprio delle imprese operanti sul mercato, bensì anche quello di proteggere interessi della collettività e del mercato in genere, ove hanno collocazione di rilievo i consumatori, emerge con chiarezza dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite del febbraio del 2005 ove si afferma che l'intesa vietata ha una virtuale valenza plurioffensiva e può ledere, oltre alla struttura del mercato, anche il patrimonio del singolo. La legge *antitrust* è non solo legge degli imprenditori concorrenti, ma è anche legge dei soggetti di mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato, e quindi, indirettamente, dei consumatori. La *ratio* della dichiarazione di nullità ex artt. 2 è, allora, quella di "togliere alla volontà anticoncorrenziale a monte ogni funzione di copertura formale dei comportamenti a valle", e pertanto di impedire il conseguimento del frutto dell'intesa consentendo anche nella prospettiva risarcitoria l'eliminazione dei suoi effetti²⁰⁰.

Tali ultime considerazioni consentono, da una parte, di conferire alla nullità dell'intesa il ruolo di sanzione posta a tutela di interessi generale, interessi che sono protetti da norme imperative, quelle dettate dalla legislazione antimonopolistica, in piena aderenza allo spirito dell'istituto civilistico così come delineato nello statuto generale agli artt. 1418 e ss. c.c. . Sotto questo profilo la nullità delle intese può dirsi speciale solo in parte. Le anomalie della stessa si colgono nella prospettiva effettuale dell'intesa stessa e nell'ottica generale e complessiva che, come

risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust, cit., p. 97. Sugli indici di tutela del consumatore nella disciplina dell'abuso di posizione dominante v. D'ALBERTI, *Tutela dei consumatori nella disciplina della concorrenza e della pubblicità*, in AA.VV., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2003, p. 167.

²⁰⁰ Cass. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, *cit.*, p. 334.

si è detto, deve costituire il parametro di valutazione del rispetto della normativa *antitrust*. Per altro verso, le conclusioni cui è giunta la Suprema Corte, a dire il vero anche in pronunce meno recenti²⁰¹, lasciano intendere che la complessità della fattispecie lesiva della libera concorrenza implica una valutazione del concreto aspetto di alterazione della stessa, alterazione che può essere colta solo andando ad esaminare gli atti materiali e i contratti stipulati dagli imprenditori aderenti all'intesa, i quali nell'intesa stessa trovano le loro regole di condotta, regole che determinano un'uniformità di comportamento rispetto alla clientela a valle²⁰².

Va detto, tuttavia, che, come l'intesa di per sé non è in grado di alterare l'equilibrio del mercato, così il singolo contratto a valle non è in grado autonomamente di produrre l'effetto distorsivo della concorrenza quale prefigurato nell'art. 2. L'effetto anticoncorrenziale si realizza in virtù della diffusa e ripetuta stipulazione di contratti il cui contenuto è conformato alle regole fissate nel cartello²⁰³.

Viene in rilievo, a questo punto, l'intimo nesso di derivazione che intercorre tra la pratica concordata, quale prima forma di distorsione collettiva della competizione, e l'atto negoziale che vede quali destinatari i

²⁰¹ Cfr. Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, *cit.*, p. 390; Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, *cit.*, p. 184.

²⁰² Cfr. GIOIA, *Vecchie intese e nuove nullità*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 12, secondo cui l'intesa "non dà vantaggi immediati ad alcuna delle parti, ma attraverso la successiva attuazione, finisce indirettamente con l'avvantaggiare tutte le parti. In questo caso, la funzione del contratto non si esaurisce con l'esecuzione delle obbligazioni delle parti, la quale costituisce, invece, la premessa d'una attività ulteriore, la cui realizzazione rappresenta la finalità del contratto e l'interesse delle parti".

²⁰³ Il problema è apparso evidente con riferimento alle Norme Bancarie Uniformi adottate dagli istituti di credito aderenti all'ABI: tali Norme sono state ritenute in contrasto con l'art. 2 dalla Banca d'Italia, norme il cui contenuto è stato trasfuso nell'attività negoziale conseguente. In materia v. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, (nota a Trib. Alba, 12 gennaio 1995) in *Giur. it.*, 1996, p. 212 e ss.

fruttori dei beni e servizi forniti dalle imprese aderenti, quale espressione di una peculiare forza contrattuale maggiore acquisita da tali soggetti, forza di cui essi abusano. È quindi su questo contratto che deve abbattersi la scure della normativa *antitrust*, poiché è a questo che è demandata la realizzazione del fenomeno anticoncorrenziale. Si pone, però, il problema di comprendere in quale maniera la scure debba cadere.

Ciò dipende, inevitabilmente, dall'intersezione di due aree del diritto, ossia l'ordinamento *antitrust* e il diritto dei contratti. La tutela del mercato potrebbe sembrare, a prima lettura, avulsa dall'applicazione dei rimedi civilistici posti a garanzia dell'equilibrio contrattuale. In realtà, proprio l'intervento sul contratto a valle è il principale disincentivo per gli imprenditori rispetto all'adozione di pratiche restrittive della concorrenza. Ciò in quanto essi non potrebbero beneficiare del riscontro pratico dell'abuso commesso. Per realizzare questo disegno occorre individuare i mezzi adeguati a garantire, parallelamente, la tutela del regime di libera concorrenza e la protezione del contraente debole. Si tratta, in altre parole, di combinare la prospettiva pubblicistica con quella privatistica. Ciò impone, ovviamente, un adattamento della disciplina dei contratti al diritto dei mercati. In questo senso, l'applicazione della normativa in tema di patologia negoziale e di equilibrio sinallagmatico non può avvenire in modo puro e semplice.

Il legislatore ormai da tempo detta norme a tutela dei consumatori, introducendo principi e regole peculiari, che rappresentano considerevoli deviazioni dalla disciplina generale. Si pensi alla nullità di protezione prevista in svariati testi di legge, e, in modo particolare, nel recente Codice

del Consumo. L'evoluzione normativa²⁰⁴ in materia di protezione del consumatore ha dato luogo alla formazione di un vero e proprio statuto di tutela che, a dire il vero, sembra poter trovare applicazione in maniera generalizzata: dalla tutela del consumatore alla tutela del contraente debole il passo è breve²⁰⁵. La nozione di "consumatore" quale delineata nei testi di legge si presta ad essere estesa ai più ampi concetti di "contraente debole in generale", particolarmente in quei settori dell'economia in cui c'è una grossa concentrazione di ricchezza in capo a pochi imprenditori, e la modulistica contrattuale da questi predisposta è talmente uniforme che non risulta possibile concepire contenuti contrattuali adattati a singoli casi: qui anche l'imprenditore debole, quale fruitore dei beni e servizi per scopi ovviamente non personali, sembra meritare la medesima tutela che la legge riconosce al consumatore. Ciò che conta non è tanto la posizione socio economica del soggetto che intraprende relazioni contrattuali con la grande impresa, bensì la mera condizione di squilibrio delle posizioni contrattuali: debole è il contraente che non assume, nel regolamento di interessi negoziale, la stessa posizione di potere che spetta al predisponente. Tale differenza di potere contrattuale può quindi assurgere

²⁰⁴ Sulle normative a protezione degli interessi dei consumatori esistenti prima dell'entrata in vigore del Codice del Consumo, v. *supra*, Capitolo II, § 5, nota 61.

²⁰⁵ La dottrina evidenzia come l'interesse dei consumatori è sempre stato oggetto di ampia considerazione da parte del legislatore (cfr. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29). Secondo NUZZO, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 308, ancor prima della codificazione in materia, vi erano indici legislativi dell'atteggiamento di protezione della categoria dei contraenti deboli. L'Autore si riferisce in particolare alla tecnica di caducazione parziale del contratto mediante inserzione automatica di clausole ex art. 1339 c.c., che consentiva il mantenimento della pattuizione depurata dalla clausola pregiudizievole (cfr. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 17). Altre tecniche sono state individuate nel richiamo al principio della buona fede quale limite dell'attività negoziale e presupposto per l'eventuale intervento correttivo da parte del giudice (cfr. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 192), ovvero anche il richiamo ai principi di ordine pubblico.

a schema universale cui si connette l'operatività dello statuto di tutela del contraente più debole. La proverbiale sensibilità legislativa verso gli interessi dei consumatori finisce per espandersi in maniera ampia sino a toccare le categorie professionali che, in virtù delle svariate possibili circostanze, si ritrovano a contrattare con chi detiene il vero e proprio potere di mercato²⁰⁶.

La proliferazione di precetti posti a salvaguardia dei contraenti deboli, peraltro, sembra in armonia anche con il dettato della Carta costituzionale, da cui si desume che la tutela del mercato non esclude, anzi presuppone la tutela della sfera giuridica del fruitore dei prodotti e servizi provenienti dalla impresa medio grande. Conforto a tale assunto è dato dalla lettura dell'art. 41, comma 2, ove è disposto che l'iniziativa economica privata, per quanto libera, non può porsi in contrasto con l'utilità sociale. Tale limite sembra poter comprendere anche l'esigenza di primario rilievo sociale e giuridico di fornire adeguata tutela al diritto che i consumatori vantano in ordine alla correttezza e giustizia della contrattazione d'impresa.

Pertanto, tornando all'analisi circa la sorte del contratto a valle, occorre preliminarmente comprendere quale sia, in senso tecnico giuridico, il nesso che intercorre tra l'intesa ed il contratto stesso. Tale indagine costituisce il presupposto per poter comprendere se effettivamente la nullità che colpisce la pattuizione anticompetitiva si comunichi o meno al contratto successivamente stipulato. In linea di

²⁰⁶ È vero che vi sono anche indici legislativi che rafforzano l'idea dell'interesse del consumatore alla libera concorrenza: basti pensare al Codice del consumo, che all'art. 2, comma 2 lett. e) sancisce il diritto del consumatore alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali, e, dunque, nelle trattative con l'imprenditore. Ciò consentirebbe di delineare una posizione giuridica soggettiva, suscettibile di apposita tutela risarcitoria se oggetto di lesione, anche indiretta. In materia cfr. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, p. 40.

massima è possibile distinguere due grandi correnti di pensiero, che verranno poi esaminate in maniera più dettagliata nei seguenti paragrafi. Una prima che esclude categoricamente la nullità del contratto a valle sostenendo che unico rimedio invocabile dal contraente debole non possa che essere quello risarcitorio²⁰⁷. Una seconda che, invece, ritiene che il contratto a valle sia assoggettabile alla sanzione civilistica di nullità²⁰⁸; tale orientamento, poi, si articola in molteplici ricostruzioni riguardanti la fonte della nullità, in quanto si discute sul fatto che il vizio che inficia la validità del contratto a valle sia un vizio proprio del negozio stesso, un c.d. vizio endogeno, ovvero un vizio derivato dall'illiceità del negozio a monte, l'intesa.

5. LA SORTE DEL CONTRATTO "A VALLE". LA TESI DELLA NULLITÀ DERIVATA.

Preliminarmente, tenuto conto della disparità di opinioni annunciata, è il caso di analizzare la corrente di pensiero che sostiene la nullità dei contratti a valle.

Sorge, innanzi tutto, la questione dell'individuazione della causa in virtù della quale può essere pronunciata la nullità del contratto. La dottrina ha manifestato, in proposito, diversi orientamenti. Unico punto fermo di tutte le ricostruzioni in merito, è che la strada della nullità si pone come l'unica percorribile, in considerazione della *ratio* della disciplina

²⁰⁷ v. *infra* § 6. d)

²⁰⁸ v. *infra* § 5 e § 7

antitrust: se il contratto a valle non fosse colpito da questa sanzione invalidante capace di eliminarne gli effetti in via retroattiva, verrebbe vanificato lo scopo della normativa antimonopolistica, e, in special modo dell'art. 2. L'intesa, quindi, estende i suoi effetti distorsivi della competizione anche ai contratti che di essa costituiscono esecuzione. Anzi, è proprio attraverso questi contratti che si produce l'alterazione concorrenziale²⁰⁹. Se lo scopo della norma è impedire la realizzazione di intese che abbiano quale oggetto o *effetto* la consistente restrizione della concorrenza, e se tale scopo viene perseguito mediante la sanzione della nullità *ad ogni effetto* dell'intesa stessa, sarebbe impossibile negare che ciò che costituisce *effetto* dell'intesa, il contratto a valle, non sia esposto alla medesima sorte.

Passando, quindi, all'analisi circa la causa della nullità del contratto a valle, ovviamente essa va ricercata sul terreno civilistico, mediante l'applicazione dei precetti di cui agli artt. 1418 ss. c.c. . A questo proposito sono ravvisabili almeno due orientamenti. Una parte della letteratura giuridica è costellata da opinioni che ravvisano nella nullità del contratto a valle una forma di invalidità derivata, la cui origine va ricercata nel vizio che colpisce il negozio che ne costituisce l'antecedente logico giuridico. Una diversa tesi, invece, sostiene che la contrattazione a valle si esponga ad un regime invalidativo non tanto per essere espressione del contenuto dell'intesa, bensì per un vizio suo proprio che ne giustifica l'immeritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento e che si risolve in una forma di illiceità della causa o dell'oggetto.

²⁰⁹ Di diverso avviso MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2002, p. 67, secondo cui non è possibile far dipendere l'efficacia dell'intervento riparatore dell'alterazione anticoncorrenziale soltanto dalla rimozione del contratto a valle.

Partendo dalla tesi dell'invalidità derivata, la dottrina e la giurisprudenza fondano tale regime di trasmissione del vizio sulla sussistenza di un collegamento negoziale tra l'intesa e il negozio a valle²¹⁰. Si tratterebbe, più specificamente, di un collegamento negoziale bilaterale, necessario o volontario, nel senso che un contratto non può esistere senza l'altro e i vizi e le anomalie dell'uno si estendono automaticamente anche all'altro, essendo essi teleologicamente connessi in quanto perseguiti il medesimo scopo finale, scopo che non potrebbe essere realizzato senza uno dei due. Troverebbe qui applicazione il principio *simul stabunt simul cadent*. Tale interdipendenza tra i due atti negoziali farebbe sì che la sanzione che si abbatte sull'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 non possa non colpire anche il contratto che ne costituisce esecuzione e naturale espressione esterna. Secondo questa tesi, la previsione della nullità nella legge *antitrust* necessita di questo carattere di ambulatorietà, poiché se i contratti a valle fossero immuni dalla sanzione, la previsione dell'art. 2 resterebbe lettera morta, in quanto non sarebbe realmente e concretamente realizzato lo scopo di evitare l'indebita restrizione della libertà concorrenziale. La repressione del comportamento anticoncorrenziale, quindi, parte dall'intesa per poi estendersi naturalmente ed automaticamente a tutti gli atti che ne derivano e che ad essa sono inscindibilmente collegati. Anche a questo proposito si richiama il tenore letterale dell'art. 2 ove l'intesa è qualificata nulla "ad ogni effetto".

²¹⁰ Sul collegamento negoziale in genere cfr. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, Napoli, 1984; ID., *I negozi collegati nella recente giurisprudenza (note critiche)*, in *Dir. e giur.*, 1976, p. 130. Con riferimento specifico al preteso collegamento tra intesa e contratto a valle cfr. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza*, cit., p. 187 ss.; SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 436; GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 67.

Questa ricostruzione, a mio avviso, non può essere condivisa. Il collegamento negoziale che essa individua tra intesa e contratto a valle non può dirsi esistente, in quanto vi si oppongono ostacoli di ordine tecnico giuridico. L'accertamento del preteso nesso di indissolubilità tra i due atti dovrebbe partire dal profilo teleologico. L'interdipendenza di cui si parla sembra non sussistere affatto, in quanto, di regola, il contratto tra impresa aderente al cartello e consumatore o utente finale che dir si voglia non è frutto di un ossequio esplicito e diffuso al cartello stesso, ma è espressione della semplice autonomia privata dei contraenti: ciò deriva dal fatto che le parti potrebbero fissare clausole contrattuali in palese dissenso con i principi sanciti nell'intesa. L'eventuale recepimento in via negoziale di tali principi, anche se frutto di una forma di obbligo morale a cui l'imprenditore si sente legato, non può di per sé essere considerato motivo sufficiente per porre nel nulla la pattuizione a valle. In altri termini, il fatto che il contratto a valle sia conforme al patto imprenditoriale nullo non può essere considerato un vizio del contratto, derivante dall'illiceità dell'intesa, poiché a tale conformazione non partecipa il contraente debole: l'adesione alle regole è frutto del processo di volontà proprio dell'imprenditore, non anche del consumatore, il quale, di regola, non ha la minima idea dell'esistenza dell'intesa. Non c'è, quindi, una volontà comune di produrre l'effetto anticoncorrenziale²¹¹.

²¹¹ Cfr. App. Torino, 27 ottobre 1998, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, p. 89, ove si afferma che la nullità derivata "cade con l'errato presupposto di un collegamento negoziale". Secondo la Corte, infatti, alle intese sono estranei i consumatori e che non vi è alcun obbligo di contrattare con i terzi all'interno dell'intesa tra istituti di credito contenuta nelle norme bancarie uniformi. Caso diverso sarebbe quello dell'accessorietà vera e propria del contratto a valle rispetto all'intesa. In quell'ipotesi, la sussistenza di un collegamento negoziale volontario, ossia di una preordinazione contrattuale del negozio collegato alla realizzazione del fine dell'intesa, rispetto alla quale esso assume una posizione di subordinazione, giustificerebbe la nullità derivata del contratto a valle. Sull'argomento v. Cass., 25 agosto 1988, n. 8410, *cit.*, p. 336.

Inoltre, sebbene nel collegamento negoziale non sia imprescindibile l'identità delle parti di entrambi i contratti, nel caso di specie deve dirsi che la sicura differenza soggettiva che intercorre tra le due fattispecie negoziali non può ritenersi priva di rilievo. Il consumatore, infatti, non è parte dell'intesa. La Suprema Corte, infatti, ha chiarito che si tratta di un caso in cui l'ineguaglianza dei soggetti di diritto nelle due pattuizioni è elemento quantomeno sospetto nella prospettiva di ravvisare il citato collegamento. L'unicità del regolamento di interessi, cui di fatto tende il collegamento, nella fattispecie, non potrebbe dirsi esistente, poiché il contraente debole è mosso dall'interesse di soddisfare propri bisogni personali, non anche dall'intento di recare danno all'equilibrio della competizione imprenditoriale.

Infine, la tesi della nullità derivata è criticabile in relazione al tenore letterale della norma invocata. L'art. 2 della legge *antitrust* sancisce la nullità ad ogni effetto dell'intesa, non anche di altri contratti che, come si è visto, possono non essere ad essa intimamente connessi²¹². Non v'è quindi un appiglio normativo per sanzionare il contratto a valle con la nullità, seppur di riflesso.

Passando alla diversa teoria che individua la fonte della nullità del contratto a valle in un vizio proprio e non derivato, bisogna dar conto della diversità di opinioni che nella stessa ricostruzione si sono formate negli anni. Un primo filone di pensiero individua tale vizio nell'illiceità della causa del contratto a valle, in quanto lo stesso verrebbe stipulato in

²¹² Secondo PARRELLA, *Antitrust e contratti bancari*, in *Dir. Banc.*, 1996, p. 539, la tesi dell'invalidità derivata si presterebbe a considerazioni metagiuridiche, in quanto l'estensione della nullità dell'intesa al contratto a valle non trova alcun fondamento in norme di diritto positivo.

aperto contrasto con un principio espresso in una norma imperativa quale è l'art. 2 della legge 287²¹³. Tale illiceità potrebbe anche essere connessa alla violazione del più ampio principio di ordine pubblico, sancito dall'art. 41 Cost., che stabilisce la libertà dell'iniziativa economica privata e, quindi, la libertà di concorrenza²¹⁴. L'illiceità della causa, secondo questa dottrina, andrebbe ravvisata nell'obiettivo perseguito dall'imprenditore, il quale mira ad ottenere, con il contratto a valle, un profitto maggiore di quello che otterrebbe in assenza dell'illecita pratica anticoncorrenziale. In questo caso, quindi, l'autonomia privata scavalcherebbe il limite della libera concorrenza dando luogo a negozi non meritevoli di tutela. Il combinato disposto dell'art. 2 della legge 287 e dell'art. 41, comma 2, della Costituzione costituirebbero la base normativa per poter porre nel nulla tutte le concrete espressioni di volontà privata che con essa si pongono in contrasto sotto il profilo causale.

Parte minoritaria della dottrina²¹⁵, invece, individua l'illiceità della causa del contratto a valle secondo il meccanismo della frode alla legge di

²¹³ Cfr. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, p. 231.

²¹⁴ La tesi dell'illiceità della causa è sostenuta da LA CHINA, *Sub Art. 33*, in *Concorrenza e mercato*, a cura di Alpa e Afferni, Padova, 1994, p. 647; GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali a valle*, *cit.*, p. 449, in quale afferma che le clausole trasfuse nei contratti a valle agli accordi contenuti nelle norme bancarie uniformi "costituiscono una violazione del principio di libertà di concorrenza che, in linea di principio, si configura come una delle caratteristiche della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 della Costituzione. In tal modo risulta violato il cosiddetto ordine pubblico economico e la clausola contrattuale è nulla per illiceità della causa ai sensi dell' art. 1343 c.c.". Cfr. anche GUIZZI, *A proposito di nullità delle intese restrittive della concorrenza concluse prima dell'entrata in vigore della l. 287 del 1990*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, p. 196, il quale afferma, inoltre, che se la nullità presuppone un elemento viziante che sia presente sin dalla formazione del negozio, la sua riconduzione alla contrarietà ad un elemento ordinante del sistema è tale da costituire il fondamento della nullità anche di fattispecie intervenute prima dell'entrata in vigore della legge *antitrust*.

²¹⁵ Cfr. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 492.

cui all'art. 1344 c.c.: il contratto a valle costituirebbe il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa, l'art. 2 della legge *antitrust*.

La teoria dell'illiceità della causa non è condivisibile per diverse ragioni. La principale sembra essere data dalla nuova concezione della causa quale funzione economico individuale del contratto²¹⁶. La causa in concreto del contratto a valle è, per l'imprenditore, quella del compimento di atto di impresa teso alla realizzazione del maggior profitto; stesso discorso non può farsi per il contraente debole, il quale ha quale unico scopo il soddisfacimento di un bisogno di natura personale che nulla ha a che vedere con lo scopo ulteriore perseguito dall'imprenditore. In mancanza di un comune intento sembra difficile, anche alla stregua della concezione della causa concreta, giustificare la nullità del contratto a valle in base all'illiceità della sua causa. Peraltro, la principale critica mossa a tale teoria, e che sembra pienamente condivisibile, è che lo scopo di realizzare un margine di profitto più alto è relegato nella sfera dei motivi, e precisamente dei motivi che spingono il solo imprenditore a contrattare. Orbene, come è noto e come si è visto nei primi capitoli, il contratto è nullo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2 e 1345 c.c., quando è illecito il motivo che sia unico e comune ad entrambe le parti. Nel contratto a valle il motivo non è unico e non può dirsi comune ad entrambe le parti²¹⁷.

²¹⁶ Anche volendo accogliere la tesi della causa come funzione economico sociale del contratto, tipizzata a livello legislativo, si incorrerebbe nel problema che la dottrina che propugna tale idea incontra sempre: se un contratto è tipico, la sua causa non può essere illecita in quanto concepita nel testo di legge. Pertanto, ogniqualvolta il contratto a valle dovesse essere stipulato in base a schemi giuridici tipici, esso non potrebbe mai essere posto nel nulla. Peraltro, secondo la giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Alba, 12 gennaio 1995, *cit.*, p. 225), non sarebbe possibile configurare l'illiceità della causa nei contratti tipici che si limitano a riprodurre il contenuto dell'intesa.

²¹⁷ Cfr. SCHLESINGER, *Sul problema della responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1960,

Altra teoria avanzata dai sostenitori dell'idea del vizio endogeno è quella che ravvisa nel contratto a valle la nullità per illiceità dell'oggetto²¹⁸. Ciò avviene quando il contratto recepisce sostanzialmente i precetti contenuti nell'intesa anticoncorrenziale. Identificato l'oggetto del contratto con il suo contenuto, e quindi con le clausole che lo compongono, è chiaro che, ai sensi degli artt. 1418, comma 2 e 1346 c.c. il contratto a valle è nullo per illiceità dell'oggetto. Tale teoria, tuttavia, non può dirsi risolutiva del problema in quanto può trovare cittadinanza solo nei casi in cui i contratti a valle riproducono il contenuto dell'intesa: ciò avviene normalmente nelle fattispecie in cui la pratica concordata riguarda il concepimento di condizioni contrattuali uniformi, che vengono poi riversate integralmente nei singoli contratti con i consumatori, senza che vi sia, in capo a questi ultimi, alcun potere di rinegoziazione in merito.

L'apparente parziale accoglibilità della tesi in questione, tuttavia, svanisce del tutto alla stregua di una semplice considerazione. La legge *antitrust* colpisce le pratiche capaci di alterare il lineare andamento della competizione tra imprese, e, a tal uopo, non vieta tanto l'adozione di specifiche e tipizzate clausole contrattuali, quanto piuttosto la modalità con cui le medesime vengono concordate. Si è già chiarito, infatti, che l'intesa può avere un contenuto astrattamente lecito, ma, in virtù del contesto in cui è calata, può essere dichiarata nulla per l'effetto anticoncorrenziale che produce. In un caso del genere, la singola clausola

p. 737, secondo cui "un motivo illecito unilaterale non è sufficiente per determinare l'invalidità di un contratto". In senso favorevole alla ricostruzione della nullità del contratto a valle per illiceità dei motivi v. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza*, cit., p. 450.

²¹⁸ Cfr. BERTOLOTTI, *Illegittimità delle norme bancarie uniformi per contrasto con le regole antitrust, ed effetti sui "contratti a valle": un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto*, in *Giur. it.*, 1997, p. 351.

contrattuale trasfusa dall'intesa al negozio a valle non può dirsi illecita, poiché altro è osservare il singolo negozio, altro è osservare l'effetto globale che la pratica concordata produce mediante la stipulazione di numerosi contratti standardizzati e sottoscritti indistintamente da numerosi consumatori. Ciò non è competenza del giudice di merito, il quale si trova di fronte ad una singola fattispecie negoziale, il cui contenuto, in sé considerato, potrebbe non violare alcun precetto di legge.

L'orientamento forse più importante in materia di nullità del contratto a valle per vizio endogeno, accolto peraltro anche dalla giurisprudenza di merito²¹⁹, è quello che qualifica la nullità dei contratti "a valle" come nullità virtuale ex art. 1418, comma 1, c.c., per contrarietà alla norma imperativa dettata dall'art. 2 della legge 287²²⁰. Si tratterebbe, quindi, di un contrasto diretto del contratto a valle con la norma in esame che, come si è già visto, costituisce esplicitazione dell'ampio principio riconosciuto a livello costituzionale di leale e corretta competizione concorrenziale²²¹. La nullità virtuale si giustificerebbe in base alla diretta violazione di questo principio in quanto il contratto a valle costituisce espressione della posizione di sfavore in cui viene a trovarsi il consumatore o contraente debole in genere: questi non ha scelta, non ha la possibilità economica di indirizzarsi utilmente verso altro imprenditore concorrente, poiché quest'ultimo quasi certamente avrà aderito al cartello e le condizioni da lui praticate non saranno vantaggiose. Tale situazione appare come fotografia nitida dell'eliminazione di fatto della libera

²¹⁹ Cfr. App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, III, p. 1876.

²²⁰ In tal senso BASTIANON, *Nullità "a cascata"? Divieti antitrust e tutela del consumatore* (nota a Cass., 11 giugno 2003, n. 9384), in *Danno e resp.*, 2003, p. 1075.

²²¹ In tal senso ALPA, *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *Contratti*, 1996, p. 5.

concorrenza, eliminazione di cui il contratto a valle è chiara espressione. Il contratto a valle viola la libera concorrenza, ed è pertanto visto con sfavore dall'ordinamento che, quindi, ad esso nega ogni forma di tutela privandolo di ogni effetto giuridico. La tutela del mercato, in questa teoria, si intreccia con la tutela del fruitore dei beni che il mercato offre; se il mercato è protetto, tra l'altro, mediante la declaratoria di nullità degli atti che lo danneggiano, altrettanto deve dirsi per gli atti che partecipano alla produzione del danno.

Anche questa teoria non è esente da critiche. Va detto, infatti, che buona parte della dottrina evidenzia che la violazione di norme imperative non è sempre rinvenibile in uno schema negoziale come quello che si ha nella sequenza intesa – contratto a valle. Il contrasto con tali norme non può dirsi *in re ipsa* in tale ultimo contratto, dovendosi dapprima accertare la sussistenza in concreto della lesione arrecata alla libera concorrenza. Peraltro, la lettera della norma fa riferimento alle pattuizioni tra imprenditori, non anche alle successive fattispecie negoziali. Orbene, seppur si volesse interpretare estensivamente la norma, si dovrebbe fare i conti con un dato di fatto: la volontà del contraente debole è solo parzialmente e indirettamente coartata dal contenuto dell'intesa. Per poter parlare di nullità virtuale del contratto a valle in virtù dell'estensione della portata normativa dell'art. 2 occorrerebbe dimostrare che l'eliminazione giuridica di tale contratto sia l'unica strada percorribile onde annullare l'effetto distorsivo del gioco della concorrenza che, in realtà, è stato causato esclusivamente dall'intesa. Questo ragionamento, però, non collima con l'idea generale secondo cui la nullità virtuale presuppone un contrasto diretto tra la pattuizione e il precetto imperativo, nel senso che il precetto deve vietare proprio la stipulazione di

quel particolare contratto o di quella particolare clausola. Tale contrasto diretto non è ravvisabile, a meno di operazioni interpretative di dubbia coerenza giuridica²²². Pertanto, la tesi della nullità virtuale del contratto a valle non può essere accolta. Nulle sono soltanto le intese, potendo i contratti stipulati in virtù delle medesime essere ricondotti nell'alveo della giustizia contrattuale solo mediante l'applicazione di rimedi alternativi.

Volendo tirare le fila dell'analisi sin qui svolta, è da dirsi che il rimedio della nullità del contratto a valle sembra non essere il più adatto. Ciò per diverse ragioni. Innanzitutto, non consente di realizzare quello che, di regola, è il concreto interesse del contraente. Quest'ultimo, in genere, mira ad ottenere una mera reintegrazione patrimoniale del danno economico subito a causa del comportamento illecito tenuto dall'imprenditore, ma non ha intenzione di porre nel nulla il contratto stipulato, che può avere ad oggetto beni di prima necessità non facilmente sostituibili dal consumatore.

In secondo luogo, applicare la nullità civilistica al contratto a valle potrebbe avere conseguenze catastrofiche sulle imprese aderenti al cartello. Come si è visto, la nullità negoziale, salvo diversa disposizione legislativa, può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e senza limiti di tempo. L'abuso che qualunque interessato dovesse fare del potere di azione provocherebbe effetti a catena e, ovviamente, l'insorgenza di obblighi restitutori di ampia portata in capo alle imprese responsabili, le

²²² Non potrebbero dirsi colpiti da nullità virtuale neanche i contratti a valle in cui la controparte è un imprenditore. Anche se in questo caso si ha un contratto stipulato tra imprese, che potrebbe rientrare nella previsione dell'art. 2 della legge *antitrust*, non è possibile basare l'applicabilità esterna della sanzione sul profilo soggettivo, ossia sulla qualità imprenditoriale o meno del contraente. Altro è l'intesa anticoncorrenziale, altro è il contratto a valle, nulla vietando che quest'ultimo sia stipulato con un imprenditore.

quali si troverebbero a dover fronteggiare una crisi quasi certa, con inevitabile danno all'efficienza produttiva e, di conseguenza, anche agli interessi dei consumatori medesimi²²³.

L'inadeguatezza dello strumento della nullità a realizzare sul piano della contrattazione a valle gli scopi perseguiti dal legislatore, tuttavia, non vieta che tale tutela possa essere garantita mediante l'applicazione di una forma di nullità speciale quale può essere la nullità di protezione. Questa consentirebbe di evitare le citate conseguenze e, peraltro, costituirebbe un rimedio esterno all'orbita dell'art. 2, in quanto, come si è già visto²²⁴, è sin troppo discutibile che la natura giuridica della nullità di protezione coincida con quella della nullità di diritto comune. Su tali riflessioni, in ogni caso, si ritornerà nel presente capitolo²²⁵.

6. LE ALTRE RICOSTRUZIONI CIRCA LA SORTE DEL CONTRATTO "A VALLE"

a) LA TESI DELLA VALIDITÀ DEI CONTRATTI A VALLE E I RIMEDI ALTERNATIVI ESPERIBILI DAI CONTRAENTI DEBOLI

L'analisi sin qui compiuta ha posto in luce i molteplici ostacoli che si incontrano nel tentativo di attrarre il contratto a valle nell'orbita della nullità. Le difficoltà di ordine giuridico sistematico hanno spinto la

²²³ Cfr. in tal senso TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., p. 340 e ss.

²²⁴ V. *supra* capitolo II, § 5

²²⁵ *Infra* § 7

dottrina prevalente a non battere la strada dell'invalidità del contratto a valle, giungendo a preferire una ricostruzione che si basa sull'interpretazione restrittiva del testo di legge, e che esclude, in ultima analisi, qualunque forma di invalidità di questo contratto.

Invero, l'art. 2 della legge 287, così come l'art. 81 del Trattato CE, non fa alcun riferimento esplicito alla sorte del negozio scaturente dall'intesa vietata, con ciò legittimando l'idea che quest'ultimo non sia affetto da alcuna forma di patologia giuridica. La ricostruzione suddetta, tuttavia, non è sorda all'esigenza di riconoscere al contraente debole che subisce l'oggettivo peso dello squilibrio delle condizioni contrattuali praticate una seppur minima forma di tutela. Si può quindi, per ragioni sistematiche, catalogare la dottrina che nega l'invalidità del contratto a valle come una categoria generale di pensiero in quest'area giuridica, categoria che costituisce il comune denominatore di tutti quegli indirizzi di pensiero che, nel negare l'espansione dell'effetto della sanzione di cui all'art. 2, giungono a sostenere che la tutela del consumatore debba essere perseguita mediante il ricorso a rimedi alternativi alla nullità del contratto.

La tesi che esclude la nullità del contratto a valle è sostenuta dalla prevalente giurisprudenza di merito e di legittimità, la quale, a proposito delle Norme Bancarie Uniformi che costituiscono un'intesa rilevante ex art. 2, ha sostenuto che, anche laddove il contenuto di tali accordi venga trasfuso nei contratti di conto corrente sottoscritti dai clienti delle banche aderenti, non vi è per i medesimi la possibilità di invocare la loro invalidità per contrasto con il citato art. 2, poiché l'area applicativa di questa norma involge esclusivamente il piano della libera concorrenza,

non anche il profilo della protezione degli interessi dei consumatori²²⁶. Sono sanzionati i negozi che ledono la libertà di concorrenza, non anche i negozi che le banche stipulano con i clienti, i quali possono invocare diversi mezzi di tutela all'uopo predisposti dall'ordinamento²²⁷. D'altra parte, non necessariamente il contratto a valle deve riprodurre il contenuto dell'intesa, potendo da essa, anche se solo in parte, discostarsi.

La sanzione della nullità, peraltro, potrebbe non realizzare lo scopo ultimo cui l'ordinamento tende, quello cioè di garantire al consumatore l'adeguata protezione: se la sanzione di nullità pone nel nulla tutto quanto posto in essere in violazione di precetti imperativi e tale invalidazione ha effetto retroattivo reale, la conseguenza unica ed inevitabile della declaratoria non può che essere l'obbligo, per entrambe le parti del contratto, di restituire quanto prestato in esecuzione del medesimo, a titolo di indebito oggettivo. Potrebbe, questa, non essere una conseguenza gradita al correntista di una banca, il quale potrebbe aver richiesto l'erogazione di somme di danaro a titolo di mutuo, somme che si vedrebbe costretto a retrocedere alla banca, con ciò subendo un rilevante danno economico²²⁸.

La nullità del contratto a valle, quindi, secondo questa corrente di pensiero, si risolve in un potenziale danno per i consumatori, e, soprattutto arreca indiscutibile pregiudizio alla certezza dei traffici e dei

²²⁶ In tal senso cfr. Cass. 4 marzo 1999, n. 1811, *cit.*, p. 431; Cass. 13 aprile 2000, n. 4801, in *Riv. dir. ind.*, 2000, p. 431. App. Torino, 27 ottobre 1998, Trib. Torino, 16 ottobre 1997 e Trib. Milano, 25 maggio 2000, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, p. 87 e ss.

²²⁷ Cfr. Trib. Alba, 12 gennaio 1995, *cit.*, p. 212, ove si afferma che la normativa in esame è diretta a tutelare la libertà di concorrenza e sanziona "non i negozi che a valle le banche abbiano stipulato con le imprese clienti", per cui gli effetti negativi sulla sfera giuridica del cliente potrebbero venire in gioco sul piano della tutela dei diritti dei consumatori.

²²⁸ Secondo App. Torino, 27 ottobre 1998, *cit.*, p. 92, la tesi della nullità dei contratti a valle "getterebbe nel caos la certezza dei rapporti giuridici".

rapporti giuridici instaurati tra impresa e clientela²²⁹. La potenziale catastrofica reazione dell'ordinamento, così come immaginata da coloro che sostengono questa tesi, non può essere incoraggiata. È anzi necessario che gli interpreti, tenuto in debito conto l'effetto che la nullità a cascata potrebbe produrre, si orientino verso strade diverse, strade peraltro messe a punto dall'ordinamento civilistico. Sussistono, infatti, numerosi altri mezzi di tutela cui è possibile ricorrere per riequilibrare il sinallagma contrattuale e ricondurre la pattuizione a valle nell'alveo della legalità, o meglio, in quella che è stata definita la "giustizia contrattuale". Tali rimedi vengono prevalentemente individuati nell'area della responsabilità extracontrattuale e della tutela risarcitoria, la quale sembrerebbe essere pienamente supportata a livello normativo, e, oltre a ricevere un ormai chiaro favore da parte della giurisprudenza di legittimità, sembrerebbe coniugare in maniera ragionevole le esigenze di reintegrazione patrimoniale del danno subito con quelle di mantenimento in vita della pattuizione a valle. In luogo di tale tutela, ovvero anche accanto alla stessa, si prende in considerazione la possibilità di esperire azioni di tipo impugnatorio. È quindi il caso di passare in rassegna le ricostruzioni che la dottrina ha elaborato in proposito, ribadendo che queste si fondano tutte sull'idea comune secondo cui il contratto a valle non è invalido.

²²⁹ Cfr. Tar Lazio 10 marzo 2003, n. 1790, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, p. 361, ove si distingue l'intesa quale negozio mezzo rispetto ai contratti a valle all'intesa e si afferma che "in contratti di questo genere [...] potrebbe sempre essere rinvenuto il fine ultimo degli illeciti concordamenti *antitrust* – posto che proprio attraverso le relative operazioni viene normalmente incamerato il vantaggio economico che costituisce, in ultima analisi, il punto di mira delle strategie anticompetitive delle imprese – nondimeno si tratta di contratti che, per quanto possano presentare, in forza del loro antecedente storico, dei termini di scambio alterati da uno squilibrio economico e denunciare magari l'esistenza di un vizio del consenso di una delle parti, non potrebbero però essere considerati illeciti in alcuno dei loro elementi costitutivi".

b) *LA TESI DELLA RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO A VALLE E LA REDUCTIO AD AEQUITATEM. LA MINORITARIA TEORIA DELL'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA*

Sono in pochi ad aver sostenuto la tesi che individua nel rimedio rescissorio la soluzione invocabile riguardo al contratto a valle. Si tratta di una tesi suggestiva, ma minoritaria, e, a dire il vero, non sostenibile. L'instaurazione di un rapporto contrattuale tra un'impresa aderente ad un cartello vietato e un qualunque altro soggetto di diritto, si ritiene²³⁰, attiva un meccanismo di protezione che l'ordinamento predispone per garantire il risultato della cosiddetta "giustizia contrattuale".

Tale valore costituirebbe, secondo questa teoria, un principio generale che sta alla base di ogni azione di rescissione, la quale sarebbe predisposta dall'ordinamento per garantire un equilibrio negoziale oggettivo. Esigenza, questa, che è avvertita ancor di più nell'area della contrattazione d'impresa: i contraenti deboli, i quali subiscono le conseguenze dell'alterazione del giusto contenuto contrattuale per l'ossequio prestato dall'imprenditore predisponente alle regole fissate nella pratica concordata, devono potersi difendere disattivando il vincolo contrattuale ovvero chiedendone la correzione in via equitativa.

La dottrina in esame, infatti, individua nello strumento di cui all'art. 1448 c.c., la cd. rescissione per lesione, un rimedio non eccezionale, bensì generale, invocabile ogniqualvolta si ponga l'esigenza di ricondurre ad equilibrio contratti la cui conclusione è il frutto di un'alterazione della libertà di azione da parte di uno dei contraenti, il quale abbia sottoscritto

²³⁰ In tal senso GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 110. Cfr. altresì ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 961. Di diverso avviso è BERTOLOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1876 e ss.

condizioni non congrue in quanto non giustificate dalla struttura del mercato.

La citata interpretazione estensiva dell'azione di rescissione per lesione, peraltro, deve trovare appiglio in una rilettura della nozione di stato di bisogno, che non potrebbe essere identificato con la classica esigenza invalicabile di sottoscrivere un contratto per una condizione di grave necessità economica. Per stato di bisogno si dovrebbe intendere, più in generale, la mera situazione di difficoltà economica, anche se transitoria, data dall'impossibilità di reperire agevolmente beni o servizi sul mercato. L'ampliamento della nozione in esame, dunque, consentirebbe di riconfigurare l'istituto della rescissione come un rimedio non eccezionale, bensì ordinario.

La citata prospettiva di estensione del significato dei presupposti della rescissione, quindi, farebbe sì che essa possa essere invocata, in via analogica, ogniqualvolta un contratto venga concepito in maniera non equa a causa dell'intervento di un fattore esterno che penetra nella causa del contratto stesso alterandola nella sua fase genetica. Il vizio originario della causa, quindi, sarebbe rinvenibile nei contratti a valle ad un'intesa vietata per il solo fatto che l'imprenditore predisponente ha aderito ad una tale pratica e di tale adesione ha dato prova mediante la traslazione delle regole adottate nel contenuto del contratto a valle, con ciò determinando un' iniqua sperequazione delle forze negoziali in campo; tale squilibrio, peraltro, verrebbe realizzato in maniera consapevole poiché di esso l'imprenditore approfitterebbe proprio per realizzare quel margine di profitto ulteriore che si risolve, per il consumatore, nella lesione tipica della rescissione.

Stato di bisogno inteso in senso ampio, approfittamento da parte dell'imprenditore e lesione patrimoniale (cd. lesione *ultra dimidium*) in capo alla controparte, come è noto, sono i requisiti che giustificano il ricorso all'azione di rescissione ex art. 1448 c.c., ovvero anche all'offerta di modificare il contratto in via equitativa da parte di colui contro cui la rescissione è domandata, ai sensi dell'art. 1450 c.c. . Giungendo ad estreme conseguenze, la stessa dottrina, sostiene che tale ultimo strumento, la cd. *reductio ad aequitatem*, in deroga all'impianto normativo previsto dal codice civile che ne fa un istituto invocabile solo dal contraente approfittatore per evitare la rescissione, possa essere impiegato dallo stesso contraente leso per ottenere una pronuncia giudiziale che, pur non cancellando il vincolo contrattuale, lo riconduca coattivamente ad equità²³¹.

Le suddette considerazioni, quindi, sembrerebbero consentire il ricorso al rimedio rescissorio con riferimento a tutti i contratti esecutivi di un'intesa vietata ex art. 2, con ciò offrendo al consumatore un sistema utile per ripristinare lo *status quo*, ovvero per riequilibrare forzatamente il patto iniquo.

La tesi esposta, pur suggestiva, non può essere condivisa. Essa, infatti, urta contro il principio che fa della rescissione del contratto uno strumento eccezionale, invocabile solo nel caso del configurarsi dei presupposti previsti dalla legge, i quali non sono interpretabili estensivamente. L'eccezionalità dello strumento è dimostrata, peraltro,

²³¹ Cfr. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 122, secondo cui un potere di correzione giudiziale sarebbe coerente sia con l'art. 1450 c.c., sia con il principio di cui all'art. 2041 c.c., in cui sarebbe rinvenibile una generica azione di correzione tale da evitare che "un soggetto consegua, a carico di chi tale iniziativa ha assunto, un vantaggio che, pur in presenza di un titolo formalmente valido, è però, in forza di una valutazione che commisuri vantaggi e sacrifici nella loro dimensione obiettiva, privo di giustificazione economica".

dalle peculiarità della disciplina, che, come si è visto²³², ne fissa l'esperibilità entro ristrettissimi termini di prescrizione e sancisce l'impossibilità di convalida del contratto rescindibile. Inoltre, la rescissione è concepita non tanto a tutela di un preteso principio di giustizia contrattuale, i cui connotati non sembrano individuabili nell'ordinamento civilistico, quanto a tutela della libertà di movimento del contraente che, trovandosi in stato di bisogno, non ha avuto modo di sottoscrivere serenamente un contratto a lui non favorevole. L'iniquità delle condizioni è un elemento fisiologico, non censurabile di per sé dall'ordinamento, e suscettibile di riprovazione solo se frutto di un comportamento immeritevole di tutela quale può essere l'approfittamento dello stato di bisogno in cui versa il contraente leso.

Quanto poi al profilo della *reductio ad aequitatem*, la pretesa rilettura dell'istituto che viene effettuata dalla citata dottrina finisce per stravolgere la struttura che il codice ha elaborato. Si tratta, infatti, testualmente, di un mezzo che può essere impiegato dal solo contraente contro cui la rescissione è domandata al fine di evitarla, rispondendo, come è ovvio, al principio di conservazione del contratto. Affermare che esso possa essere esperito anche dal contraente leso per ottenere in via giudiziale non la rescissione ma la correzione equitativa del contratto stesso rischia alterare lo spirito dell'istituto.

Ancor meno meritevole di credito è la tesi, avanzata dalla stessa dottrina, che sostiene la possibilità di colpire il contratto a valle non con un'azione di invalidità bensì con la residuale azione generale di arricchimento senza causa. Il ricorso a questa azione viene motivato in

²³² V. *supra* capitolo II, § 4.

virtù del suo carattere residuale e in considerazione dell'assenza di un rimedio tipico da poter individuare in merito²³³.

L'art. 2041 c.c. è norma di chiusura del sistema. L'assenza, però, di azioni giudiziarie *ad hoc* nell'ordinamento non sembra sufficiente a legittimare il ricorso, da parte del consumatore, all'azione di arricchimento, poiché, come è noto, questa presuppone la mancanza di ogni possibile giustificazione dell'esborso patrimoniale da parte del consumatore stesso, laddove, come è evidente, in presenza di un contratto dal medesimo sottoscritto non può dirsi affatto mancante il titolo dell'arricchimento da parte dell'imprenditore.

c) LA TESI DELL'ANNULLABILITÀ DEL CONTRATTO A VALLE

L'abuso che l'imprenditore commette laddove predispone clausole contrattuali inique in esecuzione dell'intesa vietata ha spinto altra parte della dottrina a ricorrere alla diversa forma di patologia negoziale dell'annullabilità. Lo scopo di tale dottrina è quello di fornire al consumatore un mezzo di protezione contro l'ingiustizia contrattuale che,

²³³ Cfr. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 122, il quale afferma l'utilità di tale azione, "di un'azione la quale, essendo chiaramente riconducibile nell'alveo della norma di chiusura del sistema dettata dall'art. 2041 c.c., disciplinante l'azione generale di arricchimento – la cui funzione è appunto da intendere in chiave di correttivo degli squilibri provocati dall'applicazione di norme, legali come convenzionali, sulla circolazione della ricchezza –, non necessita di alcuna specifica ed espressa previsione". D'altra parte, secondo TRABUCCHI, *Arricchimento*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, p. 67, nell'azione di arricchimento senza causa "non si ricerca la giustificazione secondo diritto di un fatto che sia stato apportatore di conseguenze giuridiche: si vogliono piuttosto giustificare le conseguenze economiche di una situazione giuridicamente perfetta".

passando per la repressione della mala fede del contraente più forte, consenta una perequazione del rapporto economico. Si richiama, di regola, il precetto di cui all'art. 1337 in tema di *culpa in contrahendo*, quale punto di riferimento di tale esigenza, nella prospettiva di superare la rigida bipartizione tra regole di validità e regole di buona fede²³⁴.

La configurazione di un'annullabilità del contratto a valle, in conseguenza di un'alterazione del processo volitivo, in quanto il consumatore sarebbe stato "costretto" alla stipula del contratto con l'impresa, è una prospettiva affascinante, che però urta contro il principio di tipicità dei vizi della volontà.

Si potrebbe, per un verso, ipotizzare l'annullabilità del contratto a valle per errore di diritto ai sensi dell'art. 1429, n. 4, c.c. . Essendo affetta da una nullità di pieno diritto, l'intesa vietata non produrrebbe alcun effetto, e non vincolerebbe le parti a rispettare nel successivo contratto quanto illecitamente convenuto a monte. L'aver ritenuto di dover sottostare a regole nascenti da un atto negoziale nullo costituirebbe errore di diritto che potrebbe provocare, su istanza dell'interessato, l'annullamento del negozio derivato. Va però osservato, per altro verso, che nella maggior parte dei casi il consumatore non conosce l'intesa, e non si sente obbligato alla stipula del contratto a valle a causa dell'intesa, ma per una sorta di coazione psicologica esercitata dal maggior peso economico e contrattuale del contraente forte, coazione cui però non è possibile dare rilievo giuridico, se non nel limitato senso della configurazione di un vizio incompleto quale il dolo incidente²³⁵.

²³⁴ In tal senso v. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro it.*, 2002, p. 84 e ss.

²³⁵ In tal senso si veda MELI, *Autonomia privata*, cit., p. 193. Per motivi analoghi si esclude la possibilità di ricorrere all'istituto della presupposizione, in quanto, come affermato da Cass. 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. civ.*, 1998, p. 3161, la situazione di fatto o di diritto

La difficoltà maggiore che si incontra nella teoria dell'annullabilità dei contratti a valle, pertanto, sta nell'individuazione del fondamento normativo di tale annullabilità, fondamento che non può non essere ricercato all'interno della disciplina civilistica. Si ricorre, quindi, all'art. 1440 c.c., in materia di dolo incidente, quale regola di riferimento. La figura in esame, infatti, si basa sull'intenzione del contraente raggirato, che, per essendo addivenuto alla formazione di un consenso, è stato indotto a sottoscrivere un contratto che, in assenza di quella coazione psicologica determinata dal potere di mercato dell'imprenditore, potere di cui egli abusa imponendo prestazioni squilibrate, avrebbe egualmente sottoscritto ma a condizioni diverse, a lui più favorevoli.

La teoria è decisamente affascinante, soprattutto poiché realizza quella finalità, cui si è fatto riferimento, di contemperare l'esigenza di evitare l'invalidazione del contratto con quella di reintegrare a livello patrimoniale la sfera giuridica del consumatore. La tutela del contraente, attraverso l'istituto del dolo incidente, una volta accertata la parziale alterazione del suo processo psichico di formazione del consenso, si risolverebbe sul piano risarcitorio: il risarcimento, in questo caso non coinciderebbe con il semplice interesse negativo, ma con le migliori condizioni contrattuali a cui sarebbe stato possibile, in assenza dei raggiri, concludere il negozio a valle. Anche in questo caso il principio di conservazione del contratto troverebbe concreta esplicazione, poiché, come si è detto, l'eliminazione giuridica del negozio non è di per sé

tenuta tacitamente presente dai contraenti nella formazione del consenso quale presupposto determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale non solo deve avere carattere obiettivo, ma deve anche essere "comune ad entrambe le parti", elemento che non può ritenersi esistente con riferimento all'intesa anticoncorrenziale rispetto al contratto a valle: la vincolatività dell'intesa incide sul comportamento contrattuale dell'imprenditore aderente al cartello e indirizza il suo comportamento cui il consumatore, contraente debole, aderisce supinamente.

sufficiente ad eliminare gli effetti dell'abuso e a realizzare gli interessi del contraente debole²³⁶.

Anche la tesi dell'annullabilità e della risarcibilità a titolo di dolo incidente è suscettibile di critica sotto diversi aspetti. Tralasciando le questioni riguardanti l'inquadramento della figura del dolo incidente che già di per sé complicano la strada, ci si chiede se sia realmente configurabile, nella fattispecie del contratto a valle il preteso raggiro da parte dell'imprenditore nei confronti del consumatore. L'intesa, infatti, non sembra avere quella valenza tale da indurre il contraente debole a sottoscrivere, anche se a condizioni inique. Innanzi tutto, si è già detto che il consumatore quasi sempre non è a conoscenza dell'intesa, ma se anche lo fosse, sarebbe difficile pensare all'intesa stessa come un fattore di forte induzione psicologica, laddove la medesima ha il mero scopo di alterare l'equilibrio non tanto del singolo contratto quanto della massa delle negoziazioni relative all'area di mercato in cui viene conclusa.

Ma vi è di più. Il citato principio di tipicità dei vizi del consenso impone che un'alterazione del processo di formazione della volontà del contraente debole vi sia stata e che sia almeno coeva alla conclusione del contratto. Nel nostro caso tale alterazione non è ravvisabile, poiché ad essere alterate sono soltanto le condizioni contrattuali, non anche la volontà del consumatore che si forma liberamente senza essere deviata da alcun preteso raggiro. Il consumatore sceglie consapevolmente, almeno per quanto gli è dato di sapere. Il fatto poi che l'intesa a monte sia illecita non influisce sul processo di formazione della volontà, ma soltanto sull'equilibrio contrattuale, poiché i raggiri consistono in una falsa

²³⁶ Cfr. LUCARELLI, *Lesione di interessi e annullamento del contratto*, Milano, 1964, p. 122 e ss.; MANTOVANI, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37 e ss.

prospettazione della realtà che inducono in errore il contraente: la realtà prospettata al contraente, nel nostro caso, non è falsa... è solo ingiusta!²³⁷

d) LA TESI DELLA TUTELA ESCLUSIVAMENTE RISARCITORIA

Le difficoltà applicative riscontrate nell'elaborazione delle anzidette soluzioni hanno spinto gli interpreti a ricercare sul piano della responsabilità extracontrattuale il rimedio concretamente esperibile dal contraente debole per perequare quella situazione di disparità determinata dalla violazione delle regole di libera competizione concorrenziale²³⁸.

La tesi trova il suo solido fondamento normativo nell'art. 33 della legge *antitrust*, ove, al comma 2, si prefigura un'azione risarcitoria a sé stante, diversa cioè da quelle tipiche previste per gli atti illeciti in generale, che sembra coincidere, per molti versi, con la responsabilità precontrattuale. Si parla infatti di danno da illecito *antitrust*²³⁹. Non è tuttavia agevole ritrovare un valido percorso argomentativo che consenta di giustificare appieno il ricorso a tale strumento, soprattutto sul piano dei presupposti richiesti dalla legge. Si è infatti notato²⁴⁰ che la legge *antitrust*,

²³⁷ Secondo MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, cit., p. 73.

²³⁸ Cfr. Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 1067, ove si afferma che i contratti scaturiti in dipendenza da un'intesa vietata mantengono la loro validità e possono dar luogo soltanto ad un'azione di risarcimento da parte degli utenti.

²³⁹ La tesi della responsabilità extracontrattuale, è sostenuta, oltre che nelle citate pronunce di legittimità, anche in numerose pronunce di merito. Cfr., tra le tante, Giudice di Pace di Lecce, 30 gennaio 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 1109; Giudice di Pace di Casoria, 12 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2003, p. 2192; Giudice di Pace di Roma, 21 marzo 2003, in *Gius*, 2003, p. 2179.

²⁴⁰ NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni Griffi e Ubertazzi, Bologna, 1993, p. 1452. La legge, infatti,

nel rinviare allo strumento risarcitorio non ha preso nella dovuta considerazione le molteplici problematiche che esso comporta soprattutto sul piano delle condizioni di rilevanza dell'antigiuridicità del comportamento e dell'ingiustizia del danno, nonché del profilo soggettivo e del nesso eziologico.

Prima dell'orientamento chiarificatore del 2005, la giurisprudenza di legittimità incontrava non poche difficoltà sul piano ricostruttivo, e ciò sia sul piano dell'individuazione dei soggetti legittimati ad agire, sia sul piano dell'individuazione del bene giuridico oggetto di tutela.

La tesi tradizionale escludeva i consumatori dal novero dei soggetti legittimati in tal senso, in considerazione del fatto che l'interesse primario se non esclusivo della legislazione antimonopolistica era ritenuto quello di tutelare l'assetto concorrenziale, indipendentemente dalle conseguenze concrete dell'eventuale alterazione sul piano della negoziazione a valle. Quindi, se non si dubitava della legittimazione dei concorrenti estranei all'intesa, si tendeva ad escludere quella dei consumatori²⁴¹.

non chiarisce chi siano i legittimati ad esperire l'azione risarcitoria e si limita a richiamare il risarcimento senza fornire ulteriori chiarimenti: "come se il trapianto del rimedio aquiliano nell'ambito della normativa de qua non desse luogo a problemi di sorta, e potesse avvenire mediante un semplice rinvio alla disciplina generale dei fatti illeciti (art. 2043 e ss. c.c.)".

²⁴¹ Cfr. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*, (nota a Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475), in *Foro it.*, 2003, p. 1121, che afferma: "il risarcimento da intesa restrittiva può essere richiesto soltanto da quanti abbiano deciso di coordinare i rispettivi piani di penetrazione commerciale, salvo a pentirsi in un secondo tempo, magari perché alla prova dei fatti raggiungono risultati inferiori alle attese". La citata sentenza, peraltro, afferma chiaramente che in tema di normativa per la tutela della concorrenza e del mercato, alla luce della caratterizzazione tecnica degli istituti in essa delineati, lo strumento risarcitorio previsto dall'art. 33 "non è aperto, in quanto tale, alla legittimazione attiva dei singoli cosiddetti consumatori finali". In materia cfr. NASTI, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*, (nota a Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475), in *Corriere giur.*, 2003, p. 343, la quale, con riferimento alla pronuncia citata, pur giustificando l'omissione sulla base della penuria di testi legislativi in proposito, parla chiaramente di "occasione mancata".

Va detto che, alla luce del citato intervento delle Sezioni Unite del 2005, il problema deve dirsi ormai superato. La Suprema Corte infatti ha chiarito che l'intesa vietata ha una virtuale valenza plurioffensiva e può ledere, oltre alla struttura del mercato, anche il patrimonio del singolo. La legge *antitrust* è non solo legge degli imprenditori concorrenti, ma è anche legge dei soggetti di mercato, ovvero di chiunque abbia interesse processualmente rilevante alla conservazione del carattere competitivo del mercato stesso, e quindi, indirettamente, dei consumatori. La *ratio* della dichiarazione di nullità ex artt. 2 e 33 è quella di "togliere alla volontà anticoncorrenziale a monte ogni funzione di copertura formale dei comportamenti a valle", e pertanto di impedire il conseguimento del frutto dell'intesa consentendo anche nella prospettiva risarcitoria l'eliminazione dei suoi effetti²⁴².

Non v'è quindi alcun dubbio ulteriore: i consumatori possono dirsi legittimati ad agire in via risarcitoria ex art. 33²⁴³. D'altra parte, già prima di tale pronuncia si registravano opinioni con essa coincidenti. Si affermava, infatti, che negare l'azione da parte dei consumatori avrebbe

²⁴² Cass. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, *cit.*, p. 336.

²⁴³ Tale conclusione, come si è detto, è stata raggiunta chiaramente con la recente sentenza delle Sezioni Unite, ma prima di quest'ultima l'opinione era decisamente negativa. Cfr. Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, *cit.*, ove, pur ammettendosi che il consumatore costituisce un punto di riferimento essenziale del fenomeno del mercato e che la legge *antitrust* assicura la realizzazione effettiva della concorrenza quale mezzo di espressione delle potenzialità e delle capacità del mercato, si nega che il consumatore sia tutelato in tale disciplina, in quanto, sul piano fattuale, non sarebbe ravvisabile "una qualsivoglia soglia di interesse in testa a soggetti che non siano essi stessi partecipi di quello stesso livello operativo e rivestano invece la mera veste di consumatori finali, non potendo in alcun modo reagire su di essi l'esistenza in sé delle intese". Nel criticare questa impostazione PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, (nota a Giudice di Pace di Albano laziale, 10 settembre 2003), in *Foro it.*, 2004, p. 473, evidenzia come, in tal modo, i consumatori siano relegati nell'"ingrato ruolo di figli di un dio minore". Decisamente critico rispetto alla medesima pronuncia è COLANGELO, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust*, (nota a Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475), in *Dir. ind.*, 2003, p. 172.

discriminato proprio quel soggetto giuridico che, pur agendo sul mercato, non sarebbe stato in grado di difendersi adeguatamente: il danneggiato non è soltanto l'imprenditore concorrente posto ai margini del mercato, ma anche il fruitore dei beni e servizi offerti dalle imprese colluse, per il quale l'aumento del prezzo o la minore qualità del prodotto hanno un notevole peso²⁴⁴.

D'altra parte, a voler ragionare diversamente, bisognerebbe sostenere che un ordinamento che individua nei soli imprenditori concorrenti i soggetti tutelati dalla normativa antimonopolistica si fonda su di una concezione statica e corporativa della concorrenza ove la clientela altro non è che una massa passiva inerte, il cui unico destino e funzione è quello di essere ripartita tra gli imprenditori in competizione²⁴⁵. Logica questa del tutto estranea ai vigenti principi.

La tutela del contraente debole deve essere azionata, quindi, sul piano della negoziazione a valle. Il punto di partenza non può che essere l'individuazione dell'interesse che la parte considerata maggiormente meritevole di tutela nutre in relazione all'esito della negoziazione medesima. In base all'*id quod plerumque accidit*, è possibile affermare che il consumatore non ha un concreto interesse all'invalidazione del contratto stipulato con l'imprenditore, ma mira alla conservazione del bene o servizio che dal medesimo ha acquistato ed alla parallela reintegrazione del danno patrimoniale che ha subito a causa di una contrattazione viziata in origine dall'intesa illecita²⁴⁶.

²⁴⁴ Cfr. in tal senso SCUFFI, *Azione collettiva a difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 153.

²⁴⁵ In tal senso LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, *cit.*, p. 242.

²⁴⁶ Dal punto di vista pratico, infatti, il consumatore tende a manifestare la propria esigenza di tutela solo sul piano risarcitorio, in quanto, versando spesso in situazioni contrattuali afferenti a beni e servizi di primaria importanza e non facilmente sostituibili

L'orientamento in esame, risolvendosi sul piano di una tutela di carattere prettamente risarcitorio, e che parte dalla configurazione di una responsabilità aquiliana in capo all'imprenditore²⁴⁷, deve fare i conti con una serie di problematiche.

Innanzitutto è legittimo sottolineare che il danno lamentato non può ritenersi sussistente *in re ipsa* nella stipulazione di un' intesa vietata. La giurisprudenza degli ultimi anni, prima della innovativa pronuncia del 2005, pur assestandosi sulla posizione della tutela risarcitoria, aveva sempre ritenuto indispensabile l'assolvimento esauriente dell' onere probatorio relativamente al concreto danno subito dal consumatore ed all'effettiva violazione di un diritto soggettivo, non ritenendo sufficiente la mera sussistenza dell'intesa vietata²⁴⁸. Tale ultimo orientamento merita tuttora ampio sostegno; occorre, pertanto, verificare quale sia il diritto soggettivo esposto alla lesione, e se si possa parlare o meno di un diritto soggettivo del consumatore alla libera concorrenza.

L'art. 41 della Costituzione sembrerebbe aver riguardo solo per gli imprenditori ed in generale per gli operatori economici, al fine di assicurare la loro libertà di iniziativa; sicchè è dubbio se un consumatore

dall'utente, questi può non avere, come effettivamente spesso non ha, tanto interesse alla caducazione retroattiva della pattuizione a valle, quanto piuttosto alla sua conservazione congiuntamente ad un'adeguata reintegrazione patrimoniale.

²⁴⁷ Cfr. MARCHETTI – UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 1997, p. 478 e ss., ove si afferma che tale responsabilità da illecito può essere fatta valere entro il termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 2947 c.c. anche dai consumatori finali, i quali potrebbero giovare della presunzione di colpa di cui all'art. 2600 comma 3, c.c. in tema di concorrenza sleale, applicabile in via analogica alla fattispecie in esame. Si veda inoltre CHINI, *Nullità dell'intesa restrittiva*, cit., p. 54, il quale ritiene configurabile altresì la responsabilità precontrattuale in capo all'imprenditore aderente al cartello vietato, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., e, per l'effetto, la risarcibilità del danno patrimoniale nei limiti dell'interesse negativo.

²⁴⁸ Cfr. Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, cit., p. 1122; Giudice di Pace di Pozzuoli, 28 novembre 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 530.

possa invocare la violazione di tale norma per giustificare una sua pretesa risarcitoria nei confronti di un imprenditore.

Ancorché la Corte di Cassazione riconosca il diritto del consumatore al risarcimento e sottolinei peraltro che la legge *antitrust* tutela anche il fruitore di beni e servizi, non va dimenticato che l'interesse economico di quest'ultimo dovrebbe essere identificato come interesse di natura pubblicistica, ossia quale interesse (indiretto) alla libera e trasparente concorrenza, e non quale posizione giuridica individuale²⁴⁹.

Una volta individuato il possibile diritto oggetto di tutela, si pone il problema di individuare la fonte del danno ed il nesso eziologico, cosa resa difficile dal fatto che tra la violazione delle regole della concorrenza ed il danno risentito dal consumatore si interpone un contratto tra impresa e consumatore. Il danno non deriva da questo contratto, ma piuttosto dall'assenza sul mercato, a causa dell'intesa vietata, di condizioni contrattuali più favorevoli, o almeno ragionevoli. Il nesso di causalità così ravvisato, tuttavia, appare molto debole, in quanto non può negarsi che il consumatore, in ogni caso, acquistando un bene o un servizio ed accettando le relative condizioni contrattuali, comunque fa una scelta; per superare questa obiezione, egli dovrebbe perciò dimostrare di essere stato costretto ad acquistare il prodotto dall'assenza di valide alternative sul mercato: ma questa prova è obiettivamente difficile.

Non mancano, inoltre, complicazioni tecniche in ordine al profilo dell'elemento soggettivo, pur richiesto dall'art. 2043 c.c. per l'illecito aquiliano. Dimostrare la consapevolezza da parte dell'imprenditore

²⁴⁹ È vero che vi sono anche indici legislativi che rafforzano l'idea dell'interesse del consumatore alla libera concorrenza: basti pensare al Codice del consumo, che all'art. 2, comma 2 lett. e) sancisce il diritto del consumatore alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali, e, dunque, nelle trattative con l'imprenditore. Ciò consentirebbe di delineare una posizione giuridica soggettiva, suscettibile di apposita tutela risarcitoria se oggetto di lesione, anche indiretta.

dell'illeceità della pratica concordata e, per l'effetto, dell'antigiuridicità del comportamento posto in essere nella negoziazione a valle è opera non semplice, anche perché sembra quantomeno discutibile l'applicabilità nel nostro caso di una presunzione di colpa, simile a quella prevista in tema di concorrenza sleale, che ravvisa l'elemento soggettivo come insito in ogni comportamento imprenditoriale avente effetto anticoncorrenziale, con conseguente inversione dell'onere della prova. Non mancano tesi che ammettono la configurazione di tale presunzione²⁵⁰. Ma, si ripete, non c'è unanimità di vedute in materia, e ciò complica ancor di più il percorso della tutela risarcitoria²⁵¹.

Le difficoltà tecnico giuridiche appena riscontrate, tuttavia, se da una parte spingono a dubitare circa la portata della pronuncia del 2005, non possono nascondere sia il dato testuale, sia il concreto riscontro pratico che la tutela risarcitoria offre alla nostra analisi. Sul primo profilo, è sin troppo semplice notare che il legislatore, nel richiamare letteralmente il rimedio risarcitorio nell'art. 33, comma 2, della legge *antitrust*, ha operato una scelta a prima lettura ineccepibile. Possono esservi dissidi in merito alla natura della tutela e al suo fondamento dogmatico, nonché in ordine al suo inquadramento nelle categorie giuridiche conosciute. Ma non si può negare che se di risarcimento testualmente si parla vi dovrà essere una valida giustificazione. Semmai, la difficoltà interpretativa è data dalla tendenziale inconciliabilità tra la previsione in esame e la nullità

²⁵⁰ L'idea secondo cui al danno da illecito *antitrust* possa essere estesa al presunzione di colpa ex art. 2600, comma 3, c.c., prevista in materia di concorrenza sleale, con conseguente inversione dell'onere della prova, considerandosi l'elemento soggettivo come insito nel comportamento dell'imprenditore avente fini anticoncorrenziali, è sostenuta da LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione del diritto antitrust*, cit., p. 674; NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, cit., p. 1459.

²⁵¹ Difficoltà rilevanti si presentano anche sul piano della esatta quantificazione del danno. In materia v. BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 561

“ad ogni effetto” dell’intesa vietata. Se, come sembra potersi desumere da questa espressione, la nullità si propaga agli effetti del patto di non concorrenza, e, pertanto, a tutto quanto in esso trova l’antecedente logico giuridico, ivi compresi i contratti a valle, ci si chiede come possa un contratto che non produce alcun effetto conciliarsi con il risarcimento del danno, che dovrebbe presupporre la sussistenza di una valida pattuizione capace di arrecare un danno ingiusto.

Per altro verso, non è possibile negare che il rimedio risarcitorio è forse quello che maggiormente coglie lo spirito della diffusa esigenza di tutela del contraente debole, il quale, come si è detto, non mira all’invalidazione del contratto, spesso avente ad oggetto beni o servizi non agevolmente reperibili o sostituibili, bensì al mantenimento dei suoi effetti opportunamente rettificati ed alla parallela reintegrazione patrimoniale del danno subito²⁵².

Tale reintegrazione è esplicitamente offerta dalla legge *antitrust*, ferme restando le difficoltà di ordine probatorio in merito. Quanto alla correzione degli effetti del contratto a valle, resta ferma la difficoltà di individuare un valido strumento giuridico in materia. Probabilmente, dati i suoi caratteri di relatività e di fisiologica parzialità, il meccanismo più adatto a realizzare l’agognato contemperamento delle citate esigenze è proprio la nullità di protezione.

²⁵² Secondo PALMIERI – PARDOLESI, *L’antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori* (nota a Cass. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207), in *Foro it.*, 2005, p. 1018, il rimedio risarcitorio, per quanto riguarda l’interesse dei consumatori, rischia di essere semplicemente una chimera, specie in considerazione delle difficoltà di ravvisare il concreto pregiudizio subito nelle ipotesi in cui il consumatore sia stato “intermediato da uno o più operatori della filiera”.

7. LA SOLUZIONE PREFERIBILE: LA NULLITÀ DI PROTEZIONE

Si è già detto che il ricorso alla figura giuridica dell'annullabilità non è la strada più adatta²⁵³, in virtù delle accennate difficoltà di ordine teorico e delle incompatibilità tra la fattispecie che si realizza con la contrattazione a valle e i presupposti attinenti ai vizi del consenso. La tesi dell'annullabilità, pur non essendo praticabile, offre alcuni spunti di riflessione in relazione alla disciplina giuridica che per essa è prevista²⁵⁴, specie per quanto riguarda il regime di legittimazione all'impugnazione, riconosciuta non a qualunque interessato, bensì soltanto al contraente il cui consenso è stato prestato in maniera distorta. La classica bipartizione tra nullità e annullabilità, come è noto, si basa proprio sulla natura e sulla portata dell'interesse tutelato²⁵⁵. Nel nostro caso tale dicotomia potrebbe svolgere un ruolo importante.

È sì vero che l'applicazione della sanzione della nullità deriva dall'esigenza di proteggere interessi di rilevanza pubblicistica, quali sono quelli connessi alla necessità di reprimere le condotte imprenditoriali suscettibili di compromettere l'assetto concorrenziale del mercato. Gli operatori economici, infatti, vedrebbero frustrata la loro possibilità di alterare tale assetto proprio in virtù della comminatoria della nullità ai contratti che verrebbero stipulati con i consumatori in attuazione delle intese vietate. È altrettanto vero, però, che in concreto viene in rilievo l'interesse del singolo consumatore leso dalla particolare operazione

²⁵³ v. *supra* § 6. c) del presente capitolo

²⁵⁴ v. *supra* capitolo II, § 4

²⁵⁵ Cfr. MELI, *Autonomia privata, cit.*, p. 190, il quale afferma: "laddove interviene la sanzione di nullità contrari alle norme imperative sono gli effetti che il preteso negozio vorrebbe attuare; laddove interviene la sanzione dell'annullabilità, illecito è il mezzo usato per ottenere la formazione del negozio, ma non necessariamente l'effetto che il negozio produce".

contrattuale posta in essere, e che quest'ultima dovrebbe poter essere eliminata ad istanza di quell'unico consumatore realmente interessato. La soluzione dell'annullabilità potrebbe apparire, in proposito, adatta a tutelare tale interesse particolare. Come risulta dal prevalente orientamento dottrinale²⁵⁶, la configurazione di una legittimazione relativa all'impugnazione trova riconoscimento anche qualora si voglia accogliere la tesi della nullità.

Non potendo tralasciare i profili di incompatibilità tra la sanzione dell'annullabilità e la sorte del contratto a valle, e ribadendo la conclusione cui si è giunti in merito, è tuttavia possibile prendere spunto dall'ultima riflessione effettuata per ricondurre il contratto a valle nell'orbita della nullità. Le accennate difficoltà di estensione di tale ultima sanzione oltre l'area dell'intesa vietata mediante un'interpretazione che ampli la portata dell'art. 2 possono essere superate mediante il ricorso alla nuova figura della nullità di protezione, la quale, pur avendo già trovato cittadinanza nel nostro ordinamento in virtù delle previsioni di nullità speciale ad essa riconducibili, soltanto di recente ha avuto il pieno riconoscimento legislativo mediante il Codice del Consumo.

Restano ferme le conclusioni cui si è giunti nelle pagine precedenti e, in particolare:

²⁵⁶ In tal senso v. BERTELOTTI, *Qualche ulteriore considerazione su intese vietate*, cit., p. 1213, il quale afferma che la nullità del contratto "a valle" sembra rientrare di pieno diritto nel concetto di nullità relativa, o nullità di protezione della parte debole del negozio, unica legittimata a farla valere, in modo da evitare che sia l'altra parte a poter paralizzare il contratto.

Se, d'altra parte, si interpretasse tale nullità come assoluta, dovrebbero considerarsi legittimati a farla valere solo i diretti interessati, ossia gli imprenditori concorrenti lesi dall'intesa. Ciò creerebbe secondo BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 397, un'ingiustificata disparità di trattamento, poiché si escluderebbe la legittimazione del consumatore che è stato parte del contratto e la si riconoscerebbe a terzi, soltanto in quanto imprenditori lesi ai sensi dell'art. 2 della legge, ma che non sono stati parti del contratto.

- tra intesa e contratto a valle non sussiste alcun collegamento negoziale bilaterale necessario, potendosi configurare soltanto un collegamento volontario, anche se l'ipotesi è alquanto remota²⁵⁷;
- il contraente debole, in linea di massima, non ha interesse all'eliminazione della pattuizione, ma soltanto alla sua eventuale correzione in senso a sé favorevole ovvero alla reintegrazione patrimoniale del danno subito²⁵⁸;
- non è possibile colpire il contratto a valle con una sanzione radicale quale la nullità virtuale mediante l'estensione del precetto contenuto nell'art. 2²⁵⁹;
- non può essere negata la portata precettiva dell'art. 2 ove parla, con riferimento all'intesa, di nullità "ad ogni effetto", con ciò prefigurando una qualche reazione dell'ordinamento rispetto ai contratti posti in essere in ossequio all'intesa nulla²⁶⁰;
- il contratto a valle non potrebbe essere soggetto alla nullità di diritto comune, poiché, a causa della legittimazione assoluta all'azione, si rischierebbero effetti catastrofici sulla posizione delle imprese e sull'efficienza del mercato e dei traffici in genere, in relazione alla probabile massa di obbligazioni restitutorie scaturenti dall'invalidazione dei contratti stipulati²⁶¹;
- è necessario conciliare l'esigenza di ristoro del danno con quella di riequilibrio della pattuizione sperequata²⁶².

²⁵⁷ v. *supra*, § 5 del presente capitolo.

²⁵⁸ v. *supra* § 5 e § 6. d) del presente capitolo.

²⁵⁹ v. *supra*, § 5 del presente capitolo.

²⁶⁰ v. *supra*, § 2 del presente capitolo.

²⁶¹ v. *supra*, § 5 del presente capitolo.

²⁶² v. *supra*, § 6. d) del presente capitolo.

Questi i punti fermi della nostra analisi. Orbene, è possibile, in aderenza alle conclusioni così raggiunte, rinvenire nel rimedio della nullità di protezione gli elementi utili al fine di realizzare gli scopi prefissati, ciò in considerazione dei caratteri di relatività e di parzialità che la contraddistinguono. Si è infatti notato che, in aderenza al principio di conservazione del contratto, la figura della nullità di protezione consente di evitare una caducazione pressoché certa del contratto stesso e di mantenerne in vita le parti non inficiate dalla violazione.

Il Codice del Consumo, oggi, sembra costituire, come si è evidenziato nelle pagine precedenti, lo statuto centrale di tale figura, la quale si pone non tanto come un istituto eccezionale rispetto alla nullità di diritto comune, quanto piuttosto come un'ipotesi speciale, suscettibile di applicazione analogica²⁶³. L'applicabilità di tale istituto nel caso del contratto a valle appare, a mio avviso, la soluzione più adatta, anche in considerazione dell'innegabile parallelo che può riscontrarsi tra le esigenze poste alla base del decreto del 2005 e quelle connesse alla rimozione degli effetti dannosi del contratto esecutivo dell'intesa nulla²⁶⁴.

Non mancano, in materia, esponenti della dottrina che hanno ritenuto di poter risolvere la questione della sorte del contratto a valle mediante il ricorso alla nullità di protezione²⁶⁵. Il carattere della

²⁶³ In tal senso cfr. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 20; GIOIA, *Vecchie intese e nuove nullità*, cit., p. 23.

²⁶⁴ Spunti in tal senso possono trarsi anche da opinioni dottrinali antecedenti all'entrata in vigore del codice del consumo. In tal senso cfr. FALCONE, *Ancora sull'invalidità dei contratti "a valle" per contrasto delle "norme bancarie uniformi" con la disciplina antitrust* (nota a Trib. Torino, 16 ottobre 1997 e Trib. Milano, 25 maggio 2000), in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, p. 109, il quale affermava che "i giudici nazionali in futuro avranno sempre più ad esprimersi – piuttosto che sulla pretesa nullità derivata delle clausole contenute nei contratti a valle – sull'inefficacia delle (medesime) clausole, alla luce dell'art. 1469-bis ss. c.c., che consentono una più immediata tutela degli interessi del cliente consumatore".

²⁶⁵ Cfr. BERTOLOTTI, *Illegittimità delle norme bancarie uniformi*, cit., p. 345; PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e diritto comunitario*, Napoli, 2002, p. 7; POLIDORI, *Discipline*

destinazione dell'istituto a garanzia dell'interesse del solo soggetto realmente interessato, il consumatore o contraente debole che dir si voglia, con il conseguente regime di derogabilità della disciplina solo in senso più favorevole a quest'ultimo, rafforzano, invero, la tesi in esame.

I caratteri della nullità di protezione sono già stati passati in rassegna²⁶⁶. Vale la pena, in questa sede, indugiare ancora sui profili di relatività e di parzialità, onde poter confermare che si tratti dello strumento più utile ai nostri fini. Il profilo della relatività della nullità di protezione²⁶⁷, per quanto "autorizzato" dalla salvezza contenuta nell'art. 1421 c.c., costituisce carattere tipico di tutte le previsioni protettive, in quanto è sancito in ognuna di esse che la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore (o dal cliente), con ciò giungendo a delineare una figura di nullità a sé stante, una sorta di sanzione alternativa alla nullità vera e propria, che, peraltro, sembra fare al nostro caso.

Parallelamente, in considerazione delle citate ipotesi normative in cui la rilevabilità d'ufficio è fatta salva unitamente alla legittimazione relativa, e tenuto conto che nelle previsioni in cui non è esplicitamente richiamata essa valga in ogni caso, dovendosi ritenere che la salvezza ex art. 1421 c.c. non faccia ad essa riferimento, si può in linea di massima sostenere che il contratto a valle può essere dichiarato nullo in conseguenza dell'iniziativa d'ufficio del giudice civile alla cui attenzione venga portata la clausola viziata²⁶⁸. Non sembrano, in proposito accoglibili

della nullità e interessi protetti, Napoli, 2001, p. 39, DELLI PRISCOLI, *Le restrizioni verticali della concorrenza*, cit., p. 159; GIOIA, *Vecchie intese e nuove nullità*, cit., p. 3.

²⁶⁶ v. *supra*, capitolo II, § 5.

²⁶⁷ Prima dell'avvento delle recenti figure legislative di nullità di protezione, lo stesso concetto di nullità relativo era oggetto di contestazione. Si vedano, in materia, SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia (Dir. priv.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1988, p. 11; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 247.

²⁶⁸ v. *supra*, capitolo II, § 4.

le obiezioni di chi sostiene che la rilevabilità d'ufficio sia incompatibile con la nullità di protezione, poiché se è vero che si tratta di un rimedio azionabile dal solo contraente interessato, non si può negare che la rilevabilità d'ufficio costituisca un principio di ordine pubblico in tema di nullità, non derogabile mediante diversa disposizione. Peraltro, anche in considerazione delle previsioni di nullità di protezione in cui essa è fatta salva, sembra che la facoltà di rilevare d'ufficio il vizio sia coerente con la natura dell'interesse, pur personale, che la legge vuole tutelare, un interesse che è di primaria importanza e che può essere identificato con una posizione giuridicamente forte: il diritto alla giustizia, correttezza e trasparenza della contrattazione d'impresa²⁶⁹. È questo il bene che si intende tutelare.

Quanto al carattere di parzialità della nullità di protezione, si ritiene che esso rappresenti un elemento necessario della stessa. Prendendo spunto dalla previsione contenuta nell'art. 124, comma 5, del Testo Unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia (D.lgs. n. 385 del 1993), si evidenzia come la nullità di protezione contenga in sé una deroga al regime generale sancito dall'art. 1419 c.c., ove è prevista la possibilità che la nullità di una singola clausola o di una sola parte del contratto possa propagarsi all'intera pattuizione in virtù del carattere di soggettiva essenzialità della parte colpita dalla sanzione. Nella norma speciale indicata, invece, si stabilisce che anche in caso di nullità di singole clausole contrattuali, il contratto resta in piedi per la restante parte, opportunamente colmata mediante la disciplina legale suppletiva, ciò

²⁶⁹ Secondo l'art. 2, comma 2, lett. e), ai consumatori ed agli utenti è riconosciuto, come diritto fondamentale, tra gli altri, quello alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali.

indipendentemente dalla considerazione dell'ipotetica volontà delle parti del negozio.

In piena aderenza con il dettato costituzionale, quindi, la nullità di protezione si pone quale strumento utile e necessario per realizzare l'esigenza di garanzia della sfera giuridica del consumatore leso dalla iniqua contrattazione a valle. Il bene giuridico protetto non può essere identificato con il diritto alla libera concorrenza, in quanto l'art. 41 Cost. è norma rivolta agli imprenditori, non anche ai fruitori di beni e servizi. Ma è proprio nella stessa norma costituzionale che si rinviene il fondamento giuridico della tutela del consumatore, laddove il limite dell'utilità sociale si pone quale supporto della protezione del diritto alla correttezza e trasparenza nell'attività contrattuale, diritto che si è riconosciuto quale oggetto di tutela della nullità di protezione.

Si giunge così a sostenere che la tutela della concorrenza è soltanto una delle chiavi di lettura della normativa *antitrust*, la quale, come la recente giurisprudenza ha evidenziato, è indirizzata anche a fornire adeguata protezione agli interessi degli altri soggetti del mercato, i consumatori. Nella disciplina citata, peraltro, la protezione del consumatore è ravvisata nell'art. 33, comma 2, che, in materia di competenza giurisdizionale, non esaurisce la tutela sul piano risarcitorio, ma si riferisce testualmente alle azioni "di *nullità* e di risarcimento". Pertanto, in aderenza con la individuata *ratio* della disciplina, si può sostenere che il consumatore, legittimato ad agire a tutela dei suoi diritti indirettamente lesi dalla violazione anticoncorrenziale, possa far valere la

propria posizione giuridica mediante l'azione di nullità del contratto a valle²⁷⁰.

Non sono pochi gli elementi che confermano questa ricostruzione, elementi di cui è il caso di fare menzione. In primo luogo, si invoca ancora una volta il testo dell'art. 2 della legge *antitrust*, ove si sancisce la nullità "ad ogni effetto" dell'intesa, disposizione quest'ultima che va letta, a mio avviso, in parallelo con quella contenuta nel citato art. 33, comma 2, ove si fa riferimento anche alle azioni di nullità. Si può ritenere che l'espressione "ad ogni effetto" costituisca il supporto logico dell'azione del consumatore sul contratto a valle, naturale esplicazione della pratica vietata, azione che può quindi avere quale oggetto la nullità, anche se parziale, di tale contratto. L'art. 33, infatti, è ritenuto, dalla Suprema Corte, azionabile anche dai consumatori.

In secondo luogo, viene in rilievo una possibile rilettura del testo della pronuncia delle Sezioni Unite del 2005, laddove afferma che la *ratio* della dichiarazione di nullità ex artt. 2 e 33 è quella di "togliere alla volontà anticoncorrenziale a monte ogni funzione di copertura formale dei comportamenti a valle", e pertanto di impedire il conseguimento del frutto dell'intesa consentendo anche nella prospettiva risarcitoria l'eliminazione dei suoi effetti. Il tenore letterale della pronuncia sembra

²⁷⁰ Nella diversa fattispecie dell'abuso di posizione dominante risulta più agevole ricostruire la nullità dei contratti a valle. Cfr. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., p. 340, che afferma: "nel caso dell'abuso di posizione dominante, non possono sussistere dubbi sul fatto che il precetto normativo imperativo, tanto nel diritto comunitario (art. 86) quanto nel diritto nazionale (art. 3, l. n. 287/1990), sia direttamente afferente al comportamento idoneo a causare l'invalidità e non determini in alcun caso un passaggio di secondo grado. Così, se è vero che il divieto di cartello produce, per esplicita previsione normativa la nullità del cartello, ma potrebbe non produrre la nullità dei contratti conclusi dagli aderenti al cartello medesimo con la loro rispettiva clientela; il problema non sussiste in relazione alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante, nel quale il precetto imperativo direttamente individua il comportamento vietato nella pratica abusiva (ad es. le condizioni di prezzo ingiustificatamente gravose).

reagire sulla sorte non solo dell'intesa quanto anche del contratto a valle, con ciò determinando, anche in assenza di un collegamento negoziale, un effetto "a cascata" della nullità dell'intesa. Anche fuori dall'area della tesi che propugna l'invalidità derivata, si suole dire che la nullità dell'intesa è la nullità del contratto a valle, essendo, quest'ultimo, elemento costitutivo della complessa fattispecie concorrenziale²⁷¹.

In terzo luogo, i caratteri di relatività e parzialità della nullità di protezione costituiscono elementi di funzionalizzazione della sanzione agli scopi perpetrati con la normativa *antitrust*. Se si vuole proteggere anche il consumatore, ciò non vuol dire che si voglia distogliere lo sguardo dalla realtà dei fatti, lasciando nelle sue mani uno strumento troppo forte, dagli effetti devastanti. Invero, se da una parte l'esclusione della legittimazione assoluta evita l'insorgenza di una massa incontrollata di obbligazioni restitutorie in capo all'impresa collusa, il che ne determinerebbe certamente il collasso, con danno altresì per l'efficienza della produzione e per i consumatori stessi, dall'altra parte l'applicabilità del principio di parzialità della nullità consente al consumatore di agire al fine di porre nel nulla la sola clausola o parte del contratto a valle che lo danneggia, senza per questo lasciar travolgere dall'invalidità l'intera pattuizione: il suo scopo è quello di trattenere il bene e di eliminare l'ingiustizia, scopo che sembra in tal modo realizzabile.

Infine, per non disattendere il principio espresso dalla Suprema Corte, va detto che il profilo della tutela risarcitoria di cui si è detto, che viene ritenuta l'unica strada percorribile per perequare il rapporto

²⁷¹ Cfr. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust* (nota a Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475), in *Foro it.*, 2003, p. 1129, secondo cui, spesso, quello che si suole definire contratto a valle è in realtà ancora intesa vietata: "l'intesa [...] trova sicura manifestazione fenomenica nei contratti apparentemente a valle, in realtà essi stessi comportamento anticoncorrenziale".

squilibrato, pur mostrando consistenti difficoltà applicative nel caso di specie, sembra dover trovare ancora riconoscimento. Si pone allora un dubbio. Se il contratto a valle è nullo come può esso generare obbligazioni risarcitorie? A dire il vero, in questo caso occorrerebbe chiedersi, a monte, se non sia illogico aver previsto il rimedio risarcitorio nell'impianto *antitrust*: il risarcimento, quale mezzo di tutela, è connesso, a prima lettura, alla violazione commessa con l'intesa, non con il contratto a valle²⁷². Anche in quel caso la contraddizione sarebbe evidente: un atto nullo non produce effetto poiché la nullità lo cancella con effetto retroattivo reale. Se così non è nella legge *antitrust* è forse perché si è ritenuto che l'intesa, anche se nulla, abbia una sorta di ultrattività, quantomeno per consentire la reintegrazione in via d'azione del danno patito dai concorrenti e dai consumatori. Ecco che si incorre in un nuovo elemento di anomalia della nullità delle intese: essa non sembra produrre il classico effetto retroattivo reale tipico della disciplina di diritto comune. Ma, al di là di questa valutazione, si deve ritenere che il consumatore possa cumulare le azioni di nullità e di risarcimento con riferimento al contratto a valle²⁷³. Si tratta di una nullità parziale, che quindi lascia in vita parte della pattuizione esecutiva dell'intesa nulla. È ovvio, in ogni caso, che il risarcimento non potrà essere fondato sull'interesse negativo, come

²⁷² Sostiene la tesi della incompatibilità tra responsabilità aquiliana e invalidità negoziale NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 342 ss.

²⁷³ Cfr. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corriere giur.* 2005, p. 337 ss., la quale afferma che "nella materia di cui si discorre v'è spazio per entrambe le azioni: quella di nullità derivata, quante volte l'oggetto che nasce illecito nel primo contratto che dà corso alle intese rimanga tale lungo l'intera catena negoziale; e quella di risarcimento del danno extracontrattuale, in via sussidiaria quante volte non vi sia spazio per la prima forma di tutela [...] o si voglia convenire in giudizio un soggetto diverso dal proprio contraente diretto, al quale non può essere imputata alcuna responsabilità [...] neppure seguendo la falsariga delle azioni di garanzia nelle vendite a catena".

nella classica responsabilità precontrattuale, ma soltanto su quel plusvalore economico derivante dall'inasprimento delle condizioni contrattuali praticate dall'imprenditore colluso, plusvalore di cui il consumatore si riappropria non solo in virtù delle consequenziali obbligazioni restitutorie scaturenti dalla nullità, quanto anche mediante il riconoscimento di un potere di far valere elementi obbligazioni risarcitorie accessorie quali gli interessi, nonché obbligazioni di altro titolo connesse alla temporanea mancanza di disponibilità patrimoniale causata dall'esborso eccessivo in sede di sottoscrizione del contratto a valle.

Nullità, quindi, dei contratti "a valle". Indipendentemente dalla causa, si deve concludere quindi che essa consista in un'altra forma di *nullità relativa di protezione*, una nullità speciale la cui anomalia sta nel fatto che in essa viene meno, rispetto allo statuto generale, il principio di legittimazione assoluta all'azione di cui all'art. 1421 c.c., e in cui vi è deroga al regime di parzialità della nullità ex art.1419 c.c. .

Si può, pertanto, concludere che la fattispecie di cui all'art. 2 della legge *antitrust* rappresenta un'ipotesi di nullità anomala sia sotto il profilo "statico", attinente alla mera realizzazione dell'intesa, rispetto alla quale la nullità opera *ipso iure* quasi come una sanzione di diritto pubblico, caratterizzata dalle citate deviazioni dalla disciplina generale (si pensi in particolare alle citate questioni in tema di sanabilità e di irretroattività reale degli effetti), sia sotto il profilo "dinamico" della contrattazione "a valle", ove la nullità opera su istanza del solo contraente interessato, secondo lo speciale meccanismo di legittimazione relativa, e colpisce solo la parte del contratto affetta dal vizio, lasciando in parallelo la possibilità al consumatore di ottenere un adeguato ristoro del danno patrimoniale

subito a causa della sottoscrizione di un contratto ingiustamente squilibrato.

SEZIONE TERZA

CONCLUSIONI

CAPITOLO V

PREMESSE PER UN RIPENSAMENTO DELLA CATEGORIA GENERALE DELLA NULLITÀ

1. *STATUTI SPECIALI DI NULLITÀ. LA NULLITÀ DI PROTEZIONE. UNA NUOVA CONCEZIONE DELLA NULLITÀ DI DIRITTO COMUNE.*

Nell'ottica di adeguamento alle istanze provenienti da svariati settori dell'economia, in particolar modo da quello cui fanno capo i contraenti deboli, la sanzione civilistica della nullità è stata assorbita in un vortice di cambiamenti che ha finito per stravolgerne la struttura e per snaturarne la funzione, ed è perciò corretto quanto affermato da autorevoli esponenti della dottrina²⁷⁴ che escludono la sussistenza di un regime generale della nullità civilistica cui si affiancherebbero mere previsioni di nullità speciale in determinate aree giuridiche: è più realistico ed aderente al dato legislativo parlare di pluralità di statuti di nullità²⁷⁵.

È legittimo dubitare che esista ancora lo statuto generale della nullità: la sanzione sembra infatti aver subito profonde variazioni che le hanno sottratto il ruolo di strumento di protezione del rispetto dei principi

²⁷⁴ SCHLESINGER, *La nullità oggi: una pluralità di statuti?*, lezione del 28 novembre 2007, presso il Collegio Ghislieri – Pavia. Si veda in tal senso anche PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità*, cit., p. 403.

²⁷⁵ GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corriere giur.*, 1999, n. 5, p. 610, secondo cui la frantumazione dei vari tipi di nullità, previste in singoli e diversi testi legislativi, rappresenta un segnale di passaggio dalla "concezione monolitica della nullità ad una costruzione variegata e diversificata di nullità, ciascuna innervata su un diverso rapporto contrattuale dal quale è condizionata, sia per la funzione e, a volte, anche per la disciplina".

fondamentali posti a tutela dell'interesse comune. Il legislatore del 1942, come si è potuto notare, aveva previsto numerose "salvezze" all'interno della disciplina di cui agli artt. 1418 ss. c.c., unanimemente riconosciuta come la regolamentazione generale da applicare alla nullità laddove mancassero precetti *ad hoc*. Tuttavia, le numerose disposizioni legislative sopravvenute che prevedono delle nullità speciali facendo uso delle suddette "salvezze" finiscono per restituire all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale una nozione dai contorni non più definiti: voler parlare di nullità con riferimento alle numerose fattispecie previste dalle leggi speciali implica l'esigenza di operare numerose concessioni in relazione alle esigenze del caso. È chiaro tuttavia che, seguendo questo metodo, della nullità tradizionale resta ben poco.

Il principale spunto di riflessione è rappresentato dal nuovo meccanismo di tutela del contraente debole che si risolve nella nullità cd. di protezione, la cui denominazione, come si è visto, è stata anche esplicitamente recepita dal legislatore nel Codice del consumo in relazione alla sorte delle clausole vessatorie contenute nei contratti standardizzati. Tale tipo di nullità si innesta nel percorso più ampio già tracciato, anche se in modo molto più flebile, dalla cd. "nullità relativa", caratterizzata dalla deroga al principio della legittimazione generale all'azione. Non è possibile, tuttavia, identificare la nullità di protezione con la nullità relativa: come disposto dal citato art. 36 del Codice del consumo, rubricato espressamente "*nullità di protezione*", e che si è ritenuto debba costituire una sorta di statuto generale di tale particolare categoria di invalidità, la sanzione "opera solo a vantaggio del

consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice"²⁷⁶. Nell'ottica di un ordine pubblico di protezione, il legislatore regolamenta, più che il tipo contrattuale, il rapporto economico caratterizzato dalla disparità di posizioni tra i soggetti coinvolti: l'esigenza di tutelare la parte debole del rapporto dà luogo ad una costruzione dell'invalidità che finisce col manipolare il tipo di tutela, e, pertanto, il contratto stesso finisce per essere conformato a tali esigenze²⁷⁷.

In quest'ottica, la nullità si pone quale nuovo strumento di protezione e dismette il classico ruolo della sanzione civile, finalizzata a dissuadere il contraente forte da determinati comportamenti, che integrano non tanto gli estremi di una condotta vietata da norme imperative, quanto quelli dell'abuso di un diritto pattiziamente attribuito, ossia in base ad un contratto le cui clausole il contraente debole non poteva esimersi dal sottoscrivere²⁷⁸.

²⁷⁶ Come si è visto (v. *supra* capitolo II, § 4) la dottrina prevalente ritiene salva, nella nullità di protezione, quale principio di ordine pubblico, la rilevabilità d'ufficio: cfr. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Milano, 2003, p. 59; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 97; GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1342. Opinione contraria è manifestata sul punto da QUADRI, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1177; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 188.

²⁷⁷ Ruolo determinante in proposito è svolto dagli obblighi di informazione e di trasparenza, nonché dall'obbligo di forma scritta. In tal senso, GIOIA, *Nullità di protezione*, cit., p. 611.

²⁷⁸ GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 531; IRTI, *La nullità come sanzione civile*, cit., p. 541.

2. *L'EROSIONE DELLA DISCIPLINA DELLA NULLITÀ DI DIRITTO COMUNE.
SPUNTI PER UN RIPENSAMENTO DELLA CATEGORIA.*

Le riflessioni sin qui svolte consentono di evidenziare i limiti della recente legislazione speciale. Senza volersi per questo avventurare lungo l'impervio sentiero delle valutazioni di politica legislativa e delle indagini concernenti la qualità della produzione normativa, non si può fare a meno di notare che le categorie dogmatiche così come delineate nella codificazione meno recente non hanno più quel rigore e quella linearità che le distingueva in passato.

Anche le fonti comunitarie rafforzano la tesi qui sostenuta. Si tenta infatti di conciliare la libertà di iniziativa economica con la libertà di scelta dell'acquirente: occorre svincolarsi dai rigidi dogmi della teoria del negozio giuridico e giungere ad un ripensamento delle categorie dell'invalidità, in virtù del proliferare delle nuove fattispecie di nullità adattate agli interessi del caso. Il modello europeo, infatti, elabora una figura della nullità la cui *ratio* ispiratrice è strettamente connessa alla natura ed al rilievo socio economico degli interessi di volta in volta tutelati. Non è più possibile parlare di disciplina generale in contrapposizione a discipline eccezionali, dovendosi ridimensionare il confine tra le normative in esame²⁷⁹.

Le nullità speciali, dunque, sembrano capaci di aprire una breccia nella ricostruzione del diritto dei contratti, demolendo i cardini dello statuto generale e cancellando la figura monolitica della nullità negoziale. Esse, infatti, danno luogo a nuove figure di invalidità ovvero a fattispecie

²⁷⁹ Cfr. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, Relazione al XXXIX Convegno nazionale del notariato, Milano, 2002, p. 233; SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 503.

che possono addirittura non risolversi nell'invalidità. A tal uopo è sufficiente riprendere le considerazioni effettuate nel terzo capitolo in relazione all'analisi di alcune delle più interessanti fattispecie giuridiche di nullità di diritto commerciale.

Si è infatti visto che la nullità della società per azioni risponde più alla logica dello scioglimento della società che a quella della sanzione invalidante. La nullità delle delibere assembleari appare come una forma di invalidità *sui generis* incentrata sull'esigenza di conformazione al principio di conservazione. La nullità dei patti parasociali nelle società quotate appare qualificabile come inefficacia e non tanto come invalidità.

Valutazioni, queste, che contribuiscono a configurare la nullità negoziale di diritto comune come un istituto in fase di "erosione". Ciò in quanto le peculiarità della disciplina generale vengono disattese in maniera pressoché sistematica. Non ultimo tassello del mosaico, inoltre, è la primavera della nullità di protezione, che risponde ad istanze diffuse e adatta la categoria generale alla realtà dei traffici. Ma il dubbio è spontaneo: se occorre proteggere categorie individuate, al di là delle numerose voci che invocano l'avvento delle *class actions* nel nostro ordinamento, non è forse eccessivo ricorrere alla sanzione estrema?

Sarebbe, a tal proposito, non azzardato pensare ad un tentativo di rinvigorire il ruolo della semplice annullabilità, per sua natura relativa, suscettibile di convalida, prescrittibile, e deputata alla tutela di interessi particolari e di rilievo inferiore. Il principio della tipicità dei vizi costituisce, però, un ostacolo insormontabile. È sì vero che il legislatore, entro i limiti del rispetto dei valori costituzionali, potrebbe operare in tal senso, ma si tratta di valutazioni che non è dato effettuare nella presente trattazione.

Piuttosto, al fine di sciogliere il nodo della nuova classificazione della nullità negoziale, è il caso di ricercare un criterio guida che consenta di interpretare correttamente le ipotesi speciali di nullità e di collocarle adeguatamente nella logica del sistema. Tale criterio non può che essere quello di *parametrare il tipo di rimedio invocabile alla natura dell'interesse tutelato*. A tal proposito, forse, pur essendo consapevole della difficoltà di distogliere lo sguardo dal dato normativo, almeno per quanto riguarda le fattispecie esaminate nel terzo capitolo, è possibile, a mio avviso, interpretare le regole dettate in tema di nullità di protezione come un nuovo statuto, parallelo a quello comune, che ha ad oggetto la tutela del bene, facente capo al contraente debole, della equità e correttezza negoziale. Tale valutazione consentirebbe di salvare la nullità di cui allo statuto generale poiché, configurando un sistema cd. "binario" della nullità nell'ordinamento civilistico, permetterebbe di svincolare la nullità di protezione dalla nullità di diritto comune e le evidenziate anomalie di disciplina finirebbero con l'assumere un peso meno rilevante.

In altri termini, le analizzate nullità speciali di cui agli artt. 2332, 2379 c.c. e 122 del T.U.F. si pongono quali forme peculiari di invalidità non riconducibili alla normativa generale, ciò in quanto le caratteristiche specifiche di disciplina ne fanno degli istituti *sui generis*. La nullità delle intese restrittive della concorrenza, *rectius* l'accolta nullità dei contratti a valle si pone, invece, quale espressione della recente figura della nullità di protezione, che è configurabile quale statuto parallelo di nullità.

Le classificazioni, tuttavia, non sono di per sé sufficienti a fare luce sul fenomeno dell'erosione della nullità civilistica. Il criterio guida innanzi indicato, quello che spinge a commisurare la sanzione all'interesse da tutelare, farebbe pensare, per contro, che nei settori in cui viene in rilievo

l'esigenza di proteggere categorie determinate di soggetti giuridici, come avviene nell'area della tutela del consumatore, sarebbe forse più adatto ricorrere a sanzioni alternative alla nullità, o meglio, se si vuole, a rimedi non connessi all'area dell'invalidità. Tali rimedi potrebbero essere quelli di tipo risarcitorio, ma rafforzati da un'inversione dell'onere della prova che consentirebbe al contraente debole di realizzare in maniera più sicura e fattiva la propria tutela. È il caso della recente disciplina della responsabilità degli intermediari finanziari dettata dal T.U.F., ove, all'art. 23, comma 6, è stabilito che nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento, spetta agli intermediari l'onere di provare di aver agito con la specifica diligenza richiesta²⁸⁰.

3. L'INESORABILE CRISI DELLA NULLITÀ NEGOZIALE.

È necessario, a questo punto, tirare le somme, nella piena consapevolezza dell'impossibilità di dare una risposta esaustiva ai quesiti posti in premessa, e rinviando ad un futuro eventuale approfondimento della materia in esame.

Dall'analisi delle fattispecie prese sin qui in considerazione è emerso un problema di fondo. Individuate alcune categorie di nullità speciale che presentano anomalie e deviazioni dallo statuto generale, si è

²⁸⁰ Si è visto (Capitolo IV, § 6. d) che l'inversione dell'onere della prova potrebbe essere accolto in relazione alle azioni risarcitorie in materia in base all'applicazione analogica dell'art. 2600, comma 3, c.c., in materia di concorrenza sleale.

ricercato un filo conduttore comune, che potesse fungere da guida nella ricerca di una risposta ai suddetti quesiti.

Il legislatore spesso ricorre alla categoria della nullità in maniera impropria. Come è evidente, molte nullità speciali di diritto commerciale hanno forse soltanto il *nomen iuris* della nullità, ma costituiscono, a quanto pare, sanzioni "atipiche", o, se si vuole, forme di invalidità *sui generis*. L'impiego del termine "nullità", allora, crea il forte rischio che della sanzione generale di cui agli artt. 1418 e ss. c.c. resti davvero poco e che sia privata della sua forza dissuasiva, della capacità di tutela di valori fondamentali, dell'efficienza nel colpire irrimediabilmente ed in perpetuo le pattuizioni negoziali illecite²⁸¹.

Bisogna, allora, chiedersi se le recenti prospettive di tutela del consumatore possano legittimare una rilettura della sanzione, ciò in quanto, allo stato attuale, la valutazione degli interessi protetti dalle norme codificate sembra essere rimessa non tanto all'elaborazione

²⁸¹ Esempio evidente del carattere tendenzialmente atecnico della recente legislazione è fornito dall'art. 49, comma 10, del D.lgs. n. 231 del 21 novembre 2007, in materia di antiriciclaggio, ove è stabilito che la girata apposta su assegni bancari, postali, assegni circolari o vaglia cambiari e postali, rilasciati in forma libera, ovvero senza la clausola prestampata di non trasferibilità, deve recare il codice fiscale del girante *a pena di nullità*. Probabilmente il legislatore non ha tenuto presente la disciplina generale in materia di titoli di credito all'ordine, ove è stabilita (art. 2010 c.c.) la nullità della girata parziale e dove si considera come non apposta la girata sottoposta a condizione. Nello statuto generale, infatti, si connette la sanzione estrema soltanto ad ipotesi relative a vizi di contenuto, non a meri vizi di forma. Si pensi, poi, a quanto stabilito nelle vigenti leggi sulle cambiali (artt. 16 e 17 del r.d. 14 dicembre 1933 n. 1669) e sugli assegni (artt. 18 e 19 del r.d. 21 dicembre 1933 n. 1736), che dispongono la validità della girata in bianco e comminano la sanzione della nullità solo per il caso di parzialità della medesima ovvero, solo in materia di assegno bancario, per il caso in cui essa venga apposta dalla banca trattaria. Tali previsioni generali inducono a ritenere decisamente impropria la disposizione che sancisce la nullità della girata in caso di mancata indicazione del codice fiscale del girante: la ragioni sottostanti alla normativa antiriciclaggio non sembrano giustificare una previsione così rigida. L'improprietà del richiamo alla sanzione della nullità è quindi manifesta.

legislativa, quanto piuttosto a quella degli interpreti. La duplice angolazione da cui occorre analizzare le nuove nullità è quella che presuppone la conciliazione tra le contrapposte esigenze di protezione della libera determinazione del consumatore e di fissazione di precisi limiti alla facoltà di contrattazione da parte dei contraenti più forti.

Quest'ultima prospettiva sembra ricevere diffuso riconoscimento nell'analizzata categoria della nullità di protezione. Ma le difficoltà interpretative connesse alla rilevante distanza tra il nuovo istituto e la disciplina generale rendono il percorso interpretativo decisamente più arduo.

Infatti, nonostante sia recuperabile un fondamento logico alla previsione della nullità in tutte le ipotesi elaborate nella legislazione vigente – fondamento riscontrabile nelle diffuse esigenze di sicurezza dei traffici, della certezza dei rapporti giuridici, della tutela dell'affidamento – deve rimarcarsi l'anomalia stessa che è rappresentata dal fatto che tali nullità si discostano in maniera drastica, sotto il profilo strutturale e dinamico, dalla sanzione di cui agli artt. 1418 e ss. c.c. . Ciò conduce ad una ulteriore considerazione. Come si è potuto notare, nella recente legislazione civile e commerciale vi è una proliferazione di fattispecie speciali di nullità che, a ben vedere, nullità non sono. L'impiego del termine "nullità", allora, crea un forte rischio. Cosa rimane della generale sanzione di cui agli artt. 1418 e ss.? O meglio, quanta forza dissuasiva, quanta capacità di tutela di valori fondamentali, quanta efficienza nel colpire irrimediabilmente ed in perpetuo le pattuizioni negoziali illecite deve ancora riconoscersi alla nullità generale di diritto privato? È dunque reale il rischio di una "perdita di credibilità" di tale sanzione civile, di una "crisi" dell'istituto?

Questa risposta dell'ordinamento, l'applicazione della sanzione di nullità, dovrebbe essere data solo in casi estremi, a tutela di valori fondamentali e di principi informatori, e non certo quando si tratta di proteggere categorie determinate o addirittura singoli soggetti interessati. In tali casi dovrebbero trovare applicazione rimedi di altro tipo, previsti proprio a tutela di tali interessi "minori". Eppure il legislatore preferisce ricorrere ad una nullità per così dire "modificata". È sì vero che i vizi possono essere di differente rilievo, e che gli interessi protetti possono rispondere a varie graduazioni di importanza. Tuttavia, laddove sorge l'esigenza di salvaguardare interessi particolari, afferenti a specifiche categorie (creditori, risparmiatori, consumatori), non ha molto senso prevedere gradazioni anche sotto il profilo della sanzione da applicare in relazione alle diverse violazioni, se si finisce poi in concreto per snaturare la più grave delle sanzioni trasformandola in una sorta di "invalidità intermedia".

In altre parole, prevedere nullità relative, sanabili, prescrivibili, non provocanti inefficacia retroattiva reale, contribuisce soltanto a demolire la stessa sanzione generale. Ed il fatto che tali nullità speciali siano così diffuse fa sorgere il dubbio che le norme che le prevedono non siano eccezionali, ma piuttosto speciali e suscettibili di essere impiegate per regolamentare fattispecie simili non regolate²⁸². Ma in tal modo si apre la

²⁸² Esempio pratico di tale tendenza è offerto dalla situazione che attualmente si riscontra nelle *delibere consiliari* di società di capitali. La riforma del 2003, innovando rispetto al passato, ha introdotto (art. 2388, commi 4 e 5, c.c.) un regime generale di impugnazione delle delibere consiliari invalide, facendo esplicito riferimento ai casi di annullabilità e tacendo in ordine alle ipotesi di nullità. Vi è già chi (FERRUCCI – FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, cit., p. 638) sostiene che in proposito sia possibile applicare analogicamente la disciplina speciale della nullità delle delibere assembleari di cui all'art. 2379 c.c. Ciò per ragioni di coerenza sistematica e per garantire la tutela delle minoranze, nonché per evitare il rischio di abusi da parte dell'assemblea, che, facendo affidamento sulla mancanza della sanzione della nullità,

strada della crisi della nullità. Se le ipotesi di invalidità non espressamente regolate dal legislatore possono essere disciplinate con l'applicazione analogica di tali norme speciali e non con il ricorso alla disciplina generale, ci si chiede quale sarà la sorte di tale statuto centrale, che, a questo punto, sembra essere indebolito ed in parte privato della sua capacità di tutela degli interessi fondamentali della collettività.

potrebbe aggirare il dettato legislativo, delegando al consiglio di amministrazione il compito di adottare delibere che, se prese in sede assembleare, sarebbero state dichiarate nulle. Il ragionamento è coerente e logico, e costituisce una rilevante prova di quanto si è affermato circa la presunta crisi della nullità nel sistema del diritto privato.

BIBLIOGRAFIA

AFFERNI, *Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale? (Ancora su Cass. sez. I 1 febbraio 1999, n. 827)*, in *Giur. it.*, 2000, p. 941

AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato: commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al D.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74*, Padova, 1994

AGRESTI, *La disciplina della nullità*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi – Castaldi, vol. III, Milano, 1996, p. 1905

ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, p. 1179

ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Milano, 2003

ALESSI – OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, p. 16

ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma – Bari, 1990

ALPA, *La concorrenza negoziale e le clausole vessatorie*, in *Contratti*, 1995, p. 469

AMICO, *Intese e pratiche lesive della concorrenza: alla ricerca di un modello europeo per le azioni di risarcimento danni*, in *Contratti*, 2005, n. 4, p. 403

AMOROSINO – RABITTI BEDOGNI, *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2004

ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, I, p. 61

ATELLI, *Patti parasociali*, in *Il Testo Unico della intermediazione finanziaria. Commentario al D.lgs. 24 febbraio 1998, n.58*, a cura di Rabitti Bedogni, Milano, 1998, p. 672

AUTERI, *Nullità e autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale*, in *Riv. dir. ind.*, 1996, I, p. 69

AZZARO, *Intese restrittive della concorrenza e (contr)atti in danno dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, p. 339

BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 17

BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 397

BASTIANON, *Nullità "a cascata"? Divieti antitrust e tutela del consumatore* (nota a Cass., 11 giugno 2003, n. 9384), in *Danno e resp.*, 2003, p. 1067

BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 555.

BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991

BERRUTI, *La concorrenza sleale nel mercato. Giurisdizione ordinaria e normativa antitrust*, Milano, 2002

BERRUTI, *Le intese anticoncorrenziali vietate*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 397

BERTOLOTI, *Illegittimità delle norme bancarie uniformi per contrasto con le regole antitrust, ed effetti sui "contratti a valle": un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto*, in *Giur. it.*, 1997, p. 351

BERTOLOTI, *Ancora su norme antitrust e contratti "a valle"*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1876 ss.

BERTOLOTI, *Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust: una questione aperta*, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 173 ss.

BERTOLOTI, *Qualche ulteriore considerazione su intese vietate, contratti a valle e sanzione di nullità*, in *Giur.it.*, 2002, II, p. 1212

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1952, p. 468

BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000

BIANCHI, *Nullità e annullabilità del contratto*, Padova, 2002

BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile. Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986

BOCCHINI, *Tutela del consumatore e mercato*, in *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti dei consumatori*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 783 ss

BONFILIO - MARICONDA, *L'azione di nullità nei contratti in generale*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, 1991, IV, p. 463

BORGIOLI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977

BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e problemi*, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Roma, 1996

BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000

BUONOCORE, V., *Gli effetti sulle operazioni bancarie della nuova disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 237

CALICE, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali*, in *Riv. Not.*, 2005, I, p.51

CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgevertrage)*, in *Contratti*, 2005, p. 181

CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 703

CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, vol. I, Milano, 1988

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1999

CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974

CASSINIS – FATTORI, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in *Contratti*, 2001, p. 421

CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29

CASU, *Il nuovo codice dei beni culturali: aspetti generali e problematiche*, in *Notariato*, 2005, p. 203

CASU, *Inesistenza, nullità e annullabilità delle delibere assembleari*, in *Riv. Not.*, 1999, 9, p. 1553

CATELLI, *Ancora sulle intese bancarie*, in *Dir. ind.*, 1996, p. 783

CHINI, *Nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza e suoi effetti sul contratto collegato*, in *Riv. giur. della circolazione*, 1999, p. 38

CIAN, *Società con azioni quotate: profili sanzionatori della disciplina dei patti parasociali nella riforma Draghi*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 773

COLANGELO, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust*, (nota a Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475), in *Dir. industriale*, 2003, p. 172

COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato delle s.p.a. a cura di Colombo e Portale*, Torino, 1994, p. 451

CONTE, *Osservazioni sul nuovo regime di disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Contratto e Impresa*, 2003, p. 664

CORAPI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 713

CORSINI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 667

COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2000

CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959

D'ALBERTI, *Tutela dei consumatori nella disciplina della concorrenza e della pubblicità*, in AA.VV., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2003, p. 167

D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in *Illiceità, meritevolezza, nullità* a cura di Di Marzio, Napoli, 2004, p. 11

D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37

D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 911

DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964

DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 833

DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa da parte del giudice ordinario*, (nota a Cass., 1 febbraio 1999, n. 827) in *Giur. comm.*, 1999, p. 231

DELLI PRISCOLI, *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Milano, 2002

DENOZZA, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 365

DE SANCTIS, *Contratto di edizione*, in *Giur. it.*, 1965, I, p. 497

DIENER, *Il contratto in generale, Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2002

DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 192

DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Bessone*, vol. XIII, Torino, 2002, p. 128

DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust.civ.*, 2000, II, pp. 465

DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999

DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, Napoli, 1984;

DI NANNI, *I negozi collegati nella recente giurisprudenza (note critiche)*, in *Dir. e giur.*, 1976, p. 130

DI VIA, *L'invalidità nei contratti tra imprenditori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, III, Padova, 1997, p. 745

DI ZILLO, *Omessa convocazione dei soci in assemblea e convocazione ad opera di soggetto non legittimato: riflessioni su annullabilità, nullità ed inesistenza della delibera assembleare alla luce del D.Lgs. n. 6 del 2003*, in *Riv. not.*, 2003, p. 1284

DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 797

DONISI, *Ricerche di diritto civile*, Napoli, 1991

FALCONE, *Ancora sull'invalidità dei contratti "a valle" per contrasto delle "norme bancarie uniformi" con la disciplina antitrust* (nota a Trib. Torino, 16 ottobre 1997 e Trib. Milano, 25 maggio 2000), in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, p. 99

FATTORI – DE VITA, *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante*, in *Temi e problemi*, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Roma, 1996

FATTORI – TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004

FAUCEGLIA, *L'istruttoria dell'Autorità in tema di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 257

FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 166

FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità* a cura di Di Marzio, Napoli, 2004, p. 86

FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 245.

FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966

FERRI, *Ordine pubblico*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1980, XXX, p. 1055

FERRONI (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998

FERRUCCI – FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, vol. I, Napoli, 2005

FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983

FLORIDIA – CATELLI, *Diritto antitrust. Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Torino, 2003

FRANCESCHELLI, *La nullità delle intese*, in *Riv. dir. ind.*, 1993, I, p. 430 ss.

FRIGNANI, *Intese, posizioni dominanti, concentrazioni*, in *Noviss. Dig., Appendice IV*, Torino, 1983, p. 359 ss.

FUSARO, *La nullità parziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, p. 33

GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 531

GALGANO, *Il contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e Impr.*, 2000, p. 919

GALGANO, *Nullità del contratto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1998, p. 110

GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, XXIX, Padova, 2003, p. 226

GAMBINO, *La tutela del consumatore nel diritto della concorrenza: evoluzioni ed involuzioni legislative, anche alla luce del d. lgs., 25 gennaio 1992, n. 74, in materia di pubblicità ingannevole*, in *Contr. e impr.*, 1992, I, p. 411

GARIBOLDI, *Le intese*, in *Concorrenza e mercato*, Milano, 1991

GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, p. 357

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006

GENOVESE, *Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. Società*, 1992, p. 681

GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005

GIACOBBE, *Frode alla legge*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1980, p. 73

GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1342

GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corriere giur.*, 1999, n. 5, p. 610

GIOIA, *Vecchie intese e nuove nullità*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 12

GIROLAMI, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008

GIUDICI, *Le intese*, in *AA.VV., Concorrenza e mercato: commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74 a cura di Afferni*, Padova, 1994, p. 55 e ss

GRIPPO, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato Rescigno*, XVI, Torino 1991, p. 423

GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali "a valle": alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, (nota a Trib. Roma, 20 febbraio 1997) in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 456

GUGLIELMO, *La nullità del contratto di società di persone*, in *Riv. not.*, 2005, p. 82

GUIZZI, *A proposito della nullità delle intese restrittive della concorrenza concluse prima dell'entrata in vigore della legge 287/90* (nota a Cass., 1 febbraio 1999, n. 827), in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 183

GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 67

GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, (nota a Giudice di Pace di Albano laziale, 10 settembre 2003), in *Foro it.*, 2004, p. 479

IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 541

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004

LA CHINA, *Sub Art. 33*, in *Concorrenza e mercato*, a cura di Alpa e Afferni, Padova, 1994, p. 647

LAURINI, *La verbalizzazione delle delibere assembleari*, in *Società*, 1993, p. 11

LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 245

LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 452

LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 667

LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano. Un bilancio dei primi dieci anni di applicazione della legge 287*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 491

LIBONATI, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione, (nota a Cass., 1 febbraio 1999), in Giur. it., 1999, p. 1223*

LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali, in Spontaneità del mercato e regole giuridiche, Relazione al XXXIX Convegno nazionale del notariato, Milano, 2002, p. 233*

LISANTI, *La nuova disciplina sui patti parasociali di società quotate dopo il regolamento CONSOB, in Società, 1999, p. 929*

LO SURDO, *"Accordo" contrattuale e "intesa" ai sensi della normativa antitrust, in Contratti, 2001, p. 299*

LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità, in Banca, borsa e titoli di credito, 2004, I, p. 177*

LUCARELLI, *Lesione di interessi e annullamento del contratto, Milano, 1964*

MANGINI, *La vicenda dell'antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n.287/90, in Riv. dir. industr., n. 1/1995, p.191*

MANGINI – OLIVIERI, *Diritto antitrust, Torino, 2000*

MANSANI, *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza tracciata dall'art. 2 della L. 287 del 1990, in Riv. dir. comm., 1995, p. 55*

MANTOVANI, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995*

MARCHETTI – UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 1997, p. 478

MARICONDA, *La nullità del contratto*, in *I contratti in generale. Effetti, invalidità e regolazione del contratto*, Torino, 1991, p. 355

MAZZONI, *I controlli sulle attività economiche*, in AA.VV., *La costituzione economica*, in *Tratt. Dir. comm., e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 1977, I, p. 322

MELI, *Il sistema sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza nell'ordinamento tedesco*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 259

MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1968, II, pp. 169

MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995

MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell'art.1469 quinquies, commi 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 565 ss

MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 669

MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685

MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nella s.p.a. (seconda parte): l'impugnazione*, in *Società*, 2003, p.673

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980

MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2002

NASTI, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*, (nota a Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475), in *Corriere giur.*, 2003, p. 343

NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 342

NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni Griffi e Ubertazzi, Bologna, 1993, p. 1452

NUZZO, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 308

OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 549

OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 32

OPPO, *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998

PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 337

PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*, (nota a Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475), in *Foro it.*, 2003, p. 1121

PALMIERI – PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori* (nota a Cass. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207), in *Foro it.*, 2005, p. 1016

PALUMBO, *Tutela del risparmiatore e doveri di protezione*, Napoli, 2008

PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contr. e Impr.* 1995, II, p. 485

PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, (nota a Giudice di Pace di Albano laziale, 10 settembre 2003), in *Foro it.*, 2004, p. 473

PARRELLA, *Antitrust e contratti bancari*, in *Dir. Banc.*, 1996, p. 539

PARRELLA, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1996, p. 531

PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995

PERA, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 2001

PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84

PILÀ, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2001

PINNARÒ, *I patti parasociali*, in *La nuova disciplina delle partecipazioni sociali delle società quotate*, Torino, 1999, p. 815

PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 389

PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Giur.it.*, 2003, p. 403

POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001

PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. comm.*, 1982, p. 407

PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 298

PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e diritto comunitario*, Napoli, 2002

QUADRI, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1177

RESCIO, *Assemblea dei soci. Patti parasociali*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, p. 118

RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, p. 433

ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977

ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 686

ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769

ROSSETTI, *Prime riflessioni sul nuovo codice delle assicurazioni*, in *Foro it.*, 2006, p. 108.

ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli e Jaeger, Milano, 1993, p. 66

ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, (nota a Trib. Alba, 12 gennaio 1995) in *Giur. it.*, 1996, p. 212

SACCO, *Le invalidità*, in *Obbligazioni e contratti. II*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1997, X, p. 559

SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, p. 293

SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004

SALAFIA, *I patti parasociali nella disciplina contenuta nel D.lgs. 58/1998*, in *Società*, 1999, p. 264

SANTONI, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società quotate*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 202

SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997

SARACINI, *Nullità e sostituzione automatica di clausole contrattuali*, Milano, 1971

SBISÀ, *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 69

SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 217

SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 492

SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 424

SCHLESINGER, *La nullità oggi: una pluralità di statuti?*, lezione del 28 novembre 2007, presso il Collegio Ghislieri – Pavia

SCHLESINGER, *Sul problema della responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 737

SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust* (nota a Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475), in *Foro it.*, 2003, p. 1129

SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro it.*, 2002, p. 84

SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Dir. Civ.*, Milano, 1977, p. 231

SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia (Dir. priv.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1988, p. 11

SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Annuario dir. comp. e studi legisl.*, 1951, p. 87

SCUFFI, *Azione collettiva a difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 153

SPAGNUOLO, *Commento all' art. 2379ter c.c.*, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 2/I, p. 386

SPAGNUOLO, *Commento all' art. 2434bis c.c.*, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 2/II, p. 857

SPENA, *Commento all'art. 2379bis*, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 2/I, p. 378

TAVASSI, *Il regolamento CE n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in *Dir. comm. scambi internaz.*, 2004, p. 315

TESAURO, *Diritto comunitario*, II edizione, Padova, 2001

TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 339

TOFFOLETTO – STABILINI, *Tutela giurisdizionale collettiva dei diritti dei consumatori e legge antitrust*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (legge 30 luglio 1998, n.281)*, a cura di A. Barba, Napoli, 2000

TOMMASINI, *Nullità (dir.priv.)*, in *Enc. Diritto*, vol. XXVIII, Milano, 1978, pp. 870

TRABUCCHI, *Arricchimento*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, p. 67

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XL ed., Padova, 2001

TUCCI, *Contratti di collocamento, patti parasociali e nullità sopravvenuta per omessa pubblicità*, in *Società*, 2000, p. 861

VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 20

VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese (diritto dei contratti e regole di concorrenza)*, Milano, 1983

VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 915 ss.

VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. Priv.*, 2003, p. 241 ss.

VIOLANTE, *Illecito antitrust e azione risarcitoria*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 14

ZENO-ZENOVICH, *Diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, p. 57

GIURISPRUDENZA

- Cass., 15 aprile 1959, n. 1110, in *Foro it.*, 1959, I, p. 1305
- Cass., 6 marzo 1962, n. 424, in *Foro it.*, 1964, I, p. 633
- Cass., 8 settembre 1977, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 110
- Cass., 17 aprile 1980, n. 2546, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, p. 1111
- Cass., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2418
- Cass., 5 aprile 1984 n. 2215, in *Giur. it.*, 1984, 1, p. 1368
- Cass., 3 dicembre 1990, n. 11601, in *Giur. it.*, 1991, I, c. 1408
- Cass., 14 gennaio 1993, n. 1403, in *Vita not.*, 1993, p.868
- Cass., 28 settembre 1994, n. 7890, in *Riv. not.*, 1995, p. 1321
- Cass., 12 dicembre 1995 n. 12733, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2162
- Cass., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. civ.*, 1998, p. 3161
- Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Contratti*, 1999, p. 336
- Cass., 12 ottobre 1998, n. 10083, in *Foro it.*, 1999, p. 126
- Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in *Giur. it.*, 1999, p. 1223
- Cass., 4 marzo 1999, n. 1811, in *Riv. dir. ind.*, 2000, p. 431
- Cass., 15 aprile 1999, n. 3757, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1298
- Cass., 8 settembre 1999, n. 9508, in *Contratti*, 1999, p. 1131
- Cass., 13 aprile 2000, n. 4801, in *Riv. dir. ind.*, 2000, p. 431
- Cass., 11 gennaio 2001, n. 338, in *Mass. Foro it.*, 2001
- Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Riv. not.*, 2002, p. 184
- Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Danno e resp.*, 2003, p. 390
- Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1067
- Cass. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corriere giur.*, 2005, p. 335
- Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Vita not.*, 2005, p. 969
- Cass., 12 luglio 2005, n. 14570, in *Foro it.*, 2005, I, p. 122

Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1718

Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1418

Cass., 6 ottobre 2006, n. 21632, in *Foro it.*, 2007, p. 430

Cass., 19 giugno 2008, n. 16621, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, p. 6

Corte di Giustizia Cee, 11 aprile 1989, n. 66/86, in *Riv. dir. ind.*, 1991, II, p. 8

Tar Lazio 10 marzo 2003, n. 1790, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, p. 361

App. Torino, 27 ottobre 1998, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, p. 87

App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, III, p. 1876

Trib. Napoli, 22 febbraio 1960, in *Dir. e Giur.*, 1960, p. 273

Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1996, p. 212

Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449

Trib. Torino, 16 ottobre 1997, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, p. 109

Trib. Milano, 25 maggio 2000, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, p. 109

Giudice di Pace di Lecce, 30 gennaio 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 1109

Giudice di Pace di Casoria, 12 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2003, p. 2192

Giudice di Pace di Roma, 21 marzo 2003, in *Gius.*, 2003, p. 2179

Giudice di Pace di Albano laziale, 10 settembre 2003, in *Foro it.*, 2004, p. 473

Giudice di Pace di Pozzuoli, 28 novembre 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 530