

## ALLA RICERCA DELLA NULLITÀ DI PROTEZIONE *B2B* (TRA DOGMATICA EDITTALE E CIRCOLO ERMENEUTICO)

Di Stefano Pagliantini

| 331

**SOMMARIO:** 1. *Premessa: l'enigma del di protezione b2b e la lezione di Giuseppe Benedetti.* – 2. *Le fattispecie di una legittimazione ad excludendum implicita.* – 3. *Cass. S.U. 8472/2022: il bypass di un di protezione virtuale.* – 4. *La riserva dell'art. 1421 e, in luogo di una critica appiattente, il suo adattamento teleologico.* – 5. *La doppia anima del di protezione.* – 6. *La tessitura in progress di una parzialità necessaria, la teleologische Reduktion. e l'art. 1184, comma 2, Code civil.* – 7. *Una riduzione teleologica quale forma di concretizzazione di un ordine pubblico di protezione b2b?* – 8. *Spigolatura: la parzialità necessaria come requisito bilateralmente indisponibile.* – 9. *L'art. 1419, comma 2, quale emperor's new clause della nullità di protezione B2b?* – 10. *Congedo: per una koiné del di protezione B2b.*

**ABSTRACT.** *Il presente scritto affronta il tema delle nullità di protezione nel contesto dei contratti B2b, interrogandosi sul rapporto tra disciplina generale e normativa di settore.*

*This paper deals with the topic of nullity for protection in the context of B2b contracts, investigating the relationship between general discipline and special legislation.*



### 1. Premessa: l'enigma del di protezione *b2b* e la lezione di Giuseppe Benedetti.

Con il consueto stile elegantissimo, Giuseppe Benedetti scrive che il postmoderno, «tempo della crisi, anche per quanto ha tratto al diritto», segna «un mutamento radicale: smitizza la *certezza* e innalza l'*incertezza*».

La citazione ci sembra calzi a pennello per riflettere sul significato che possa avere una nozione di nullità a legittimazione ristretta fuori da quell'universo del *b2c* nel quale, e lo si sa, l'istantanea che va per la maggiore è quella di una legittimazione relativa quale marcatore identificativo di una nullità che trova nell'art. 36, commi 1 e 3, c. cons. il luogo che vale da *norma generale*<sup>1</sup>. *Nullità di protezione virtuale* è, non a caso, il lemma stipulativo che, in dottrina<sup>2</sup>, si è coniato per indicare la vasta gamma di casi ove la testualità di una comminatoria è associata ad un'incompletezza disciplinare curata incardinandola nelle geometrie di un art. 36 rappresentato non più a guisa di una *deroga* bensì come un'evidenza paradigmatica *autonomizzata* dall'art. 1421 c.c.<sup>3</sup>. Visto infatti più da vicino, diremmo che l'art. 36 è riguardato come una *norma quadro* in quanto lo si percepisce come il luogo dal quale si irradia, senza sovrastrutture analogiche *ab extra*, un'applicazione diretta rimediante ad una lacunosità intracodicistica spesso modulata a macchia di leopardo<sup>4</sup>. Ora, al netto della circostanza che un sinonimo editale del di protezione consumeristico è il “non vincolano” o il “non è vincolato”, rispettivamente degli artt. 66-ter, comma 2 e 51, comma 2,

\*Per ragioni che sono anche di economia espositiva, le citazioni in nota saranno selettive in quanto circoscritte ai contributi di chi, nello specifico, abbia investigato su quale potrebbe essere il significato sistemico di una nullità tanto a legittimazione riservata che a parzialità necessaria in ambiti che, non ricadendo sotto l'egida del codice del consumo, finiscono spesso per venire affastellati nel classico perimetro di una terra di nessuno. Per evitare poi di incorrere in crasse violazioni della più elementare *politesse* stilistica, ci asterremo dal vezzo dell'autocitazione.

<sup>1</sup> Non lo si legge soltanto in D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in AA. VV., *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 12 s. È un τόπος che si incontra in SACCO, *Il contratto*, Milano, 2016<sup>4</sup>, 1504, nt. 67, quando scrive che l'art. 36 «risponde ai principii, e domanda applicazione anche là dove il legislatore non lo ha detto».

<sup>2</sup> Mentre, nel diritto vivente, sono state le S.U. gemelle del 2014 a *giurisdizionalizzare* la locuzione: v. S.U., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243 (§ 3.13. 3 della motivazione).

<sup>3</sup> V., GIROLAMI, *Nullità di protezione*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, diretto da D'Amico, Milano, 2021, 712 s.

<sup>4</sup> V. il diverso recitativo che assiste, quanto al rilievo officioso di una nullità relativa, gli artt. 67 *septies decies* e 67 *octies decies* c. cons.: mentre il nuovo art. 135 *sexies*, comma 1, c. cons. mette insieme tanto una legittimazione relativa che un rilievo d'ufficio.

c. cons.<sup>5</sup>, il punto è che, pur se *generale* nel proprio ambito spaziale, l'art. 36 rimane una *norma speciale* rispetto ad un art. 1421 che deve trovare applicazione fino a quando non sia espressamente derogato<sup>6</sup>: e di qui, siccome la specialità inibisce un'estensione analogica che eleverebbe l'art. 36 al rango di una *norma transtipica*, l'impasse della dottrina, solerte nel constatare il *deficit* di una *norma quadro gemella* a tutela dell'impresa debole. Per quanto, infatti, si cerchi, una disposizione che, nella galassia frastagliata del *B2b*, formalizzi una nullità a legittimazione riservata *testuale*, non è dato rinvenirla: gli artt. 2, 6 e 9, della l. 192/98, l'art. 7 del d. lgs. 231/2002, l'art. 3, comma 1, della l. 129/2004 ed adesso l'art. 1, comma 4, del d. lgs. 198/2021 sono muti al riguardo<sup>7</sup>: e l'emblema di questa *absentia* è proprio l'art. 9, comma 3, della 192, norma per la quale, e di nuovo non a caso, è stata coniata la locuzione di una *nullità di protezione a legittimazione assoluta*<sup>8</sup>, una formula questa che un senso può avercelo se la si intende, differenziandola così dalla nullità relativa consumeristica, come espressiva di una *legitimitatio ad excludendum* del contraente forte<sup>9</sup>. Siamo comunque ad un passo, direbbe Ro-

<sup>5</sup> Con il curioso equipollente che si legge nell'art. 5, comma I-bis, del d. lgs. 122/2005, recitante di una clausola, con la quale l'acquirente rinunciava alle tutele, *nulla* e “da intendersi come non apposta”. La duplicazione è forse spiegabile nel senso che qui il legislatore, in aggiunta alla nullità, ha inteso enunciare una parzialità necessaria.

<sup>6</sup> È, non a caso, l'equivoco in cui cade chi suggerisce un'applicazione analogica dell'art. 36, comma 1, sul presupposto che l'art. 9, comma 3, della 192/98 sia afflitto da una lacuna e che la parzialità necessaria sia espressione di un principio immanente alla nullità di *tutti* i contratti asimmetrici. Ma la lacuna non esiste se l'art. 9, comma 3, lo reputiamo, come in effetti è, sotto l'egida dell'art. 1419, comma 1, c.c. Siamo al cospetto, diremmo, di una sorta di doppio salto senza rete, se è una scorciatoia che si predilige anziché una pulizia concettuale evidenzianti che gli emisferi del secondo e terzo contratto sono tenuti separati da molteplici aspetti difformi. Come nota C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, I, 603, non è ammesso un travaso diretto «di disciplina, che cioè si possa applicare *tout court* per analogia una norma di diritto secondo in un ambito regolato da un altro diritto secondo».

<sup>7</sup> Muti non lo sono invece, ed è risaputo, gli artt. 127, comma 2, T.u.b., 23, commi 3, e 24, comma 2, T.u.f.: casi nei quali però, stante la circostanza che il soggetto protetto è il cliente, tutto si semplifica perché è la legittimazione riservata a mostrarsi come *soggettivamente ancipite*. È uno schema che si ripete, in quanto la tutela orbita intorno alla figura del *viaggiatore*, nell'art. 51 *sexies* c. tur., contemplante un'irrinunciabilità che, se disattesa, è assistita da una *non vincolatività*.

<sup>8</sup> Così POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, 44 s. e 47.

<sup>9</sup> E quindi, per scendere subito nel vivo della polemica, nutriamo più di un dubbio sulla circostanza che una legittimazione a dedurre la nullità, ai sensi dell'art. 9, comma 3, l. 192/98 possa vantarla il concorrente dell'impresa che, senza impugnarle, abbia accettato delle condizioni contrattuali ingiustificatamente

dolfo Sacco, dal notare che il re è nudo in quando, per dare una collocazione sistematica al di protezione, deve infrangersi il mito che l'annullabilità sia la *sola* ipotesi di invalidità nella quale ad un soggetto è riconosciuto il potere di «avvalersi o non avvalersi di un fatto giuridico che interessa la sua sfera»<sup>10</sup>. Al riguardo, Cass. 21859/2019 è a dir poco criptica, visto che si limita a statuire di una nullità “vestita, e cioè una nullità di protezione, che presuppone una particolare conformazione dei rapporti tra le parti”<sup>11</sup>.

Dopo di che, siccome non si può invertire il procedimento logico, vien fatto allora di chiedersi se non sia il caso di sparigliare. L'art. 1421 prima parte pur sempre invero esordisce con la riserva eccezionale “salvo diverse disposizioni di legge”: e se, come proveremo a dimostrare, c'è margine per ritenere che la fattispecie può aprirsi a casi di legittimazione riservata virtuale, è proprio nel corpo dell'art. 1421 che sarebbe allora rintracciabile il disposto che faccia da *regola* nel segmento dei contratti *bilateralmente commerciali*. Se infatti si conviene sulla premessa che l'art. 36 c. cons. «è ... altro dalla nullità tradizionale»<sup>12</sup>, allora la deduzione non può essere che quella di una nullità consumeristica decampante dall'art. 1421 c.c. nel suo complesso, cioè pure da quell'inciso stilizzante le eccezioni all'assolutezza della legittimazione ad agire<sup>13</sup>. Caso mai, nel perimetro della nullità *b2c*, il problema è se la legittimazione relativa conosca la concorrenza di casi nei quali, a presidio di un interesse regolatorio del mercato, venga a materializzarsi una fattispecie di nullità a legittimazione assoluta. L'allusione è al disposto dell'art. 143, comma 1, c. cons.: pur se è vero che l'art. 67-*octiesdecies*, a parità di recitativo, è sempre una fattispecie testuale di nullità relativa che formalizza. Come chiosa Giuseppe Benedetti, i «concetti si usano se servono e quando servono»<sup>14</sup>.

## 2. Le fattispecie di una legittimazione ad *excludendum implicita*.

gravose. L'esempio che viene talora suggerito, di un'impresa subfornitrice che, per non sottostare all'abuso del committente, rifiuta una proposta contrattuale che una terza impresa accetta invece supinamente, ci sembrerebbe che, al più, potrebbe refluire in una tutela risarcitoria per un abuso del committente tradottosi in un rifiuto di comprare a condizioni di mercato.

<sup>10</sup> In *Il contratto*, cit. 1500.

<sup>11</sup> Cass. 30 agosto 2019, n. 21859.

<sup>12</sup> Così GIROLAMI, *Nullità di protezione*, cit., 708.

<sup>13</sup> Il che sfugge a FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da Piero Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Artt. 1418-1423, Milano, 2015, 218.

<sup>14</sup> In *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Oltre l'incertezza*, cit. 94.

Un'eventuale replica incentrata sulla circostanza che una *riduzione teleologica* può trasformare in *riservata* la legittimazione dell'art. 9, comma 3, non sarebbe così succosa come a prima vista si può pensare. È vero che la dottrina più attenta ha da subito evidenziato che non può ammettersi una legittimazione che sia disallineata dalle «finalità di tutela della norma violata»<sup>15</sup>. E tuttavia, anche a riconoscere che l'abuso di dipendenza economica sia divenuta una clausola generale<sup>16</sup>, non può sottacersi che, nell'ordito della disposizione, la *dipendenza economica* dell'impresa vessata funge pur sempre da *co-elemento* di applicabilità dell'enunciato normativo: ragion per cui, ove la dipendenza difetti, mancando un requisito tipologico di azionabilità della disciplina, cade il presupposto perché l'art. 9 possa giocare da *norma generale*<sup>17</sup>. Da una specola complementare può pure riconoscersi che il problema odierno scaturisce dal fatto che la dottrina postpandettistica ha irrigidito la figura dell'annullabilità codicistica, rendendola di riflesso inservibile, quando sarebbe stato più proficuo riconoscere che, «figura fra tante altre», l'annullabilità è affiancata da situazioni aventi la «medesima fisionomia»<sup>18</sup>. Il lemmario, in questa prospettiva, cambia, diventando quello di una sequenza di *invalidità relative generiche* distinte dalle fattispecie di una *nullità assoluta tipica*: il che, notiamo, può pure starci, ma senza che il quadro cambi se non si provvede a scovare la disposizione che coaguli intorno a sé il catalogo delle figure nelle quali si dia una nullità testuale ma, per «coerenza con l'interesse [tutelato]»<sup>19</sup>, sia nel contempo negata una legittimazione al contraente non protetto. Insomma, mentre il nullo consumeristico, pure quando sia muto, ha un suo *regolato*, il nullo *b2b*, laddove sia statutariamente *afono*, pone la domanda se la «opzione del soggetto favorito»<sup>20</sup>, a sua volta traducibile alternativamente

<sup>15</sup> Così ANT. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, in *Annuario del contratto 2015*, diretto da D'Angelo e Roppo, Torino, 2016, 28.

<sup>16</sup> Fin da Cass. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, 805 ss. In dottrina v., da ultimo, DI MARZIO, *Contratto e impresa*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, cit. 332.

<sup>17</sup> Esemplari, in tal senso, sono Cass. 13 settembre 2019, n. 22855 e Cass. 12 ottobre 2018, n. 25606, ambedue discorrenti di una nullità fulminante dei patti contrari alla c.d. razionalità del mercato. Un'accurata riflessione critica sulle difficoltà che accompagnano una lettura espansa dell'art. 9 è adesso in FR. CASTRONOVO, *Violenza economica e annullamento del contratto. Esperienze straniere e diritto italiano*, Milano, 2021, 90.

<sup>18</sup> Così SACCO, *Il contratto*, cit. 1494.

<sup>19</sup> Così ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica - Zatti*, Milano, 2001, 841 ed 843.

<sup>20</sup> Così SACCO, *op. ult. cit.* 1501 (anche per il virgolettato che segue).



nella *versione positiva* di una disponibilità esclusiva e nella *versione negativa* di un'esclusione del «soggetto controinteressato dall'invocazione del fatto», sia salita al rango di una norma giuridica. Anche chi scrive che la regola dell'art. 1421 c.c. «non è più in grado di resistere a un'interpretazione evolutiva che ne limiti l'applicazione»<sup>21</sup>, se da un lato valorizza la deroga contenuta nella riserva, dall'altro non si interroga se esista *un luogo* nel quale la nullità tra professionisti possa trovare *quel principio* dal quale attingere il proprio regolato.

Può darsi semmai per vero che, quando è statuita una parzialità necessaria, una *legitimitas ad excludendum* è *in re ipsa* dal momento che, se un effetto contagio è *normativamente escluso*, già questo fatto certifica che il contraente sleale non ha il potere di domandare, sul presupposto del vizio affliggente le singole clausole espunte, la nullità dell'intero contratto<sup>22</sup>. Verrà facile, infatti, riconoscere che la preclusione di una nullità totale, perché impedita è la prova di un'essenzialità soggettiva ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c., porta con sé il segno di un'*indisponibilità normativa* del fatto. È un impedimento che, se per un verso torna nell'ipotesi di una nullità assistita da una sostituzione di diritto ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., stante la circostanza che le clausole sostituite *hanno* a loro volta *effetto*, per un altro ci sembra sia da scorgere pure nella figura prospiciente dell'art. 4, comma 3, d. lg. 231/2002, nell'ipotesi di un termine di pagamento eccedente il limite massimo, previsto dalla legge, dei 60 giorni. E tuttavia, notiamo, di nuovo ci si ritroverà ad annaspire stante il contrappunto che, se da un lato la parzialità necessaria è la cifra connotante l'art. 1, comma 4, del d. lgs. 198/2021, mentre la sostituzione automatica è a sua volta il dispositivo che regge l'art. 7, comma 1, d. lgs. 231/2002, niente dall'altro è statuito rispetto alla nullità delle clausole di cui all'art. 6, commi da 1 a 3, della l. 192/1998<sup>23</sup>, al netto del mistero impastoante quell'art. 3, comma 4, della 129/2004, una norma questa sì prescrittiva di un contenuto imperativo del contratto di affiliazione commerciale (ll. a-g) ma muta sulla sorte della fattispecie carente di uno o più dei requisiti comandati<sup>24</sup>. Quanto poi alle

nullità che rampollano rispettivamente dall'art. 2, comma 1, l. 192/98 e dall'art. 3, comma 1, l. 129/2004, sono ambedue associate ad una forma comandata *ad substantiam*: per la quale una parzialità è un tipo di vicenda che *non* si dà. Neanche sarebbe però appropriata un'interpretazione che, ottimizzando lo scopo di protezione della norma violata, provvedesse a coniare per *entrambe* una legittimazione ristretta virtuale: diversamente dall'affiliato<sup>25</sup>, il subfornitore ha infatti diritto, quando il contratto cada perché amorfo, al pagamento delle prestazioni già effettuate ed al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto. C'è dunque, nell'ordito dell'art. 2, comma 1, un dispositivo di tutela che *prende il posto* di una legittimazione riservata: com'è, del resto, per la nullità *de futuro* di quell'art. 2126 c.c. codificante l'irripetibilità delle prestazioni già eseguite; segno che, per un verso la nullità protettiva è (non *la* bensì) *una* delle tecniche di tutela del contraente vessato e, per un altro, che pure una *nullità assoluta*, se corredata di un correttivo pecuniario, può mostrarsi unilateralmente orientata. Il quadro, dunque, è sfrangiato, con dissonanze che non di rado dischiudono delle false piste: per es. una riduzione teleologica, che introduca una parzialità necessaria, è incontrovertibile che includa pure una legittimazione riservata, epperò non è esatto l'*opposto*, tanto è vero che la parzialità letterale dell'art. 9, comma 3, non mette al riparo da un controinteressato che invochi il fatto allegato. Dopo di che, siccome pure la nullità, per difetto dei requisiti minimi di forma – contenuto di cui all'art. 2, comma 5, ll. a) e b), l. 192/98, se ritualizzata come assoluta si presterebbe ad un uso in danno del subfornitore ogni qualvolta la eccepisse un committente pentitosi della commessa, si converrà che ce n'è quanto basta per dire che, rimessa in un canto l'*analogia legis*<sup>26</sup>, è tempo di tornare alla riserva di legge dell'art. 1421 c.c. Pur se nella cornice di un dialogo critico, il «sorpasso del dogma», come scrive Benedetti, deve infatti sempre compiersi «senza consumare e neanche sciupare la parola *certezza*»<sup>27</sup>. Non sempre (purtroppo) siamo dalle parti di quell'art. 3, comma 3, l. 129/2004, recitante di un contratto che non può avere una durata ... «inferiore ad un triennio», un luogo questo nel quale, siccome la nullità parziale della clausola difforme porta con

<sup>21</sup> Così ALBANESE, *op. ult. cit.* 29.

<sup>22</sup> La paternità del rilievo, pur se espressa con riguardo all'art. 36 c. cons., spetta a D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit. 13.

<sup>23</sup> Sorvolando sulla circostanza che gli artt. 2, commi 4 e 5, e 3, comma 1, della l. 192/1998 vestono i panni delle norme imperative imperfette: v. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore: un modello per il terzo contratto*, in *Contratti*, 2016, 721.

<sup>24</sup> E qui continua a rimanere preziosa la riflessione a tutto tondo di CAPO, *La normativa sull'affiliazione commerciale e la tutela contrattuale dell'imprenditore debole. Appunti per uno studio sulla disciplina della contrattazione fra imprese*, in *Scritti in*

*onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, IV, 4299 ss., spec. 4339 s. (ove il suggerimento di operare una selezione dei contenuti).

<sup>25</sup> V. D'ADDA – BACHELET, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti. Contratti asimmetrici del consumatore e d'impresa*, Torino, 2020, 183 e 210.

<sup>26</sup> Alla quale mostra invece di credere POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, cit. 48.

<sup>27</sup> In *Sull'in-certezza del diritto*, cit. 164.



sé l’inserzione automatica del termine di legge, è altamente plausibile che torniamo dalle parti di un art. 1339 c.c. al quale sia consustanziale una legittimazione *ad excludendum*.

### 3. Cass. S.U. 8472/2022: il *bypass* di un di protezione virtuale.

Se è il pensiero del Maestro a fare da precomprensione al discorso poc’anzi imbastito, l’occasione contingente per gettare uno sguardo più da vicino, ci viene da una recente pronuncia delle S.U.<sup>28</sup>: che, nonostante un confidi minore possa rilasciare garanzie soltanto a banche o ad altri intermediari finanziari, ha escluso la nullità della fideiussione, prestata in favore di un proprio associato, a copertura di un contratto non bancario. La fattispecie non è dunque sofisticata: benché non sia autorizzato a prestare garanzie a favore del pubblico, un confidi non può opporre, quando il creditore pretenda di escluderla, che la fideiussione concessa difetta dei requisiti di legge. È di un’evidenza tangibile quale sia la ragione che ha indotto le S.U. a statuire che una fideiussione prestata abusivamente è *valida ed opponibile* al confidi: il pregiudizio che la nullità importerebbe alle ragioni di un creditore di buona fede, assoggettandolo ad una sanzione alla quale non ha dato causa. Chi discorre, e tra questi l’ABF<sup>29</sup>, di una nullità assoluta che ivi sporgerebbe in quanto verrebbe ad oltrepassare lo scopo tutelato dalla norma violata, è ad un paradosso siffatto che allude stante la circostanza che, con una legittimazione inclusiva del confidi, si consentirebbe, proprio a chi è stato artefice della nullità, di frustrare l’affidamento incolpevole del creditore. Pur se sono due facce della stessa medaglia, il problema è dunque profondamente diverso da quello che le S.U. 28314/2019 hanno diviso nel caso del monofirma: mentre lì si trattava di eleggere la buona fede a principio paralizzante un abuso della legittimazione riservata, nella 8472, all’opposto, l’obbiettivo è quello di *conservare il contratto* al creditore di buona fede che ne chiede l’ottemperanza. Ora, ed il rilievo vien da sé, l’effetto perverso svanirebbe se si riconoscesse che, nella specie, la nullità può essere invocata *soltanto* dal creditore che abbia negoziato la fideiussione. Chi, come Sacco, volesse ragionare di una «disponibilità degli effetti del fatto», scaturente «dal principio generale della disponibilità del fatto», parlerà di una *situazione* retta dalla «opzione

del soggetto favorito»<sup>30</sup>, con una metrica che, se da un lato ricorda quella dell’annullabilità, dall’altro però se ne distacca stante la *specialità* che viene riconosciuta a *tutte* le regole contenute negli artt. 1441 ss., escludendone così, salvo il caso in cui la legge dovesse prevederlo espressamente, l’applicabilità.

Altrove abbiamo scritto che un *Gegenwind*, cioè un vento contrario soffia prepotentemente avverso una nullità fatta valere dal confidi o, nell’ipotesi di fallimento, dal suo curatore. Se non fosse che, per ovviare ad una siffatta *chicane*, anziché optare, come hanno statuito le S.U., per una claudicante validità, si dà pur sempre la variabile di richiamare in servizio *quella nullità virtuale di protezione* che, siccome l’art. 1421 espressamente ammette una nullità a legittimazione riservata, non si vede per quale motivo andrebbe ostracizzata. Vero è che la dottrina si è largamente esercitata sulla questione: ma non lo è di meno notare che l’apparato argomentativo messo in forma per dare un senso utile al “salvo diverse disposizioni di legge” che apre il recitativo dell’art. 1421, oltre a non essere così fitto, è spesso iterativo del classico rilievo che, *se non è testuale*, una legittimazione riservata snatura la nullità. Intendiamoci, tentativi di censire delle fattispecie codicistiche, di nullità, ad un tempo relativa e non testuale, sono stati intrapresi (artt. 527 e 540, comma 2, c.c.): ma non hanno riscosso fortuna, dominando l’idea che la testualità è, non a caso, la regola dominante tanto nell’area della contrattazione consumeristica quanto in quella bancaria (art.127, comma 2, T.u.b.), finanziaria (artt. 23 e 24, 30, comma 7, e 30 *bis*, comma 3, T.u.f.), assicurativa (artt. 12, 29, comma 4, 32, comma 5, 132 *bis*, comma 4, 167, comma 1 c. ass.) ed in tema di immobili da costruire (artt. 2, comma 1, 4, comma 1, 5, I-*bis*, d.lgs. 122/05).

### 4. La riserva dell’art. 1421 e, in luogo di una critica appiattente, il suo adattamento teleologico.

La nostra tesi è la seguente: il riguardare come ammessa una legittimazione relativa solo quando sia testuale, postula una lettura frusta della locuzione “diversa disposizione di legge”, se è vero che la degrada ad una ridondanza del principio di specialità. Lo sosteniamo prendendo le mosse dalla circostanza che, onde evitare che la chiusa eccettuativa gemella dell’art. 1418, comma 1, divenga a sua volta un orpello, troviamo scritto che il *criterio dello scopo* ha ormai mandato in archivio

<sup>28</sup> Cass. 15 marzo 2022, n. 8472.

<sup>29</sup> Decisione n. 7958 del 16 settembre 2016 e decisione n. 6683 del 21 luglio 2016 rese entrambe dal Collegio di coordinamento.

<sup>30</sup> In *Il contratto*, cit. 1501.



quell'interpretazione letterale professante un diniego della nullità soltanto nello spicchio dei casi nei quali il legislatore abbia decretato, tanto espressamente che in quanto condizione presupposta, la validità oppure l'annullabilità. In dottrina lo si è ben evidenziato: «è lo stesso sviluppo storico [dell'inciso] ad ostare all'idea che ess[o] intenda semplicemente regolare il *concorso* tra più disposizioni astrattamente applicabili alla stessa fattispecie»<sup>31</sup>. È questo, riteniamo, un modo elegante, per evidenziare come l'intendere la riserva dell'art. 1418, comma 1 a guisa di un inciso confinato alle fattispecie là dove la nullità sia testualmente esclusa, finisce per trasformare la suddetta disposizione in una *norma inutile* che avrebbe il solo significato di rinnovare il principio per cui *specialis derogat generali*. Ora, se la riserva dell'art. 1418, comma 1, conosce un raggiungimento dello scopo rilevante da (fatto) che esclude la nullità, perché mai, ci domandiamo, la riserva consorella dell'art. 1421 (non) dovrebbe ammettere che lo stesso canone valga ad escludere una legittimazione assoluta, dando così ingresso ad una *legittimazione relativa non testuale*? Discostandoci dal *mainstream* imperante, stiamo dicendo, in sintesi, che l'interpretazione di (due) riserve (identiche) non può essere *dissimile*: come è accreditata l'immagine di una *nullità esclusa*, a motivo dello scopo del divieto infranto, così andrebbe sdoganata l'istantanea di una *legittimazione assoluta pretermessa* ogni qualvolta una legittimazione riservata (meglio) assicuri la effettività della norma imperativa violata. In termini di pulizia concettuale, dando per ammissibile il *genus* codicistico di una nullità di protezione, si evita d'altronde che, per addivenire al medesimo risultato, vengano predilette delle scorciatoie dogmatiche largamente in uso nel diritto delle Corti<sup>32</sup>: dal divieto di un *venire contra factum proprium*, di talché non suonerebbe (ragionevole) che il garante faccia valere la nullità di un contratto che egli stesso ha stipulato, al costruito di una carenza dell'interesse ad agire per una sua immeritevolezza senza dimenticare la variabile di un abuso del potere d'azione *ex art.* 1421 c.c. paralizzato da un'*exceptio doli*. Insomma, non è un problema di lettura *diacronica* dell'art. 1421<sup>33</sup>, perché un'interpretazione utile della riserva, che la sottraesse ad un'abrogazione tacita, era possibile ben

prima che esplodesse l'uragano delle nullità di protezione.

Naturalmente si può ben dissentire da questo dire ma non obbiettando che una nullità (virtuale) di protezione è stata cassata dalle S.U. 26724 e 26725 del 2007. Una critica così motivata, ascrivibile crediamo ad una (infelice) natura ancipite della locuzione, non avrebbe senso per l'elementare ragione che indebitamente viene a sovrapporre il *piano* delle cause della nullità con lo *spettro* della legittimazione ad azionarla. Quanto le S.U. del 2007 hanno escluso è che, in assenza di una previsione espressa, possa darsi una nullità non testuale per la violazione di doveri precontrattuali di protezione e di informazione. E tuttavia, dopo aver iscritto la buona fede nel principio di legalità di cui all'art. 1418, comma 3, in nessun modo quelle S.U. si sono invece pronunciate denegando che, per (una) delle cause di nullità ricomprese nel *primo* e nel *secondo comma* dell'art. 1418 c.c., la legittimazione possa mostrarsi *tanto assoluta che relativa*. Ebbene, nell'ipotesi di un confidi minore, la nullità, lungi dal trovare la sua ragion d'essere in una slealtà, rampolla dal difetto di quella capacità speciale che la legge prescrive quale requisito per il rilascio di garanzie al pubblico. È un dato, torniamo ad osservarlo, che sono proprio le S.U. del 2007 a rimarcare quando mettono in evidenza che le cause di nullità del comma 1 hanno un raggio più vasto di quello riconducibile ad un contenuto vietato, abbracciando un catalogo di norme imperfette che, "in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto". Dopo di che, siccome una sentenza che accertasse *hic et nunc* la nullità della garanzia prestata si tradurrebbe in un ingiusto pregiudizio per il creditore, è con il timbro di una legittimazione relativa che si può ben pensare che la legge abbia ivi assicurato un ponderato bilanciamento tra l'avversarsi una nullità ed il limitare soggettivamente il potere di accertamento al contraente che (non abbia concorso) a produrla.

## 5. La doppia anima del di protezione.

Il civilista dogmatico sa bene che nulla di originale ha quanto abbiamo fin qui imbastito: il rilievo che vuole la nullità, già in seno alla disciplina codicistica, come una sanzione predicabile tanto di una legittimazione assoluta che relativa, è un *luogo comune*, da più di mezzo secolo, del dibattito dottrinale. Di nuovo il nostro discorso, ottimizzando il canone teleologico che presiede alla concretizzazione perimetrale dell'art. 1418, comma 1, ha soltanto il suggerimento di *elasticizzare*, secondo il medesimo

<sup>31</sup> Così VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 79. Dello stesso avviso D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir. - Annali IV*, Milano, 2011, 801 s.

<sup>32</sup> V., con un'esemplificazione paradigmatica circoscritta agli arresti più recenti, Cass. 18 dicembre 2019, n. 33550 e Cass. 19 settembre 2020, n. 19510.

<sup>33</sup> Suggesta, e con una certa fortuna, da ANT. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 88 s.



criterio, le maglie della riserva di cui all'art. 1421, ponendola in correlazione alla causa di nullità<sup>34</sup>. Stante l'identità di *ratio* tra i due recitativi, per noi le fattispecie di esclusione testuale (di una legittimazione assoluta) sono affiancabili da casi innominati nei quali, atteso il silenzio della legge, è invece una valutazione di *incompatibilità* che mette fuori gioco l'assolutezza. È poi vero, come avviene non a caso nel corpo dell'art. 1418, comma 1, che ad ammettere un'interpretazione finalistica dell'art. 1421 c.c., siccome il rapporto tra prima e seconda parte non sarà più di *eccezione a regola*, verrà a dischiudersi come risultato la coesistenza di un *pulviscolo di deroghe*, alla legittimazione assoluta, sia nominate che innominate. Nessun testo, come ammonisce Benedetti, «si interpreta da sé»<sup>35</sup>: riconoscerlo eviterebbe di farsi abbacinare dal falso problema che ha sviato la Cassazione nel caso di un contratto di *franchising* senza concessione del *know-how* all'affiliato, contratto reputato *valido* perché, nonostante il disposto contrario dell'art. 3, comma 4, lett. d), l. 129/04, il suo trasferimento non sarebbe un elemento indefettibile del tipo<sup>36</sup>. Al netto della circostanza che l'essenzialità del *know-how* ci pare viceversa intimamente collegata all'insieme degli obblighi che l'affiliato assume, la questione che in realtà ci si dovrebbe porre è se, al difettare di un *know-how* carente dei requisiti prescritti dalla legge, il contratto andrebbe inteso come afflitto da una nullità assoluta o non piuttosto da una *nullità riservata* posto che non si riesce a comprendere quale interesse dovrebbe avere l'affiliante ad eccepire un vizio che lo esporrebbe al rischio di una caducazione totale domandata «da altri affiliati»<sup>37</sup>.

Con sano pragmatismo Rodolfo Sacco, discorrendo di un *fatto ad effetto opzionale*, scrive che non si può «illustrare con troppa precisione lo schema in esame», dandosi una sequela di locuzioni, da fatto invocabile da una sola parte a fatto non invocabile dal soggetto controinteressato fino a «fatto di cui una parte ha la disponibilità»<sup>38</sup>, che possono diventare *sinonimi* in quanto gravitano attorno al criterio dell'interesse<sup>39</sup>. Chi così dovesse ragionare,

noterà di rimando che, a rendere il discorso più sofisticato, ci si espone al rischio di alimentare una guerra dei nomi quando forse la quadra passa per il constatare che «l'opzione del soggetto favorito» è battezzata come nullità perché una siffatta qualificazione è la più funzionale a garantire un'effettività della tutela.

Nonostante la tesi intrighi, a noi sembra invece che dare una definizione di legittimazione riservata sia tutt'altro che un esercizio di stile.

È nell'area consumeristica, come si sa, che il recitativo «opera soltanto a vantaggio», presente nella trama degli artt. 36, comma 3, c. cons. e 127, comma 2, T.u.b., è stato inteso come espressione di una situazione diversa da una legittimazione relativa: il di protezione esprimerebbe un filtro all'interesse ad agire, con un giudice che ammette all'azione soltanto se la domanda di nullità può ridondare a vantaggio del consumatore o del cliente<sup>40</sup>. Ottimizzando lo scopo di tutela, l'operatività a vantaggio dischiuderebbe così, in luogo di (una) del solo consumatore, una legittimazione a più largo spettro<sup>41</sup>, estesa a tutti coloro aventi un interesse a dedurre la nullità «in vece del contraente debole, ove questi non si attivasse»<sup>42</sup>. È un fatto, però, che, pur se sottile, questa lettura è rimasta di minoranza: e per ragioni che non sono di piccolo cabotaggio. Intanto, rispetto ad una nozione di legittimazione relativa, l'idea di un filtro giudiziale ha l'inconveniente di rimettere alle corti un giudizio prognostico *ex ante*, sull'esito della lite, che avrebbe del probabilistico oltre a non essere di agevole conduzione. Ma soprattutto è il diritto di interpello, coniato dalla Corte di giustizia che sparglierebbe: siccome l'obbligo del rilievo officioso non è inclusivo di quello ad una declaratoria di nullità senza l'assenso del consumatore, dovrebbe *recta via* concepirsi una selezione dell'interesse ad agire condizionata dal veto di un consumatore, libero di precludere l'accertamento della nullità. Dopo di che si aggiunge che avrebbe del curioso che, nello stesso corpo normativo, si dia un di protezione declinato con forme di legittimazione differenziate. Sgorra da qui, in seno al *b2c*, l'inclinazione maggioritaria a ritenere che la nullità di protezione sia l'incarnazione di una *legittimazione relativa*, con il diverso recitativo degli artt. 36 e 127, comma 2, T.u.b. degradato al rango di un sinonimo<sup>43</sup>. Il dispositivo delle S.U. gemelle 26242 e 26243/2014 è stentoreo, d'altronde, nello statuire che i luoghi cita-

<sup>34</sup> V., lucidamente, CAPONI, *Azione di nullità*, in ID., *Dogmatica giuridica e vita, Studi di giustizia civile*, Milano, 2022, I, 158.

<sup>35</sup> In *Sull'in-cerchezza del diritto*, cit. 155.

<sup>36</sup> Cass. 10 maggio 2018, n. 11256 e, in precedenza, Cass. 21 dicembre 2017, n. 30671

<sup>37</sup> Così D'ANDREA, *Il franchising: squilibrio contrattuale e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Giur. it.*, 2018, 2348. con il quale si può concordare quando scrive che l'affiliante, laddove *in executivis* si deteriori il rapporto con l'affiliato, tenderà «ad esperire la domanda di risoluzione per inadempimento».

<sup>38</sup> Cfr. SACCO, *op. ult. cit.* 1502.

<sup>39</sup> V. adesso VINCENTI, *Tutela effettiva contrattuale "individuale": le c.d. nullità di protezione*, in *giustiziainsieme.it*, 3.

<sup>40</sup> L'imbastitura di questa concezione si deve a GENTILI, *La nullità "di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77, che ne trae spunto per escludere la specialità dell'art. 36.

<sup>41</sup> V., special modo, DOLMETTA, *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, 2020, 1, 127 s.

<sup>42</sup> Così GIROLAMI, *Nullità di protezione*, cit. 715.

<sup>43</sup> Cfr. GIROLAMI, *op. ult. cit.* 717.

ti sono l'epifania di una legittimazione ristretta o riservata, cioè di una "nullità relativa" (§§ 3.10, 3.12.1 e 3.13.3).

Se non fosse che, nell'area del *b2b*: 1) il diritto di interpello non c'è in quanto nessuno lo ha mai costruito come *transtipico*; 2) l'argomento che una legittimazione di *soggetti diversi* dalla parte protetta crei un onere di agire, che andrebbe a discapito del diritto di costei a stare inerte<sup>44</sup>, è debole in quanto *qualsiasi* nullità *b2b*, in quanto prima di tutto cominatoria di regolazione del mercato, non è dettata nell'esclusivo interesse dell'impresa vessata; 3) neanche è accampabile un'esigenza di simmetria linguistica difettando, come si è visto, un caso di legittimazione relativa testuale. Che non sia il caso allora di ritenere che il di protezione *b2b* sia sinonimo *non già* di una legittimazione riservata bensì di una *legittimatio ad excludendum* implicita? Ammetterlo, come ci sembra che sarebbe costruttivo fare, avrebbe dalla sua che l'operatività soltanto a *vantaggio* dell'impresa debole ripristinerebbe quella selezione dell'interesse ad agire per il tramite della quale viene a ramificarsi la gamma dei soggetti *terzi* che possano contestare un abuso contrattuale. Qui il discorso potrebbe prendere una piega ancor più sottile: se il diritto di interpello è tecnica del *b2c*, l'*asimmetria processuale* di una nullità, sempre rilevabile ma dichiarabile soltanto ad istanza del consumatore, neanche lambirebbe l'area dei rapporti d'impresa: ma per la ragione che i suddetti rapporti refluiscono nel territorio *delle nullità* di diritto comune<sup>45</sup>. Le S.U. gemelle 26242 e 26243/2014 non sarebbero d'ostacolo al riguardo: perché sono mute rispetto al di protezione *b2b*.

Lasciando al lettore il constatare come il distinguo tra una legittimazione relativa ed una *ad excludendum* precluderebbe ad un diverso *modus operandi* del di protezione, qui ci limitiamo ad osservare che, se ammettiamo che il principio di una virtualità della legittimazione si incastoni nell'art. 1421 c.c., ogni altro sentiero ermeneutico che volesse battersi per giungere «al medesimo risultato», corre il rischio di diventare «inutilmente macchinoso»<sup>46</sup>. Ol-

<sup>44</sup> Con un attivarsi soltanto «in risposta ad un'eventuale pretesa esecutiva della controparte forte»: così GIROLAMI, *op. ult. cit.* 716.

<sup>45</sup> Sorprende perciò leggere che la nullità dell'art. 9 l. 192/98 sarebbe munita di una legittimazione di esclusiva pertinenza del subfornitore, con un giudice che, nell'ambito dei suoi poteri officiosi, non potrebbe «dichiarare la nullità laddove il subfornitore dichiara di non volersi avvalere del rimedio in questione»: così MONTICELLI, *I contratti dell'impresa*, Torino, 2021, I, 151. Il diritto di interpello, lo ribadiamo, non conosce applicazioni al *B2b*.

<sup>46</sup> Così GIROLAMI, *Nullità di protezione*, cit. 709. Adde NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, 252 ss.

tre al disposto dell'art. 1, comma 4, del decreto 198/2021, una nullità *B2b ad excludendum*, con annessa perciò legittimazione di un *terzo*, la si incontra pure tra le pieghe dell'art. 9, comma 3, l. 192: basta provare a cercarla<sup>47</sup>.

## 6. La tessitura *in progress* di una parziarietà necessaria, la *teleologische Reduktion*. e l'art. 1184, comma 2, *Code civil*.

Tutto, quand'è così, si tiene? L'esplosione ermeneutica, scrive ancora Giuseppe Benedetti, ha trasformato l'interprete in un protagonista, «superando radicalmente la veduta tradizionale che lo riduceva al generico rapporto d'un soggetto con un oggetto»<sup>48</sup>. Se non fosse che, per un problema che si risolve, subito se ne affaccia un altro, tutt'uno con la difficoltà di scoprire un luogo archetipico che declini la parzialità necessaria come un *attributo di genere* del di protezione *b2b*. Posto, infatti, che non c'è margine per un'estensione analogica di quell'art. 36, comma 1, postulante una lacuna che, come prima dicevamo, nell'art. 9, comma 3, non si dà, constatato in pari tempo che l'art. 1419, comma 1, c.c. deve applicarsi finché non sia espressamente derogato, siccome nella sua trama *non figura* una qualche riserva eccezzuativa, non si sa, in effetti, quale dovrebbe essere, nella specie, l'evidenza normativa deputata a rilevare da *norma generale*. Vero è che una riduzione teleologica, felicemente sperimentata nel caso dell'art. 9, comma 3<sup>49</sup>, ha l'effetto di neutralizzare il cortocircuito innescato dal conflitto tra una *norma speciale di protezione* ed una *generale*, come l'art. 1419, comma 1: ma il problema è destinato a riesplodere ogni qualvolta la fattispecie non si presti ad una *graduazione* (*inter-*

<sup>47</sup> Chi lo fa, per es., è ANG. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, in *Contr. impr.*, 2015, 1295, nt. 64, affrontando il caso, nell'ipotesi di una verticalizzazione produttiva piramidale, di un'impresa committente, di un primo livello di subfornitura e di un secondo livello nel quale sono i subfornitori che diventano, a loro volta, committenti di imprese subfornitrici più piccole. Ora, laddove l'impresa principale, «che svolge funzione di regia industriale», confezioni una clausola iniqua ai danni del subfornitore di primo livello, con un eccessivo squilibrio che si riverbera a cascata sul subfornitore di secondo livello, costui la potrebbe impugnare se si ammette che pure un *terzo*, ove ne tragga pregiudizio, rientra nel novero dei soggetti inclusi nel di protezione.

<sup>48</sup> In *Sull'in-cerchezza del diritto*, cit. 150.

<sup>49</sup> Tutti i dettagli in BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020, 261 ss., che muove dal rigoroso inquadramento d'insieme condotto, in precedenza, da D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 121 ss. Una diffusa rilettura critica della *teleologische Reduktion* si incontra nella pagina di SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, 303 ss.

pretativa) degli effetti. Stiamo dicendo, senza disperdere il discorso in vuoti concettualismi, che ogni riduzione teleologica, ove disapplichiamo la regola dell'art. 1419, comma 1, porta al conio di una parzialità necessaria a sua volta *virtuale*: ed il risultato è che neppure questo catalogo derogatorio, particolarmente fitto nel segmento della contrattazione bancaria<sup>50</sup>, consterebbe perciò di fattispecie soltanto *testuali*. Il problema è che occorre, come lucidamente si è scritto<sup>51</sup>, «una giustificazione sistematica», cioè un principio, per sostenere l'esistenza di una regola analoga a quella presente nel comparto consumeristico. *Natura non facit saltus*: e la parabola giurisprudenziale delle polizze *claims made*, con il professionista che, avendone stipulata una, si avvantaggia(va) di una polizza secondo il modello di cui all'art. 1917, comma 1, c.c., in virtù di una conversione camuffata da un'applicazione analogica di un art. 1419, comma 2, reso operativo sebbene la sostituzione qui avvenisse per il tramite di norme derogabili<sup>52</sup>, è l'epifania di una conservazione *b2b extra ordinem*<sup>53</sup>.

*Sic stantibus rebus*, la domanda diventa perciò la seguente: esiste un principio per cui, quando «ciò risulta necessario»<sup>54</sup>, l'interprete è ammesso a disapplicare l'ingombrante presenza dell'art. 1419, comma 1, c.c.? Presa sul serio, una *teleologische Reduktion*, che annienti la rilevanza operativa di una volontà ipotetica delle parti<sup>55</sup>, introduce infatti

una riserva, a sua volta *virtuale*, riformulante il disposto dell'art. 1419, comma 1. È vero che una riscrittura siffatta renderebbe il dettato di legge gemello a quanto adesso comanda l'art. 1184, comma 2, *code civil*, luogo questo nel quale è *testuale* che, laddove «*les fins de la règle méconnue*» lo “*exigent*” il mantenimento del contratto purgato è l'effetto di una neutralizzazione necessaria dell'intento reale delle parti. Se non fosse che la *chute* della sola clausola è ivi pur sempre oggetto di una proposizione distinta dalla *chute* del contratto che il primo comma dell'art. 1184 al contrario sempre tara, come l'art. 1419, comma 1, su di un giudizio di essenzialità della clausola rispetto all'intento “*des parties ou de l'une d'elles*”. Dopo di che si può convenire sul rilievo che l'art. 1184 stilizzi un precepto nel quale l'estensione della nullità è rimessa alla combinazione di *due* criteri, uno soggettivo e l'altro oggettivo<sup>56</sup>. Il problema è che, così ragionando, laddove il legislatore non richiami *espressamente* un criterio oggettivo, sostenere che l'estensione della nullità passa per il canone (di perimetrazione) *concorrente* dello scopo violato, tanto somiglia ad un arabesco dell'interprete<sup>57</sup>: che, lo notiamo incidentalmente, cambia soltanto di tonalità, se si sposa la tesi di un'applicazione *teleologicamente conforme* dell'art. 1419, comma 1, nell'ottica di un' *inestensione* della nullità pretermessa quando l'affidamento, in quanto dedotto dal contraente sleale, sia immeritevole<sup>58</sup>. Sempre, infatti, saremmo dalle parti di un'ortopedia interpretativa che non rispecchia la cifra di un art. 1419, comma 1, in seno al quale l'affidamento è protetto *in sé* e non quando sia *incolpevole*.

*Nulla quaestio*, naturalmente, che i *fin de la règle* vigilino a che la nullità totale non agisca a con-

*Willenserklärungen*, Göttingen, 1966, 37: è a questo a. che si deve la notazione di un superamento dell'opposizione tra piena *validità* ed assoluta nullità, nell'ottica di una nullità che va riguardata come «esclusione di determinati effetti giuridici», con l'aggettivo ad indicare che l'esclusione si materializza «attraverso lo *scopo* della norma che dispone la nullità» (c.vo aggiunto).

<sup>56</sup> V., in tal senso, DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018<sup>2</sup>, 386 nonché CHANTEPIE -LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, 406, ragionato di un secondo comma che evita una *deriva soggettivistica*.

<sup>57</sup> Ha dell'emblematico, a tal riguardo, la circostanza che il progetto iniziale dell'*Ordonnance* non contemplava il secondo comma: «*qui a donc été ajouté in extremis*». V. DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *op. loc. ult. cit.* Una proposizione che andava a colpire l'*intention coupable* di una delle parti figurava, invece, nell'*avant-projet* Catala (art. 1130-2, al. 2) e nell'*avant-projet* Terré (art. 86, al. 2).

<sup>58</sup> È la tesi che sviluppa SALANTRO, *Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali tra diritto privato e diritto del lavoro*, in *Contratti*, 2012, 406 s.

<sup>50</sup> V., a titolo soltanto esemplificativo, gli artt. 117, commi 6 e 7, 117 *bis*, comma 3, 120 *ter*, comma 1, 120 *quater*, comma 6, 125 *bis*, comma 6 T.u.b.

<sup>51</sup> Così CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit. 603.

<sup>52</sup> V. Cass. S.U., 2016, n. 9140: il tutto, di nuovo, allo scopo di evitare che, caduta perché immeritevole ai sensi dell'art. 1322 cpv., la *claims made* portasse alla caducazione del contratto o in quanto veniva a mancare l'oggetto dell'assicurazione r.c. oppure per un'essenzialità eccepita da quell'assicuratore che l'aveva confezionata in quanto più vantaggiosa del regime legale. È *in re ipsa* che la nullità del contratto avrebbe finito qui per approdare ad una soluzione disfunzionale in quanto l'assicurato si sarebbe trovato a domandare soltanto la restituzione del premio versato.

<sup>53</sup> Tutti i riferimenti in BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra “primo”, “secondo” e “terzo” contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 525 ss.

<sup>54</sup> Così, notoriamente, DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 489.

<sup>55</sup> Al riguardo, è ormai di prassi citare LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin – Heidelberg – New York, 1975, 377: mentre, nella dottrina italiana, restano insuperabili gli spunti preziosi di MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 93 (e nota 4). Dopo di che, se è vero che una solida rappresentazione si incontra successivamente negli studi di ANT. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, 96 ss. e di D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. 168 ss., andrebbe pure rammentato che la riflessione fondamentale sul punto è quella di Hans Martin PAWLOWSKI, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger*



*tre-emploi*: ma ci vien fatto di osservare, sulla scia del dibattito francese, che un canone dello scopo *positivizzato* muta in pari tempo la rilevanza del criterio subiettivo, facendolo operare *soltanto* nello spicchio di casi in cui, per lo scopo protetto dalla norma violata, sia *indifferente* che il contratto cada per intero o soltanto *pro parte*. Ora, e la deduzione viene istintiva, nel momento in cui ammettiamo che l'*estensione* di una nullità parziale in tanto si dà in quanto superi un giudizio di *neutralità* rispetto al divieto disatteso, automaticamente finiamo per riconoscere che il canone della volontà ipotetica, tanto delle parti che di uno dei contraenti, è stato declassato a *criterio sussidiario*. È questa, riteniamo, l'obiezione più succosa che può farsi al dire di una *teleologische Reduktion* quale «logica intrinseca della nullità», combattente l'ipertrofia di una pretesa contraria a buona fede<sup>59</sup>. In luogo di un'autonomia privata bilateralmente protetta, l'*anéantissement partiel* dischiude, in realtà, una salvaguardia *unilateralmente orientata* che è funzionalmente volta a garantire una *mise en conformité du contrat*<sup>60</sup>. Non a caso, sebbene nell'architettura dell'art. 1184, il criterio soggettivo riceva un *avantage hiérarchique*, è pressoché pacifica Oltralpe la constatazione di una sua *marginalità* proprio in conseguenza della codificazione di una *norma generale* che ha consacrato formalmente *le but* della *règle méconnue* quale *principe orchestrante una nullità selettiva*<sup>61</sup>. Questo principio vuole infatti che la volontà torni a giocare da imperativo *quando*, cioè nei *solii casi* in cui, il giudice non reputerà *necessario* che il contratto amputato sia mantenuto. Ridotto all'essenziale, l'art. 1184 è dunque una norma che, fissando un regime a *doppio binario*, rivede il giudizio di nullità parziale, se è vero che fa retrocedere ad *ancillare* una «valutazione positiva» incentrata sull'essenzialità, rispetto al tutto, «della parte viziata», *posponendola* ad una valutazione ritagliata su «logiche premiali o sanzionatorie»<sup>62</sup>. Da questa specola, per altro, traspare ancor di più la caducità del dire che reiterasse l'idea di un'estensione analogica della parziarietà consume-

ristica<sup>63</sup>. Gli è infatti che, mentre una parziarietà necessaria testuale importa *in automatico* una mutilazione del contratto, quando sia un problema di scopo l'itinerario argomentativo è ben diverso, dovendosi sempre accertare, caso per caso, la ragione per cui una determinata clausola sia proibita. Ergo la somiglianza latita se, in luogo di una valutazione legale tipica, primeggia lo scrutinio giudiziale di quelli che sono i *visées législatives*. È un distinguo, questo, che troneggia nell'art. 1184, comma 2, visto che l'esclusione del criterio soggettivo si dà pure nel caso in cui la *“loi répute la clause non écrite”*: una formula, questa, che la dottrina francese interpreta come ritualizzante una presunzione assoluta di conservazione del contratto mutilato senza che il giudice abbia ad *«établir que la fin politique visée par le texte fulminant la sanction imposait une telle solution»*<sup>64</sup>. Anche qui allora rimettiamo al lettore il constatare come, se il *libellé du non écrit* ha una siffatta efficacia preclusiva, le norme che lo statuiscano non possono prestarsi ad un'estensione analogica. Un epicedio per l'idea di una *circolazione* del modello rimediabile, nel nostro contesto l'art. 36, comma 1, non potrebbe essere più netto: e la critica non risparmia la tesi, pur raffinata<sup>65</sup>, che, sulla scorta di una “mancanza di alternative sul mercato” eletta a *nuova clausola generale*, batte il sentiero di un'estensione analogica dell'art. 9 al consumatore. Il *b2b* ed il *b2c* non sono mondi che, pur conoscendo vari incroci, si contaminano.

## 7. Una riduzione teleologica quale forma di concretizzazione di un ordine pubblico di protezione *b2b*?

Una parzialità necessaria nuova di zecca è quella, dicevamo, che si incontra nel disposto dell'art. 1, comma 4, del decreto 198/2021<sup>66</sup>: luogo questo nel quale è apprestata una politica di contrasto a forme di *abuso da sfruttamento*, in seno alla filiera agroa-

<sup>59</sup> Così BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit. 272.

<sup>60</sup> V. DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *op. ult. cit.* 389, con una testuale ripresa della tesi di COUTURIER, *La théorie des nullités dans la chambre sociale de la Cour de cassation*, in *Études offertes à J. Ghestin. Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, 277 e della FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*. 1 – *Contrat et engagement unilatéral*, 2016<sup>4</sup>, Puf, 508 s.

<sup>61</sup> Già lo si può scorgere in TERRÉ, SIMLER e LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Coll. Précis, 2005<sup>9</sup>, 415 (n. 420) mentre, nel diritto della concorrenza, è CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, Dalloz, 2003, 372 ss. (n. 412 ss.) ad evidenziare che quello della volontà è un criterio di secondo rango.

<sup>62</sup> Così BACHELET, *op. ult. cit.* 269 s.

<sup>63</sup> Imbastita subito da PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistemati*, Napoli, 2002, 319 ss. e ripresa, ma nell'ottica di un'analogia rimediabile, da SALANITRO, *Squilibrio contrattuale*, cit. 408 ss., spec. 411. *Contra*, e lucidamente, NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1277. V. poi, ma con più di una sfumatura, NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore: un modello per il terzo contratto*, cit. 731.

<sup>64</sup> Così DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit. 388.

<sup>65</sup> V. NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, cit. 1280.

<sup>66</sup> Ne dà atto SPOTO, *Le filiere agroalimentari e i divieti di pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 185 ss., spec. 193 ss. (alle cui indicazioni bibliografiche facciamo senz'altro rinvio).





limentare, comportanti una *ripartizione iniqua*, tra i diversi operatori, del *valore* del prodotto agricolo ed alimentare. Siamo dunque nel bel mezzo di una disciplina che, al fine di garantire una *giusta remunerazione* della produzione, mette al bando il *sovraprofitto* che lucra chi, traslando sul fornitore i rischi commerciali tipici dell'attività distributiva, fa un uso predatorio del proprio potere di mercato oligopsonico o monopsonico. Sunteggiando al massimo, diremmo quindi, che l'art. 1, comma 4, è il terreno d'elezione di uno squilibrio economico *B2b*. E tuttavia non ci soffermiamo neanche un po' sull'idea di una sua *estensione analogica*: nell'economia dell'art. 1, l'impresa subalterna è infatti tutelata quantunque *non versi* in un difetto di alternative economiche soddisfacenti. Niente esclude, naturalmente, che il *fatto* di una *dipendenza economica* si dia nella singola fattispecie concreta: ma si tratterà, appunto, di un fatto, non di un *prerequisito tipologico*. Chi la pensasse diversamente, cadrebbe nell'illusione ottica di reputare fungibili due nozioni, quella di una *dipendenza da potere contrattuale* e la *dipendenza economica*, che interscambiabili non lo sono. Soltanto la seconda è infatti un problema di tutela che si lega alla strategia di *investimenti specifici* compiuti dall'impresa vittima dell'abuso<sup>67</sup>.

Ed allora, posto che la riduzione teleologica configura pur sempre una deroga a quel criterio della volontà che, nell'intelaiatura dell'art. 1419, comma, 1, regge da canone esclusivo la sorte del contratto, dobbiamo concludere nel più frusto dei modi, osservando che *ubi lex (specialis) voluit, dixit?* In realtà un pertugio nel quale incunearsi per sperimentare una diversa lettura ci sarebbe e lo si potrebbe percorrere pensando ad una *teleologische Reduktion* quale strumento applicativo di un *ordine pubblico di protezione* governante l'area dei rapporti contrattuali asimmetrici d'impresa.

La premessa non mancherebbe, stante l'irragionevolezza di una nullità totale che mandi fuori asse lo scopo per cui la caducazione, della singola clausola o di un patto, sia stata comminata: e del resto l'ordine pubblico è da sempre una tecnica assolvente alla funzione di qualificare come *illecito* quel patto che disattende uno dei principi regolativi dell'ordinamento<sup>68</sup>. Potremmo, in altre parole, provare a sostenere che, in quanto *congegno di servi-*

*zio*, l'ordine pubblico, se da un lato *attrae* nell'area del vietato un patto, dicendolo *illecito*, dall'altro, quando una nullità totale annichirebbe il fine di protezione, *interdice* l'effetto contagio, regolando *questa* illiceità come *indisponibile*. In termini più distesi potremmo *ad adiuvandum* scrivere che, quando si dia il divieto, si specifico ma secco, di un patto, è un ordine pubblico di protezione la fonte di un'interdizione che ramifica la nullità fin dove delle *finalità indisponibili* lo consentono<sup>69</sup>. Così ragionando l'ordine pubblico verrebbe pertanto a palesarsi a guisa di un *rimedio* che l'ordinamento, ottimizzando «delle virtualità inibitorie», appresta a *difesa* dell'impresa vessata, evitando che si dica *nullo* un contratto se la sua caducazione premierebbe l'impresa scorretta. Del resto, il dato edittale francese, nel momento in cui sancisce il conservarsi di un contratto che, in quanto mutilato, è senz'altro *differente* da quello stipulato, pur sempre abbiglia la parzialità necessaria da *sanzione* nei riguardi di colui contro il quale la nullità parziale viene ad essere pronunciata<sup>70</sup>.

Non ci sarebbe, nel professare questa idea, nulla di eversivo: come ha già fatto intravedere la dottrina più sensibile<sup>71</sup>, l'ordine pubblico classico è pur sempre un problema di *lacune* in seno alla classe delle norme imperative: solo che qui la *lacuna*, anziché venire rimossa con un'implementazione del *vietato* che i principi poi svolgono per via analogica, sarebbe neutralizzata abbinando ad una *parzialità testuale* un *limite* di estensione finalizzato a garantire, come scrive la Fabre-Magnan<sup>72</sup>, l'*efficacit * della sanzione. Non, dunque, un ordine pubblico che, quando la nullità sia soltanto *espressa*, dischiuda una parzialità che *non stia*: bensì un ordine pubblico che, al cospetto di una previsione (testuale) di nullità protettiva parziale, la blindo completando «una scelta eteronoma già compiuta dal legislatore»<sup>73</sup>. In un contesto ordinamentale ove la parzialità necessaria già conosce un *trittico* di fattispecie testuali, supporre che, quando la legge conia una parzialità pura, supplisca un di protezione, elevato a

<sup>69</sup> Il che trova già un riscontro, almeno lessicale, in quanto scrivono che la *choix* sul tipo di nullità operante è a senso unico quando sia «*lié à la protection d'un impératif politique d'ordre public*»: v. DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit. 386.

<sup>70</sup> Esemplare FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, cit. 509.

<sup>71</sup> V. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceit  contrattuale*, in F. DI MARZIO, *Illiceit , immeritevolezza, nullit *, Napoli, 2004, 31 s.

<sup>72</sup> In *Droit des obligations*, cit. 509 s. (ed ivi la notazione che l'enunciato dell'art. 1184, comma 2, ha un'ampiezza tale da «*viser tous les cas o  l'efficacit  de la sanction requiert de maintenir le contrat sans la clause annul e*»).

<sup>73</sup> Cos  BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 583.

<sup>67</sup> V. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, *Enc. dir.*, I - *Contratto, I Tematici*, cit. 598. V. Cass. 21 gennaio 2020, n. 1184, sul ricorrere dell'*abuso* quando «il comportamento tenuto dall'impresa dominante sia privo di un *sensu oggettivo* e non si possa giustificare sulla base delle *necessit * dell'impresa, vuoi di tipo economico, vuoi di tipo industriale e tecnico, nell'ambito dei *propri processi produttivi o distributivi*» (c. vo aggiunto).

<sup>68</sup> V. M. BARCELLONA, *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, I - *Contratto, I Tematici*, cit. 767 e 769.

principio di ordine pubblico nei rapporti *B2b*, se da un lato verrebbe a cassare una distonia, dall'altro, si converrà, sortirebbe l'effetto di bypassare i cancelli serranti il recitativo dell'art. 1419, comma 1. Il tutto, notiamo, senza lo spettro di una *norma in bianco* visto che il perimetro delle deroghe apportate al canone della volontà non decamperebbe dal rispetto di condizioni pur sempre tipizzate dalla legge.

Siccome ogni *forse costruttivo*, come scrive Giuseppe Benedetti, «ha una struttura essenzialmente *aperta*»<sup>74</sup>, nel richiamo all'ordine pubblico di protezione è va da sé insita la constatazione che, se le parole rimangono, sarebbe pernicioso piegarsi ad «un immobilismo dogmatico»<sup>75</sup>. La legge dell'art. 1419, comma 1, non può essere soltanto la volontà pattizia quando la sopravvanti un interesse generale al recupero, in chiave perequativa del rapporto, della *contrattualità* della parte debole. Pur se con statuti differenti, nel palcoscenico delle tutele il *di protezione* non muta: sempre è, come hanno scritto le S.U. 26242 e 26243/2014, un genitivo ancipite perché funzionale alla tutela di un interesse «tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato) quanto particolare/seriale» (quello delle imprese dipendenti, fornitrici ed affiliate)<sup>76</sup>.

### 8. Spigolatura: la parzialità necessaria come requisito *bilateralmente* indisponibile.

A mo' di chiosa: e la sollecitazione ci viene da quella dottrina solitamente rammentata come refrattaria ad ammettere la riduzione teleologica perché l'impresa dipendente sarebbe interessata, più che ad invocare la nullità del solo patto abusivo, ad una caducazione totale, giocandosi il riequilibrio nella combinazione di rimedi restitutori e risarcitori<sup>77</sup>. Siccome la divagazione è mirata, lasciamo ad altri la disamina di quanto questo dire corrisponda al vero<sup>78</sup>: a noi, com'è intuitivo, interessa più comprendere se una parzialità necessaria sia *disponibile* su impulso dell'impresa protetta.

<sup>74</sup> In *Sull'in-certezza del diritto*, cit. 153.

<sup>75</sup> Giacché «i significati mutano, inesorabilmente soggetti alla temporalità»: così BENEDETTI, «Ritorno al diritto» ed ermeneutica dell'effettività, in ID., *Oltre l'incertezza*, cit. 134.

<sup>76</sup> § 3.13.2.

<sup>77</sup> Il riferimento è a VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in GITTI – VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, 132 ss.: la cui tesi muove dal presupposto che, siccome le restituzioni dovranno per lo più avvenire per equivalente, per l'impresa sleale non ci sarebbe modo di sfuggire alla corresponsione di una somma pari ad una «remunerazione al giusto prezzo delle risorse scambiate».

<sup>78</sup> V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit.

Altrove, ragionando sull'art. 1, comma 4, del decreto 198, ne abbiamo dubitato, evidenziando, in pari tempo, che la parzialità necessaria, diversamente, si presterebbe alla slealtà dell'impresa debole. Ci sembra infatti fin troppo agevole replicare che ogni *parzialità necessaria* vanifica pure l'insidia di un fornitore che, prima della consegna della merce, agisca in nullità perché ha nel frattempo trovato un contratto sostitutivo ad un prezzo *più alto*. È questo invero un effetto speculativo che, *se la nullità della clausola non si propaga*, viene paralizzato sul nascere: e sarebbe irragionevole pensare ad un'ablazione parziale che, nel mentre sovrintende all'interesse del fornitore ad una vendita remunerativa del prodotto, non sia pure al servizio di un'impresa acquirente: una caducazione parziale, che non può essere *in danno* di un fornitore vessato, il quale sarebbe così legittimato ad una nullità totale quando *più* gli conviene, scopertamente introduce al risultato di avallare un recesso *extra ordinem* che stingerebbe in una *overdeterrence*. Non è che il discorso cambi quando si abbia a che fare con una deroga c.d. implicita, non foss'altro perché introdurrebbe una disparità di trattamento difficilmente motivabile. L'eventuale replica, insistente sulla circostanza che, così ragionando, verrebbe ad ingessarsi l'autonomia privata, sarebbe debole in quanto trascurerebbe che l'ordine pubblico pur sempre il limite di estensione lo fa giostrare *oggettivamente*, cioè da norma materiale. Tradotto è una nullità che ha per oggetto un utile *pari* al recupero della parte di profitto estorto, non un *surplus* legato alla sopravvenienza di un contratto alternativo<sup>79</sup>. Non saremmo, altrimenti, al cospetto di una nullità che ripristina la legalità nella *stretta misura* di quanto sia *necessario* bensì dinanzi ad una nullità strumentalizzata per ragioni di opportunismo, speculare vien da sé ad una nullità che invece *segue* l'estensione dell'illiceità. Chi notasse che la parzialità necessaria, come un riflesso di un ordine pubblico di protezione, riecheggia il pensiero di Farjat, Simler e Gout<sup>80</sup>, vien da sé che coglierebbe nel segno: anche se, nella nostra lettura, il discorso vira di più verso la sottolineatura che, se la parzialità comminata è al servizio di una parte, è soltanto un criterio oggettivo che può assicurare un'effettiva legalità della sanzione, messa altrimenti sotto scacco «*dans la direction*

<sup>79</sup> Detto diversamente, la quota parte di profitto usurpato è il solo effetto utile garantito.

<sup>80</sup> Rispettivamente, nelle pagine classiche, de *L'ordre public économique*, Préf. Goldman, L.G.D.J., *Bibliothèque de droit privé*, 37, 1963, 362 ss. (n. 454 ss.), *La nullité partielle des actes juridiques*, Préf. Weill, L.G.D.J., *Bibliothèque de droit privé*, 101, 1969, 402 s. (n. 331) e *Le juge et l'annulation du contrat*, Préf. Ancel, P.U.A.M., 1999, 361 s. (n. 516), 395 ss. (n. 571) e spec. 397.

*du contrat*»<sup>81</sup>. Con un ordine pubblico messo a presidio di un interesse debole, perché mai non si dovrebbe presumere che sia *questo* interesse a governare l'estensione della nullità, con una *curvatura funzionale* che sfocia, come pure è stato detto<sup>82</sup>, in una *correzione parziale* del contratto? Una fugace incursione nella *vexata quaestio* delle fideiussioni *omnibus*, a valle di un'intesa anticoncorrenziale, testimonia come la conservazione del contratto a scapito, perché non si procede ad un suo scandaglio *in concreto*, dell'autonomia privata, rappresenta una costante nella lettura corrente dell'art. 1419, comma 1: gli è infatti che l'enunciato, messo in forma dalle S.U. 41994/2021<sup>83</sup>, per le quali l'estensione degli effetti della nullità parziale è una «evenienza ... di ben difficile riscontro», serve in realtà da paravento ad un argomento politico del giudicante che reputa *oggettivamente* prioritario, anche se comprime un'altra volontà ipotetica delle parti, conservare il contratto. Cass. 7509/2022<sup>84</sup>, pronunciatisi sulle conseguenze scaturenti dal superamento del limite massimo di finanziabilità del mutuo fondiario rispetto al valore dell'immobile concesso in garanzia, è ancora più *tranchant*: il rigetto di una nullità virtuale, messa in non cale a vantaggio di una riqualificazione giudiziale del contratto, viene infatti apertamente incardinato sull'argomento di un «*eccesso della misura applicata rispetto alla finalità della norma violata*, nonostante dall'interprete si esiga il rispetto di un criterio di ragionevolezza e di proporzionalità tra interesse leso e rimedio prescelto».

### 9. L'art. 1419, comma 2, quale *emperor's new clause* della nullità di protezione B2b?

Siamo prossimi al commiato: che ci sembra vada affidato ad un'altra immagine la cui forma è l'insieme di due segmenti, normativo il primo e giurisprudenziale il secondo, che sempre vanno a collimare.

Recita l'art. 7, comma 3, del decreto 198/2021 che, nell'ipotesi in cui una vendita sottocosto sia effettuata violando le condizioni di validità dettate nel comma 1, il prezzo imposto dal distributore al fornitore, modificando *in peius* la somma convenuta al momento della stipula, è sostituito di diritto, ai sensi dell'articolo 1339 del codice civile, ... "dal prezzo calcolato sulla base dei costi medi di produzione rilevati dall'ISMEA" oppure, in mancanza di

quest'ultimo, "dal prezzo medio praticato per prodotti simili nel mercato di riferimento".

Tecnicamente è innegabile che la disposizione presenti una qualche obliquità di troppo: anziché sancire un prezzo "pari ai costi", la *littera legis* recita infatti di un prezzo sostitutivo che viene "calcolato sulla base dei costi medi di produzione". Ora, con un importo dei costi medi che rileva propriamente da *base di calcolo*, le variabili interpretative profilabili sono soltanto *due*: o la suddetta base, al fine di garantire un margine di profitto al fornitore, è incrementabile giudizialmente oppure il prezzo sostitutivo corrisponde al *valore di mercato* del bene. È esatto che la seconda variabile viene avvalorata proprio dall'art. 7, comma 3: e tuttavia, verrà istintivo riconoscerlo, è per una curvatura assai tormentata che si arriva in tal modo a sostenere che il prezzo sostitutivo è il *prezzo medio* di quel prodotto.

Ma tant'è: ciò che qui conta è rilevare come, non essendo la nullità pura una tecnica adeguata, il legislatore sterilizza l'effetto contagio dell'art. 1419, comma 1, con un'inserzione automatica che porta con sé pure una legittimazione *ad excludendum*.

Dal versante giurisprudenziale, la *novitas* più succosa sono le S.U. 22437/2018 le quali, discostandosi da Cass. 9140/2016<sup>85</sup>, dettano il principio per cui, stante la tipicità ormai conquistata, la clausola *claims made* non si trova più a refluire nel controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., chiamando piuttosto direttamente in causa il comma 1, all'insegna perciò di un "giudizio di conformità" dell'autonomia contrattuale ai limiti imposti dall'ordinamento giuridico. È un *test di conformità*, prosegue la Corte, che vede il giudice chiamato a verificare se la polizza costituisca la *giusta sintesi* degli interessi perseguiti in concreto dai pacipienti, con il risultato che, laddove una corte dovesse ravvisare un consistente squilibrio giuridico tra le parti, procederà dapprima all'espunzione della clausola nulla, per poi sostituirla non con il disposto dell'art. 1917 c.c., bensì integrando il contratto con uno dei modelli *claims made* tipizzati dal legislatore: e qui il rinvio è alle fattispecie di cui agli artt. 11 della l. 24/2017 (c.d. Gelli – Bianco) e 2 del d.m. 238/2016. Il principio, reiterato pedissequamente in una manciata di arresti successivi<sup>86</sup>, è stato vivacemente criticato dalla dottrina, frizzante nell'evidenziare come la Cassazione sia passata da un'applicazione *analogica* ad una *diretta* dell'art. 1419, comma 2, pur difettando dei «contenuti con-

<sup>81</sup> Così FARJAT, *L'ordre public économique*, cit. 373 (n. 472).

<sup>82</sup> Da VINCENTI, *Tutela effettiva contrattuale "individuale": le c.d. nullità di protezione*, cit. 4.

<sup>83</sup> Cass., S.U., 30 dicembre 2021, n. 41994.

<sup>84</sup> Cass. 8 marzo 2022, n. 7509.

<sup>85</sup> Cass., S.U., 24 settembre 2018, n. 22437.

<sup>86</sup> Cass. 31 maggio 2021, n. 15096 nonché Cass. 21 aprile 2021, n. 10482.



trattuali imperativamente imposti»<sup>87</sup>. Il rilievo - beninteso - non fa una grinza: ma ci vien fatto di osservare che ci sono ben *tre* contesti normativi nei quali il combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. opera *senza* che si dia una disciplina minima imperativa del contratto. È questo, infatti, al netto delle differenze di dettaglio, il fattore accomunante tre ambiti, dalla legge 192 al decreto 198 passando per il d. lgs. 231, nei quali, in luogo di una disciplina che penetra nel contratto in quanto *imposta*, le parti sono riconosciute pur sempre libere di regolare i tassi di interesse, i termini di pagamento ed il prezzo. È una tecnica, che la dottrina aveva già tradotto nella formula di un diritto dispositivo a *derogabilità condizionata*, perché *recta via* attivante una nullità quando la clausola imposta determini un significativo squilibrio, eletta a paradigma di ogni deroga abusiva fulminata dall'art. 36 c. cons: nominalmente però il richiamo dell'art. 1419, comma 2, quando il patto in deroga sia a sfavore dell'impresa debole, si incontra *soltanto* nel di protezione *b2b*. Il richiamo, in sede consumeristica, alla *sostituzione di diritto* non figura in alcun luogo. Anche nel caso del *lease back*, la nullità della clausola contemplante la restituzione ad un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita è *parziale*, con annessa sostituzione di un altro prezzo<sup>88</sup>.

Se dunque, ricapitolando, è vero che le S.U. 22437/2018 forniscono un'applicazione inusitata dell'art. 1419, comma 2, è altrettanto vero che un utilizzo inusuale già lo compie il legislatore nel momento in cui declina come *automatica* una sostituzione di clausole nulle con discipline di legge che *inderogabili* a rigore non lo sono. Se infatti *conformativa* è soltanto la norma imperativa che, oltre a proibire un certo patto, inserisce nel contratto un contenuto precostruito inderogabile, in nessuna delle fattispecie richiamate si dà un'*integrazione cogente*. La violazione della norma c'è soltanto quando il patto risulti vessatorio o iniquo: epperò il dispositivo, *riscritto*, di una sostituzione di diritto *testualmente* galleggia soltanto nei contratti asimmetrici d'impresa. Che allora, senza cedere ad un'espansione forzosa dell'art. 36, comma 1, c. cons.<sup>89</sup>, si radichi qui un'altra *differentia specifica* tra *b2c* e *B2b*?

<sup>87</sup> Così BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 587.

<sup>88</sup> Lo evidenzia, con un'argomentazione serrata, D'ANDREA, *Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 479.

<sup>89</sup> Che adesso, dopo la storia di successo iniziale, è in netta crisi: v., da ultimo, IORIO, *Riflessioni sui contratti di concessione di vendita*, in *NGCC*, 2020, II, 734.

## 10. Congedo: per una *koiné* del di protezione *B2b*.

L'insegnamento pragmatico, noto come *opportunismo metodico*, «è degno», scrive Giuseppe Benedetti, «della massima attenzione se utilizzato con serena prudenza»<sup>90</sup>. Orbene, una *koiné* del di protezione *B2b* ha un senso se si provvede a declinarla come una *struttura* ridicibile ad un concetto che, «in quanto tale, sta». La soluzione, diremmo, non consiste dunque nell'uscire dal sistema quanto e piuttosto nell'evidenziare che, rispetto al di protezione, l'interprete deve mantenere uno sguardo bifocale. Diversamente, cedendo così alla visione impressionistica di un magma dell'indistinto, si alimenta l'entropia del sistema, trascurando come una *gradazione* di indisponibilità sia il fattore che attraversa l'intero perimetro delle invalidità contrattuale asimmetrica. Il riconoscere, com'è innegabile debba farsi, che il confine è labile, non deve portare a negligenza la circostanza che l'esserci una nullità *ex post*<sup>91</sup>, quale fattore tipico del *genus* di protezione, se per un verso non basta alla «*Grand Theory*»<sup>92</sup>, dall'altro è interlocutorio in quanto non si riesce a comprendere per quale ragione, se il controllo contenutistico *B2b* non può consistere «nella riproposizione di un tessuto normativo ispirato a tutt'altra logica»<sup>93</sup>, *uguale* dovrebbe poi essere una nullità spesso dischiudente un *set* di variabili applicative alternate pure entro il perimetro della stessa legge (art. 1, comma 4 ed art. 7 d. lgs. 198/2021)<sup>94</sup>. In altre parole, la differenza dei presupposti onera l'interprete della fatica di smontare e rimontare i concetti. Fondata com'è su di una asimmetria informativa, ha più di un senso asserire che la nullità protettiva della microimpresa, del cliente e dell'investitore, quando l'uno e l'altro siano dei professionisti, sempre comunque costituisce uno spezzone appartenente all'universo del *b2c*: ma ciò accade perché il *B2b*, strettamente inteso, non è il mondo irenico di una buona fede solidaristica<sup>95</sup> quanto e piuttosto quello retto dalle «buone pratiche commerciali dell'art. 6 l. 192/98, un luogo questo

<sup>90</sup> *Sull'in-cerchezza del diritto*, cit. 142.

<sup>91</sup> V. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, cit. 12.

<sup>92</sup> Così PARDOLESI, *Clausole abusive e "terzo contratto"*, in *Foro it.*, 2020, V, 209.

<sup>93</sup> Cfr. PARDOLESI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>94</sup> Per restare nell'ambito del decreto 198, una nullità, nella versione di un *vitiatur sed non vitiatur*, è rinvenibile nell'art. 4, comma 1, ll. c, d ed f, se il potere dell'impresa acquirente rispettivamente di revocare ordini di prodotti deperibili con un preavviso inferiore a 30 giorni, di modificazione unilaterale *in executivis* delle condizioni del contratto e di imputazione al fornitore di costi per il deterioramento o la perdita dei prodotti, sia stato contrattualizzato.

<sup>95</sup> Ovvero, se ci è consentita la battuta, il mondo, molto caro a Rodgers ed Hammerstein, del *The Sound of Music*.

nel quale i contratti di cessione sono reputati conformi ai principi di buona fede, correttezza e trasparenza quando siano retti da un'informazione precontrattuale esaustiva, da "... assunzione ad opera di tutte le parti della filiera dei propri rischi imprenditoriali" e da una giustificabilità delle richieste". Domina, perciò, una logica mercantilistica che parla da sé.