



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

Corso di dottorato in Scienze giuridiche, XXX ciclo
Curriculum in Diritto privato e processo

TESI DI DOTTORATO

L'ETEROCONFORMAZIONE DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE AD OPERA DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

Dott.ssa Valentina Barba
N. matricola R10822

Tutor:

C.ma Prof.ssa Albina Candian

Co-tutor:

C.mo Prof. Antonio Gambaro

Coordinatore del dottorato:

C.ma Prof.ssa Maria Teresa Carinci

A.A. 2016/2017

Alma

INDICE

Capitolo I

DISCIPLINA DEL MERCATO E CONFORMAZIONE ETERONOMA DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE

1. Introduzione.....	- 1 -
----------------------	-------

Sezione 1

LA BANCA D'ITALIA

1. L'art. 117, comma 8 del Testo Unico Bancario. La ricostruzione del potere attribuito alla Banca d'Italia.....	- 6 -
2. Le interpretazioni proposte dalla dottrina.....	- 8 -
2.1. L'interpretazione «debole».....	- 9 -
2.2. L'interpretazione «forte».....	- 11 -
3. I rimedi.....	- 13 -
4. Due applicazioni della norma: la disciplina del contratto di “conto corrente semplice” e di “conto corrente di base”.....	- 17 -
5. Il limite di finanziabilità del credito fondiario. Il dibattito giurisprudenziale tra tipizzazione del contratto e violazione di regole di comportamento.....	- 26 -

Sezione 2

L'ISTITUTO PER LA VIGILANZA DELLE ASSICURAZIONI

1. L'evoluzione dell'assicurazione del credito: le polizze <i>Payment Protection Insurance</i>	- 38 -
2. La previsione di « <i>contenuti minimi</i> » del contratto di assicurazione sulla vita connesso all'erogazione di mutui immobiliari e di credito al consumo. Il regolamento Ivass n. 40 del 3 maggio 2012.....	- 41 -
3. L'evoluzione della disciplina: l'art. 135 della l. 4 agosto 2017, n. 124 (“ <i>Legge annuale per il mercato e la concorrenza</i> ”).....	- 48 -

Sezione 3

L'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA, IL GAS ED IL SISTEMA IDRICO

1. L'ampiezza dei poteri attribuiti all'AEEGSI.....	- 52 -
2. La determinazione dei « <i>livelli di qualità</i> » nella produzione ed erogazione dei servizi....	- 55 -

3. Gli interventi nel c.d. mercato vincolato. La delibera 28 dicembre 1999 n. 200 (“ <i>Direttiva concernente l'erogazione dei servizi di distribuzione e di vendita dell'energia elettrica a clienti del mercato vincolato ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481</i> ”).....	- 57 -
4. La delibera 18 ottobre 2001 n. 229 (“ <i>Direttiva concernente le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali attraverso reti di gasdotti locali</i> ”).....	- 61 -
5. La delibera 27 luglio 2017 n. 555/2017/R/com (“ <i>Offerte “a prezzo libero a condizioni equiparate di tutela” (offerte P.L.A.C.E.T.) e condizioni contrattuali minime per le forniture ai clienti finali domestici e alle piccole imprese nei mercati liberi dell'energia elettrica e del gas naturale</i> ”).....	- 63 -
5.1. Le offerte PLACET.....	- 65 -
5.2. <i>Segue.</i> La seconda linea di intervento.....	- 68 -
6. Il titolo IV del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali.....	- 69 -
7. La morosità nel mercato dell'energia e del gas e gli interventi normativi dell'AEEGSI.-	72 -
7.1. L'art. 19 del Testo Integrato Morosità Gas (TIMG): Le clausole negoziali da inserire nel contratto di vendita.....	- 73 -
7.2. L'art. 16 del Testo integrato morosità elettrica (TIMOE): Le clausole negoziali da inserire nel contratto di vendita.....	- 75 -
8. Brevi osservazioni conclusive.....	- 77 -

Capitolo II

GLI EFFETTI DELL'ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE SUL CONTRATTO. UNA POSSIBILE RICOSTRUZIONE SISTEMATICA.

1. L'incidenza dei poteri normativi attribuiti alle Autorità amministrative indipendenti sulla conformazione dei contratti. Le differenti posizioni offerte dalla dottrina.....	- 80 -
2. La genesi storica dell'art. 1339 c.c.....	- 89 -
3. L'inquadramento dell'art. 1339 c.c. tra degradazione del contratto a mera realtà di fatto o conservazione della sua natura negoziale. Le differenti ricostruzioni sistematiche avanzate..-	93 -
4. La riconduzione a sistema dell'art. 1339 c.c.: il dibattito circa la qualificazione della norma come ipotesi speciale di nullità, o come ulteriore applicazione dell'art. 1374 c.c.....	- 95 -
5. <i>Segue:</i> l'art. 1339 c.c. come ipotesi speciale di nullità e i rapporti con l'art. 1419 c.c.	- 98 -
6. <i>Segue.</i> L'art. 1339 c.c. come strumento sanzionatorio del comportamento delle parti tenuto in violazione della disciplina normativa.....	- 102 -
7. Le condizioni di applicabilità dell'art. 1339 c.c.: l'identificazione della norma impositiva. Le conseguenze dell'accoglimento della nozione di legge in senso formale o sostanziale.....	- 103 -
8. L'individuazione delle norme impositive. La superfluità dell'espressa previsione della sostituzione.....	- 108 -
9. <i>Segue.</i> L'assenza della previsione di ulteriori sanzioni diverse dall'invalidità.....	- 111 -

10. Sul significato del termine « <i>clausola</i> »	- 112 -
11. La salvaguardia della volontà delle parti contraenti: sulla applicazione della disciplina dell'annullamento per errore di diritto e dalla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.....	- 117 -
11. Il problema dello <i>ius superveniens</i> . La possibile rilevanza della nullità sopravvenuta..	- 121 -
12. <i>Segue</i> . La fideiussione <i>omnibus</i>	- 124 -
13. <i>Segue</i> : il problema dello <i>Ius superveniens</i> con riferimento al fenomeno dell'usura sopravvenuta.....	- 129 -
14. Il problema delle sopravvenienze normative: brevi osservazioni sulla nullità sopravvenuta.....	- 135 -
15. <i>Segue</i> . Brevi osservazioni sulla categoria della nullità sopravvenuta.....	- 139 -

Capitolo III

LE APERTURE DELLA GIURISPRUDENZA: CONDIZIONI E LIMITI DELL'INTERVENTO DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO.

1. Introduzione.....	- 142 -
2. Il contenzioso relativo alla diretta applicabilità della delibera AEEGSI 28 dicembre 1999 n. 200. Le posizioni dei giudici di merito.	- 142 -
2. L'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione.	- 145 -
3. <i>Segue</i> . L'individuazione delle condizioni verificatesi le quali si determina l'integrazione del contratto di utenza.....	- 148 -

CONCLUSIONI..... - 151 -

BIBLIOGRAFIA..... I

Capitolo I

DISCIPLINA DEL MERCATO E CONFORMAZIONE ETERONOMA DEL REGOLAMENTO

CONTRATTUALE

1. Introduzione.

L'attività delle autorità amministrative indipendenti rappresenta uno tema interdisciplinare per eccellenza, muovendosi a cavallo tra il diritto pubblico ed il diritto privato¹. Così la dottrina pubblicistica ha affrontato la questione dal punto di vista dell'inquadramento di tali attività all'interno del principio, che da Montesquieu in poi ha caratterizzato le democrazie moderne, della tripartizione dei poteri dello Stato², analizzando poi anche il problema del rispetto del principio di legalità che deve permeare l'intera attività amministrativa³; la dottrina civilistica di contro ha negli ultimi anni manifestato un interesse

¹ Gli interpreti hanno tuttavia rilevato come la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato stia progressivamente dissolvendosi per effetto del combinarsi di fattori tra loro eterogenei; da un lato infatti si pone la crescente commistione, a partire dall'avvento delle costituzioni moderne, del sostrato di valori comuni e condivisi che stanno alla base tanto del diritto privato quanto del diritto pubblico, di cui è manifestazione il crescente intervento dello Stato nella regolazione dell'economia; dall'altro lato la crescente internazionalizzazione, nonché il ruolo sovranazionale assunto dalla grande impresa privata sono indicatori della tensione oggi esistente tra le categorie del diritto pubblico e del diritto privato. Sul punto si vedano i contributi raccolti in *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso Nazionale della Società italiana per la ricerca nel diritto comparato, Trento 24-26 settembre 2015, a cura di BENACCHIO e GRAZIADEI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

² Le funzioni svolte da tali Autorità sono notoriamente eterogenee, posto che tali organismi partecipano, benché in diversa misura, a ciascuno di tali poteri, svolgendo sia funzioni normative, che amministrative che decisorie.

Il dibattito, ormai risalente, sulla natura di tali Autorità si è definito con il riconoscimento pressoché unanime della natura amministrativa delle stesse. In questo senso è costante l'orientamento tanto del giudice amministrativo (v. Consiglio di Stato 8 febbraio 2008, n. 421 e 423, in *DeJure*, e ivi per ulteriori riferimenti, secondo cui, nonostante la posizione peculiare che tali Autorità rivestono nei confronti dell'apparato esecutivo, esse non perdono la propria connotazione di organismi amministrativi, soggetti al principio di legalità ed a riserva di legge per il relativo funzionamento) che della giurisprudenza ordinaria (v. Cass. civ. 20 maggio 2002, n. 7341, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1362 ss., con nota di MANGANELLI; in *Giur. It.*, 2003, p. 856 ss., con nota di VANACORE; in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1185 ss., con nota di DE BENEDETTO, secondo cui le autorità amministrative indipendenti hanno per necessità natura amministrativa, non potendo sussistere nel nostro ordinamento un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione).

La dottrina sul punto è estesissima: sul punto si rinvia a TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2017, I, p. 1 ss., e la ricca bibliografia ivi citata. Si veda anche CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 45 ss.

Più in generale, circa la crisi e/o il superamento della tradizionale tripartizione funzionale dei poteri dello Stato, si vedano almeno BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggi di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1994; SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)* [voce], in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, p. 670 ss.

³ Il problema, in particolare, si è posto con riferimento alla possibilità di riconoscere in capo alle Autorità di vigilanza la facoltà di esercitare c.d. poteri impliciti, ovvero poteri che, benché non espressamente attribuiti da una disposizione legislativa, risultino tuttavia essere necessari per il

via via crescente con riferimento al tema della responsabilità derivante dall'omesso o cattivo esercizio dell'azione di vigilanza, che abbia determinato conseguenze lesive nelle sfere giuridico-patrimoniali dei soggetti vigilati, che si siano poi riflesse, nel caso specifico, sui risparmiatori ed investitori⁴. Apparentemente di scarso interesse invece – soprattutto ove paragonato al grande spazio e risalto che la dottrina ha dedicato al tema dei poteri

raggiungimento delle finalità a cui le medesime Autorità sono preposte. Sul punto è possibile rilevare un conflitto all'interno dei giudici amministrativi. Da un lato, infatti, i T.a.r. forniscono un'interpretazione molto stringente del principio di legalità, escludendo così la possibilità che l'Autorità di vigilanza possa emanare delibere prive di un'adeguata e specifica base legislativa: così si vedano le pronunce del T.a.r. Lombardia-Milano, 14 marzo 2013, n. 683, in *Urb. e App.*, 2013, p. 1220 ss., con nota di CARRERA; 6 febbraio 2006, n. 246, in *Foro Amm.*, p. 466, con osservazioni di CACCIARI; 4 aprile 2002, n. 1331, *ibidem*, 2002, p. 1898, con nota di BASSI. Dall'altro lato, invece, il Consiglio di Stato, nell'operare il necessario bilanciamento tra principio di legalità e l'elevato grado di tecnicismo che caratterizza l'attività delle Autorità di vigilanza, ritiene preponderante che quest'ultime vengano messe nella condizione di poter perseguire in maniera effettiva ed efficace gli scopi individuati dalla legge, il raggiungimento dei quali risulterebbe di contro ostacolato da una «rigida predeterminazione legislativa»: cfr. così Cons. di Stato, 20 marzo 2015, n. 1532, in *Foro Amm.*, 2015, p. 760; ID. 2 maggio 2012, n. 2521, *ibidem*, 2012, p. 1284; ID. 17 ottobre 2005, n. 5827, *ibidem*, 2005, p. 3022.

Appare inoltre interessante rilevare come le sentenze del T.a.r. Milano sopra citate abbiano dichiarato l'illegittimità di alcune delibere dell'AEEGSI, che avevano determinato una modificazione del contenuto del contratto, poiché derivante dal mancato rispetto del principio di legalità sostanziale, che, nel caso di specie, veniva fatto discendere «dalla riserva di legge in materia dell'autonomia contrattuale».

Per un'approfondita ricostruzione del tema, si vedano i contributi di MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss.; PANTALONE, *Poteri impliciti delle authorities e «torsioni» del principio di legalità*, in www.astrid-online.it, 2012.

⁴ Il tema della responsabilità da supervisione è stato così oggetto di sempre maggiore attenzione da parte della dottrina, anche in parallelo con l'incremento del contenzioso in materia di danni subiti dai risparmiatori e investitori. Senza alcuna pretesa di completezza, cfr. LOMBARDI, *La «responsabilizzazione» delle autorità di controllo del mercato finanziario. Modelli e funzioni*, Esi, Napoli, 2016; STANZIONE, *Sulla responsabilità della Consob per omessa o inadeguata vigilanza: «substance over form»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013, IV, p. 367 ss.; D'AMBROSIO, *La responsabilità delle autorità di vigilanza: disciplina nazionale e analisi comparatistica*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di GALANTI, Cedam, Padova, 2008.

Anche la giurisprudenza appare ormai orientata nell'ammettere la configurabilità di una responsabilità da omessa vigilanza in capo alle Autorità indipendenti. Per quanto concerne la responsabilità da omessa vigilanza della Consob, si ricordano Cass. civ. 23 marzo 2011, n. 6681, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2013, II p. 1 ss., con nota di RULLI e p. 367 ss., con nota di STANZIONE; in *Corr. giur.*, 2011, p. 1278 ss., con nota di ZUFFI; in *Danno e resp.*, 2011, p. 717 ss., con nota di OSELLA e p. 1175 ss. con nota di PASTORE; in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 857 ss., con nota di RENZULLI; in *Giur. it.*, 2011, p. 2274 ss., con nota di CALEVI; in *La resp. civ.*, 2011, p. 435 ss. con nota di FANTETTI e 2012, p. 27 ss., con nota di FIN; in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 1121 ss., con nota di ANDÒ; in *Resp. civ.*, 2011, p. 1515 ss., con nota di CALDERAI; in *Società*, 2011, p. 793 ss., con nota di ANELLI; nonché il *leading case* relativo alla complessa vicenda relativa all'operazione di investimento "Hotel Villaggio Santa Teresa" rappresentato dalla pronuncia della Suprema Corte, 3 marzo 2001, n. 3132, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 19 ss., con nota di PERRONE; in *Corr. giur.*, 2001, p. 880 ss., con commenti di VISENTINI e BERNARD; in *Foro It.*, 2001, I, p. 1139 ss., con nota di PALMIERI; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 907 ss., con nota di GIACALONE; in *Resp. civ.*, 2001, p. 562 ss., con nota di CARANTA; a cui si collegano le successive sentenze del 17 novembre 2016, n. 23418 (in *Danno e resp.*, 2017, p. 155 ss., con nota di FIN e in *Foro It.*, 2016, I, p. 3771 ss., con nota di PALMIERI) e 25 febbraio 2009, n. 4587, in *Giur. It.*, 2009, p. 2307 ss., con nota di SICLARI.

Nella giurisprudenza di merito si vedano infine le recenti sentenze del Trib. di Novara, 3 giugno 2011, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2013, II, p. 1 ss., con nota di RULLI e di Roma, 28 aprile 2008, *ibidem*, 2009, II, p. 468 ss., con nota di TUCCI; in *Foro It.*, 2008, I, p. 3321 ss., con nota di PALMIERI; in *Giur. merito*, 2009, p. 617 ss., con nota di DURANTE e in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, p. 131 ss., con nota di CREA.

integrativi/correttivi del giudice⁵ – è la questione dei poteri di natura conformativa esercitati dalle autorità di settore⁶. Eppure, come si avrà modo di approfondire nel proseguo di questo

⁵ Si vedano per i contributi più recenti PENNASILICO, *Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 163 ss.; P. PERLINGIERI, “Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale, *ibidem*, p. 204 ss.; PAGLIANTINI – D’AMICO, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto: saggi*, Giappichelli, Torino, 2015; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010.

A dare avvio al vivace dibattito circa i poteri del giudice di modificare il contenuto del contratto è stata la pronuncia delle Sezioni Unite, del 13 settembre 2005, n. 18128, che ha attribuito al giudice di merito la possibilità di ridurre *ex officio* la clausola penale, la quale risulti palesemente sproporzionata rispetto alla prestazione della controparte e alle condizioni contrattuali complessivamente considerate. Per un dettagliato commento della sentenza, si vedano BATELLI, *La riduzione della penale ex officio*, in *Contr.*, 2007, p. 487 ss.; DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 1538 ss.; RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 424 ss.; TATARANO, *C’era una volta l’intangibilità del contratto*, in *Notariato*, 2006, p. 17 ss.; PESCATORE, *Clausola di “irriducibilità” della penale ed estensione analogica dell’art. 1384 c.c.*, in *Obb. contr.*, 2007, p. 892 ss.; MARULLO DI CONDOJANNI, *Considerazioni in tema di equità e spazio giuridico (a proposito di Cass., sez. un., n. 18128/2005)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 191 ss.; CICALA, *La riducibilità d’ufficio della penale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 694 ss..

Il controllo giudiziale sugli atti negoziali ha poi trovato conferma e ulteriori sviluppi nella sentenza della Corte di Cassazione, 18 settembre 2009, n. 20106, secondo la quale i principi di correttezza e buona fede nell’esecuzione e nell’interpretazione dei contratti, dettati dagli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo del contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l’equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l’abuso del diritto. Per le accese reazioni in dottrina si rinvia a D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss.; P. RESCIGNO, “Forme” singolari di esercizio dell’autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault), in *Contr. Impresa*, 2011, p. 589 ss.; CENINI – GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 ss. e MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *ibidem.*, 2009, p. 1577 ss.; PALMIERI – PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l’abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro It.*, 2010, I, p. 85 ss.; BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 286 ss.; NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2547 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell’interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, p. 20139 ss.; PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell’affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 653 ss.; ORLANDI, *Contro l’abuso del diritto (in margine a cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 20147 ss., nonché i contributi raccolti in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di PAGLIANTINI, Giappichelli, Torino, 2010.

L’acme è stato infine raggiunto con l’ordinanza della Corte costituzionale, 24 ottobre 2013 n. 248, che ha ammesso la possibilità di far discendere la nullità della caparra confirmatoria dal contrasto con il dovere inderogabile di solidarietà prescritto dall’art. 2 Cost., il quale, in combinato disposto con il canone della buona fede, a cui attribuisce *vis* normativa, è in grado di «entrare direttamente nel contratto», funzionalizzando così il rapporto obbligatorio, nella misura in cui non contrasti con l’interesse dell’obbligato, al perseguimento della tutela delle posizioni soggettive e degli interessi della controparte negoziale. Per i commenti si rinvia a ASTONE, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3770 ss., e F. P. PATTI, in *Foro It.*, 2014, p. 382 ss. La medesima impostazione è stata da ultimo ripresa da C. cost., ord. 2.4.2014, n. 77, in *Foro It.*, 2014, I, p. 2035 ss., con commenti di LENER, PARDOLESI e SCODITTI. Il medesimo approccio è stato infine adottato anche dalla stessa Corte di Cassazione; cfr. la pronuncia delle SS. UU. 9 maggio 2016, n. 9140, relativa alle clausole *claims made*, ed al commento critico di GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1238 ss.

Per una visione d’insieme del problema si rinvia da ultimo a MACARIO, *L’autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 2016, IV, p. 52 ss.

⁶ In questo senso si è espresso RICCIUTO, in *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in *Diritto dell’economia*, a cura di PICOZZA e RICCIUTO, Giappichelli, Torino, 2017, p. 272-273, secondo cui «il

lavoro, non si tratta di una tematica di scarso rilievo, dal punto di vista sia di ricostruzione sistematica – venendo a toccare i limiti di esplicazione del principio generale di libertà contrattuale – sia applicativo – toccando settori dell’ordinamento molto differenti tra loro.

Ad ogni modo, l’assenza di un quadro comune di riferimento organico ed omogeneo, combinata all’esponentiale e spesso disordinato incremento dei compiti di regolazione delle *Authorities*, rende opportuna in via preliminare una perimetrazione del campo d’indagine, mediante l’individuazione selettiva – condotta *case by case* – non solo delle disposizioni che paradigmaticamente attribuiscono poteri regolativi incidenti sul contratto in via eteronoma, ma anche dei singoli provvedimenti concretamente emanati, al fine di un successivo tentativo di ricostruzione sistematica del fenomeno. Nello specifico, verranno privilegiate le attribuzioni che hanno una diretta incidenza sul contratto, tralasciando le manifestazioni che realizzano un effetto conformativo solo mediato, fondato unicamente sulla forza persuasiva delle esternazioni delle autorità indipendenti: quest’ultimo infatti costituisce un primo e non trascurabile livello di intervento, ma che – non sfruttando basi autoritative cogenti, ma piuttosto canali di «*moral suasion*»⁷ - esula dall’ambito della presente riflessione⁸.

fenomeno della eteronomia nella vicenda dell'autonomia negoziale da parte di soggetti diversi dal legislatore primario – e più segnatamente da parte di soggetti aventi la natura di amministrazione pubbliche – non è stato ancora colto compiutamente dal civilista nella sua dimensione e nella sua portata effettiva, ancora oggi sottovalutandocene gli effetti in relazione alle nostre categorie concettuali ed alla nostra cultura sistematica», aggiungendo poi come «*a tutt’oggi, la riflessione sull’incidenza di queste nuove Istituzioni sul diritto dei privati e sugli strumenti con i quali si esercita la loro attività ha ricevuto scarsa attenzione nell’analisi del civilista, non cogliendosene ancora la effettiva portata ed i rischi connessi al fenomeno, soprattutto con riferimento al tema delle libertà negoziali*».

In effetti, per quanto la letteratura in tema di Autorità amministrative indipendenti abbia assunto ad oggi una consistenza di rilievo, poco numerosi sono i contributi specifici che hanno analizzato compiutamente il tema della conformazione del contenuto negoziale ad opera delle Autorità di vigilanza; con riferimento ai contributi monografici infatti è possibile richiamare VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Jovene, Napoli, 2013; ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Esi, Napoli, 2012; SOLINAS, *Contratto e regolazione del mercato*, Giappichelli, Torino, 2007, nonché i saggi raccolti in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2006.

⁷ Si discorre infatti di atti di “persuasione morale” in relazione alle regole che, pur essendo formalmente non vincolanti, sono comunque idonee ad influenzare il comportamento degli operatori economici. Da qui il conio dell’espressione «*soft law*». In generale, sul fenomeno della soft law cfr. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009; MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008. Per un’analisi comparata si rinvia a BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un’analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, p. 32 ss.

⁸ Per approfondimenti si rinvia a MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio sull’Analisi di Impatto della Regolazione*, www.osservatorioair.it, luglio 2011, P 4/2011. In merito agli atti di persuasione morale emanati da autorità di vigilanza, si veda TAR Lazio, Roma, Sez. I, 9 maggio 2006, n. 3367, in *Foro amm.* TAR, 2006, 5, p 1689, che rileva che «*la Consob agisce, quale autorità di regolazione, oltre che attraverso atti normativi ed amministrativi generali, anche mediante atti di c.d. “moral suasion” (raccomandazioni, comunicazioni, istruzioni, pareri e atti di indirizzo), i quali, pur non corrispondendo a una specifica potestà attribuita dalla legge, sono espressivi della stessa posizione che l’Autorità riveste nell’ambito dell’ordinamento di settore*».

Un'ulteriore selezione si è resa inoltre necessaria con riferimento all'individuazione delle Autorità amministrative indipendenti da fare oggetto di indagine: ad oggi infatti il mercato italiano vede operare, nei settori più differenti, almeno dieci autorità di regolazione, con funzioni e poteri estremamente vari: è possibile così annoverare la Banca d'Italia e la Consob, per quanto riguarda il mercato bancario e finanziario; l'AEEGSI, per il mercato dell'energia; l'IVASS per quello assicurativo; l'AGCOM, per quello delle comunicazioni; l'AGCM, per la supervisione del corretto sviluppo della concorrenza; l'ART, per la regolazione dei trasporti; l'ANAC, per il contrasto alla corruzione; l'AVCP, per la vigilanza sui contratti pubblici; nonché il Garante della privacy.

Tra queste, si è deciso di concentrare lo studio solamente su tre *Authorities*; e così: la Banca d'Italia, poiché i poteri attribuitele dall'art. 117, co. 8 t.u.b., benché non abbiano trovato un'applicazione pratica sino ad un tempo recente, come si vedrà nella successiva analisi, hanno rappresentato il primo banco di prova per la dottrina tesa ad analizzare il fenomeno della conformazione del contenuto contrattuale ad opera di tali autorità; l'IVASS, che, con la disciplina del contenuto delle c.d. polizze *Credit Protection Insurance*, ha dimostrato con estrema chiarezza la volontà del legislatore nazionale, diversamente da quello di altri paesi europei, di fare largo uso di questo strumento di regolazione; ed infine l'AEEGSI, che, date le peculiarità del mercato italiano dell'energia, che ha completato solo recentemente il lungo e complesso processo di liberalizzazione della fornitura di energia elettrica e di gas naturale al cliente finale, ha dato prova di un'attività di regolazione del contenuto del contratto estremamente pervasiva

LA BANCA D'ITALIA

INDICE: 1. L'art. 117, comma 8 del Testo Unico Bancario. La ricostruzione del potere attribuito alla Banca d'Italia; – 2. Le interpretazioni proposte dalla dottrina; – 2.1. L'interpretazione debole; – 2.2. L'interpretazione forte; – 3. I rimedi; – 4. Due applicazioni della norma: la disciplina del contratto di “conto corrente semplice” e di “conto corrente di base”; – 5. Il limite di finanziabilità del credito fondiario. Il dibattito giurisprudenziale tra tipizzazione del contratto e violazione di regole di comportamento.

1. L'art. 117, comma 8 del Testo Unico Bancario. La ricostruzione del potere attribuito alla Banca d'Italia.

Nella sua formulazione attuale, frutto dello stratificarsi di diversi interventi normativi succedutisi nel tempo, l'art. 117 co. 8 del t.u.b. attribuisce alla Banca d'Italia un potere generale di prescrivere che *«determinati contratti individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato»*⁹.

Prima di passare alla ricostruzione della portata normativa di tale disposizione, anche alla luce delle differenti interpretazioni avanzate dalla dottrina, appare opportuno svolgere una breve analisi circa le origini storiche di tale disposizione e le successive evoluzioni che ha subito nel corso del tempo.

⁹ Nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del Testo Unico, molti dubbi erano stati sollevati circa la legittimità costituzionale di tale disposizione, alla luce di un possibile vizio di eccesso di delega. Già in sede di rilascio del parere della Sesta Commissione permanente, nella seduta del 5 agosto 1993, si era evidenziato come il Testo unico, *«oltre a realizzare un'azione di coordinamento e razionalizzazione delle normative esistenti, come previsto nella legge di delega che ne delimitava chiaramente l'oggetto, ha svolto anche un'opera innovativa di sostanziale estensione della normativa esistente, di indubbia rilevanza, che pone consistenti problemi; [...] dato che il testo unico esula dai limiti di competenza della legge-delega, risulta particolarmente inaccettabile l'iter della discussione, che vede un coinvolgimento del tutto marginale e meramente consultivo del Parlamento»*. L'art. 25 della l. 19 febbraio 1992, n. 142 (*“Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee”*) aveva infatti delegato il Governo ad emanare, entro 18 mesi dalla sua entrata in vigore, un testo unico delle disposizioni adottate in attuazione della direttiva del Consiglio 89/646/CEE, coordinato con le altre disposizioni vigenti nella stessa materia, apportandovi le modifiche a tal fine necessarie.

In ogni caso, sul punto pare opportuno condividere – a maggior ragione, oggi, dopo quasi 25 anni dall'emanazione del Testo Unico – la posizione di chi ha ritenuto che non fosse più il caso di indulgere su tale questione, posto che *«di fronte al persistere nella realtà del diritto vivente di una norma, il trascorrere del tempo non può non stemperare il rilievo del suo essere frutto di un eccesso di delega»*; così DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela. Quaderni di ricerca della Banca d'Italia*, n. 49, 1999, p. 24. Nel medesimo senso anche DE NOVA, *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, comma 8 del Testo Unico Bancario*, *ibidem*, p. 67.

Con riferimento, invece, al ruolo del decreto legislativo come fonte di produzione di norme sul contratto e sul possibile vizio di eccesso di delega, si veda, in tema di anatocismo bancario, l'analisi di ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Politica del diritto*, IV, 2001, p. 539 ss.

Tale norma compare, infatti, nel nostro ordinamento *ex novo* con l'entrata in vigore del Testo Unico¹⁰: la formulazione originaria prevedeva che la Banca d'Italia potesse prescrivere che non solo i «contratti», ma anche i «titoli» avessero un contenuto tipico determinato. Successivamente numerosi sono stati gli interventi che hanno modificato l'originaria estensione del potere di intervento attribuito alla Autorità di vigilanza; ed infatti, con l'art. 4 del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che ha *in toto* modificato la precedente formulazione dell'art. 117, co. 8, l'ambito di applicazione del potere di intervento della Banca d'Italia è stato ristretto ai soli contratti¹¹. Per quanto riguarda invece il profilo della legittimazione all'esercizio dei poteri in analisi, si noti innanzitutto che, nel corso degli anni, tale potere è stato inizialmente attribuito alla sola Banca d'Italia; per poi richiedere, con l'art. 25 della l. 28

¹⁰ È stato tuttavia affermato che «*il precedente storico probabilmente più immediato*» di tale disposizione fosse da rinvenirsi nell'art. 32, della l. 7 marzo 1938, n. 141, di conversione del r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375 («*Disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*»), così come coordinato con il successivo d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato del 17 luglio 1947, n. 691, che ha conferito alla Banca d'Italia le funzioni attribuite al cessato Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito; l'art. 32 disponeva infatti che «*le aziende di credito soggette alle disposizioni della presente legge dovranno attenersi alle istruzioni che l'Ispettorato [rectius la Banca d'Italia] comunicherà conformemente alle deliberazioni del Comitato dei Ministri [i.e. il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio], relativamente: [...] b) ai limiti dei tassi attivi e passivi ed alle condizioni delle operazioni di deposito e di conto corrente; c) alle provvigioni per i diversi servizi bancari*». In questo senso, si veda NERVI, *Autorità amministrative e potere autoregolamentare nella predisposizione dei contratti. Riflessioni sull'art. 117, 8 co., T.U. banc.*, in *Banca e finanza tra imprese e consumatori*, a cura di A. GUACCERO e A. URBANI, Bologna, 1999, p. 240.

Secondo PORZIO, *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, p. 148 ss., infatti, data l'ampiezza della formulazione dell'art. 32, la Banca d'Italia avrebbe il potere di emanare «*istruzioni*» che «*potranno vietare la conclusione di determinati tipi contrattuali, imporre o vietare l'inserimento di determinate clausole e nulla esclude che le istruzioni possano anche consistere nel dettare un completo regolamento contrattuale tipo, direttamente, o attraverso l'approvazione di schemi contrattuali predisposti dalle aziende di credito o dalle loro associazioni di categoria*»; pertanto, «*se si accetta questa interpretazione ampia ed elastica, conforme del resto allo spirito della legge bancaria e implicitamente confermata dall'art. 33, secondo comma della stessa legge* (n.d.a. in base al quale i provvedimenti di cui all'art. 32 possono essere di carattere generale, ovvero particolari a categorie di aziende o a singole aziende, e possono essere sempre modificati, con un congruo periodo di preavviso), *si può dire che l'art. 32 consente un controllo amministrativo preventivo sul contenuto dei contratti*».

In senso contrario a tale impostazione, v. NIGRO, *Disciplina della trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Dir. banca mer. fin.*, 1998, II, p. 519.

¹¹ L'impatto di tale restrizione parrebbe *prima facie* di particolare rilievo, ove si consideri che, per molti anni dopo l'introduzione della norma, la Banca d'Italia ha concretamente fatto uso del potere ascrivibile solo con riferimento alle operazioni di raccolta di risparmio su «titoli». Cfr. in questo senso da ultimo la circolare del 21 aprile 1999, n. 229 («*Istruzioni di vigilanza per le banche*»), il cui Titolo II, Cap. III individua per l'appunto le caratteristiche tipiche nominali delle diverse forme di raccolta bancaria che comportano l'emissione di titoli, ivi compresi obbligazioni, certificati di deposito e buoni fruttiferi; con la precisazione, tuttavia, che «*la "tipizzazione" dei menzionati strumenti non preclude, ovviamente, l'emissione di altri titoli di raccolta*». È stato osservato, tuttavia, che tale restrizione non abbia in concreto assunto un significato di rilievo, posto che «*l'emissione dei titoli presuppone comunque un'operazione contrattuale con il cliente, alla quale, nella sua interezza (per quanto riguarda sia il contenuto delle prestazioni sia le caratteristiche del titolo in sé), può pertanto continuare ad applicarsi la potestà di intervento prevista dalla norma*», così MIRONE, *Sub art. 117*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di COSTA, Giappichelli, Torino, 2013, p. 1323.

dicembre 2005, n. 262, che agisse «*d'intesa con la Consob*»¹². Infine, ancora con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 tale potere è stato nuovamente attribuito in via esclusiva alla Banca d'Italia.

Con riferimento, infine, ai soggetti passivi, i poteri attribuiti alla Banca d'Italia possono essere esercitati solamente con riferimento ai contratti predisposti dalle banche o gli intermediari finanziari, che, ai sensi dell'art. 115, co. 1 del t.u.b, esercitino la propria attività nel territorio della Repubblica; di ciò si trova conferma nello stesso art. 117, co. 8, ove si prevede per l'appunto, accanto alla sanzione della nullità dei contratti difformi, «*la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia*».

2. Le interpretazioni proposte dalla dottrina.

La disposizione qui in esame è stata definita un «*importante tassello*» del quadro normativo in tema di trasparenza nei rapporti tra la banca ed il cliente¹³; eppure la sua introduzione ha scatenato un vivace dibattito in dottrina, in particolare per ciò che concerne la natura, il contenuto ed i limiti del potere attribuito alla Banca d'Italia. Tale situazione risulta poi aggravata dalla circostanza che il testo della disposizione in esame presenta «*una certa carica di*

¹² Inizialmente, l'art. 23 del d.d.l. della Camera n. 2436, trasmesso al Senato il 4 marzo 2005, attribuiva tale potere alla sola Consob; questa decisione derivava da una precisa scelta legislativa, espressa anche nella Relazione delle Commissioni permanenti VI (Finanze) e X (Attività produttive, commercio e turismo), presentata alla Presidenza della Camera il 18 febbraio 2005, di attribuire alla Banca d'Italia poteri «*in materia di stabilità macroeconomica, ossia relativa alla prevenzione di crisi bancarie di portata sistemica, e di stabilità microeconomica, ossia relativa alla conservazione di condizioni di equilibrio economico e patrimoniale al livello dei singoli intermediari finanziari*», e di esaltare invece il ruolo della Consob di «*protezione degli investitori, da realizzarsi garantendo sia la trasparenza delle informazioni sia la correttezza dei comportamenti degli intermediari*». Solo all'esito dell'esame in Senato da parte delle Commissioni VI (Finanza e Tesoro) e X (Industria, commercio e turismo), l'articolo venne modificato, attribuendo tale potere in maniera congiunta alla Banca d'Italia e alla Consob. Si noti, tuttavia, che, con il d.lgs. 28 marzo 2007, n. 51 («*Attuazione della direttiva 2003/71/CE relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari, che modifica la direttiva 2001/34/CE*»), è stato modificato l'art. 95 del T.U.F., che attribuisce ora anche alla Consob un generale potere di connotazione, potendo determinare «*quali strumenti o prodotti finanziari, ammessi alle negoziazioni in mercati regolamentati ovvero diffusi tra il pubblico ai sensi dell'articolo 116 e individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, devono avere un contenuto tipico determinato*». Per alcuni spunti sul tema si veda, DE MARI, *Autonomia ed eteronomia nel sistema dei prodotti finanziari (trasparenza vs. tipizzazione)*, in *Autorità e libertà nella disciplina dell'intermediazione mobiliare*, Aracne ed., Roma, 2010, p. 81 ss.

¹³ In questo senso si è espresso l'allora Direttore Generale della Banca d'Italia, Vincenzo Desario, nell'ambito del Suo intervento, «*Caratteristiche e finalità dell'azione della Banca d'Italia nella dinamica evolutiva del diritto dei contratti bancari e finanziari*», tenuto in occasione dell'inaugurazione del corso di Diritto civile europeo presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari il 20 novembre 1999.

(opacità, se non meglio di) ambiguità»¹⁴; essa si limita infatti ad attribuire alla Banca d'Italia un potere generale di prescrivere il «contenuto tipico determinato»¹⁵ di specifici contratti, da individuarsi «attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi», senza fornire tuttavia alcuna ulteriore precisazione, tant'è che è stato icasticamente affermato che l'art. 117, co. 8 t.u.b. è «una norma di cui tutto, allo stato, è oscuro: ne è oscuro l'ambito, ne è oscura la portata, ne sono oscuri gli effetti»¹⁶. In conseguenza di ciò, sono state prospettate in dottrina due diverse interpretazioni, definite, rispettivamente, «debole» e «forte»¹⁷.

2.1. L'interpretazione «debole».

Secondo la lettura «debole» della norma – che risulta essere anche quella maggiormente accolta in dottrina – alla Banca d'Italia non sarebbe attribuito il potere di determinare in via eteronoma il contenuto dei contratti bancari. Ad essa infatti spetterebbe solo il compito di fissare una corrispondenza necessaria tra un determinato *nomen*, riferito ad un certo contratto diffuso nella prassi, e lo specifico contenuto assunto da tale contratto¹⁸.

Tanto discenderebbe anche dall'analisi del primo schema del Testo unico, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 2 luglio 1993, in virtù del quale «fermo restando quanto disposto dall'art. 1322 del codice civile, la Banca d'Italia può prescrivere che particolari denominazioni siano riservati a titoli e contratti che abbiano contenuto determinato dalla medesima Banca d'Italia. Sono inefficaci le clausole contrattuali difformi»¹⁹.

¹⁴ DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, op. cit. p. 23. In senso conforme, DE NOVA, *Contratti bancari doc.*, in *Contratti*, p. 525; FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 184 e ancora p. 187.

¹⁵ Già l'utilizzo della nozione di «contenuto» del contratto comporta rilevanti difficoltà per l'interprete, non presentando interpretazioni univoche in dottrina, divisa tra chi sostiene la coincidenza delle nozioni di «contenuto» ed «oggetto» del contratto, possedendo un'identica valenza concettuale e teorica, e chi, per contro, afferma che le due nozioni esprimano concetti tecnicamente e dogmaticamente differenti. Sul tema imprescindibile è l'opera di CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, Giuffrè, 1966; più recentemente si veda GABRIELLI, *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 10327 ss., e gli autori ivi citati.

¹⁶ Così NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie*, op. cit., p. 523.

¹⁷ Così DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, op. cit., p. 23.

¹⁸ AGRESTI, *Le norme sui contratti*, in *La nuova legge bancaria: il T. U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario*, a cura di FERRO-LUZZI e CASTALDI, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1844; COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012 p. 481; DE ANGELIS, *Sub art. 117*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2001, p. 1700; DE NOVA, *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti*, op. cit., p. 67; ID., *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 938; MIRONE, *Sub art. 117*, op. cit., p. 1321 - 1322; MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 168; TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 4.

¹⁹ Testo riportato, tra gli altri, da DE NOVA, *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti*, cit. p. 67 e da AGRESTI, *Le norme sui contratti*, cit. p. 1843.

Partendo da tale precedente formulazione, si è dunque sostenuto che il legislatore non intendesse attribuire alla Banca d'Italia il potere di limitare l'autonomia contrattuale degli operatori del mercato bancario e creditizio, bensì, per l'appunto, prescrivere una precisa correlazione tra la denominazione di un particolare contratto e il contenuto normativo dello stesso²⁰. *Ratio* della norma pertanto sarebbe quella di garantire la protezione della c.d. uniformità dei linguaggi informativi²¹, attribuendo all'Autorità di vigilanza il potere di determinare una precisa corrispondenza semantica tra il *nomen* di un contratto e la disciplina dettata nel regolamento contrattuale. La finalità ultima perseguita sarebbe quindi quella di evitare che gli istituti di credito possano offrire ai propri clienti degli schemi negoziali, che, pur presentando una determinata denominazione, abbiano poi un contenuto diverso da quello che abitualmente li caratterizza, con conseguente effetto decettivo sulla clientela.

Tale interpretazione trova poi un ulteriore aggancio normativo ove si consideri la collocazione della disposizione in esame all'interno del Testo unico: l'art. 117, infatti, è inserita all'interno del Capo I, dedicato alle “Operazioni e servizi bancari e finanziari”, del Titolo VI, rubricato “Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”; la Banca d'Italia sarebbe pertanto autorizzata ad intervenire solo nei limiti dettati dal perseguimento della trasparenza nei rapporti contrattuali, adottando le misure necessaria ad impedire un utilizzo fraudolento dei *nomina* contrattuali, e, per l'effetto, tutelare i soggetti aderenti a tali contratti²².

La primigenia formulazione dell'art. 117, co. 8 t.u.b., così come entrata in vigore, è infatti il frutto delle modificazioni richieste dalla Commissione permanente VI (Finanze), che, nella seduta del 5 agosto 1993, subordinò il rilascio del proprio parere favorevole al Governo alla circostanza, tra le altre, che il testo dell'art. 117, co. 8, così come approvato dal Consiglio dei Ministri, venisse sostituito con l'attuale testo, in cui: (i) è scomparso il riferimento all'art. 1322 c.c.; (ii) si qualifica come «tipico» il contenuto che la Banca d'Italia può prescrivere ai contratti e ad i titoli specificamente individuati; (iii) la sanzione dell'inefficacia viene sostituita dalla prescrizione della nullità.

Il resoconto sommario della seduta della Sesta commissione è consultabile al seguente link: http://www.camera.it/_dati/leg11/lavori/Bollet/40658_08.pdf.

²⁰ A maggior ragione ove si consideri che, nelle prime applicazioni dell'art. 117, comma 8 del t.u.b., la Banca d'Italia ha avuto cura di dire espressamente che l'esercizio di tale potere non preclude alle parti il ricorso a strumenti differenti. Si veda a questo proposito la già citata circolare del 21 aprile 1999, n. 229 che, nell'individuare le caratteristiche tipiche delle diverse forme di raccolta bancaria che comportano l'emissione di titoli, precisa che «la “tipizzazione” dei menzionati strumenti non preclude, ovviamente, l'emissione di altri titoli di raccolta».

²¹ Espressione di COSTI, *L'ordinamento bancario*, p. 725. Ancora DE NOVA, in *Contratti bancari Doc.*, p. 525 parla di norma che «vieta alla banca di ingannare il cliente giocando con i nomi». In senso conforme, AGRESTI, *Le norme sui contratti*, p. 1845.

²² DE NOVA, in *Trasparenza e connotazione*, p. 937 deduce dalla collocazione sistematica della norma all'interno del Titolo VI – con conseguente applicazione dell'art. 127 t.u.b., in base al quale la nullità può essere fatta valere solo dal cliente – che la disposizione in esame non persegue «finalità di interesse generale e di ordine pubblico, bensì di tutela del cliente».

Secondo l'interpretazione qui in esame, dunque, il potere attribuito alla Banca d'Italia non potrebbe concretizzarsi in una forma di «tipizzazione» dei contratti offerti da banche e intermediari finanziari²³, da intendersi, secondo l'insegnamento tradizionale, alternativamente, come riconduzione dei casi presenti nella prassi a tipi legali noti oppure come assunzione di schemi utilizzati nella prassi e non ancora regolati all'interno di una disciplina normativa, di rango primario o secondario²⁴; bensì di un fenomeno diverso, che è stato definito di «connotazione» del contratto²⁵.

Ulteriore corollario dell'interpretazione qui analizzata è che la Banca d'Italia potrebbe esercitare questo potere solo con riferimento ai contratti – legalmente o socialmente – tipici, restando tuttavia salva la libertà delle parti di creare nuovi tipi contrattuali diversi da quelli già regolati dalla Banca d'Italia. A quest'ultima spetterebbe quindi un mero potere ricognitivo di tipi contrattuali già affermatesi nella prassi, con l'effetto di cristallizzarne il contenuto direttamente, oppure tramite rinvio *per relationem* (ad esempio a quanto elaborato dall'ABI)²⁶.

2.2. L'interpretazione «forte».

Secondo la lettura «forte» della norma, invece, alla Banca d'Italia sarebbe attribuito il compito di prescrivere il contenuto di determinati contratti, identificati o attraverso una particolare denominazione oppure sulla base di specifici criteri qualificativi²⁷; tale norma infatti istituirebbe una sorta di «riserva di intervento» dell'autorità di vigilanza sul contenuto del contratto, la quale sarebbe quindi intitolata della possibilità di individuare una serie, più o meno ampia, di obbligazioni indefettibili, che rappresentano il nucleo portante – ed in questo senso “tipico” – di uno specifico contratto regolato. L'esercizio di questo potere così interpretato rappresenterebbe quindi uno strumento volto ad incrementare la trasparenza dei

²³ Benché questo termine sia spesso impropriamente utilizzato anche dalla dottrina sostenitrice della interpretazione «debole»; cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, p. 724.

²⁴ DE NOVA, in *Trasparenza e connotazione*, p. 938.

²⁵ Tale espressione fu coniata da DE NOVA, che riferisce (in *Trasparenza e connotazione*, p. 938, nt. 8) di averla utilizzata nel significato proposto da J.S. Mill nel suo libro *A System Of Logic, Ratiocinative And Inductive*, il quale aveva analizzato la contrapposizione tra «denotations», da intendersi come quel termine che indica quel particolare gruppo di cose che è chiamato ad individuare, e «connotations», ovvero sia quel termine che non solo denota un soggetto, ma implica anche l'attribuzione di un attributo.

In senso adesivo, cfr. DE ANGELIS, *Sub art. 117*, p. 1700 – 1701.

²⁶ DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, p. 939.

²⁷ Tesi prospettata, prima in forma dubitativa, da NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banc. fin.*, 1993, I, p. 571 ss. e successivamente confermata dallo stesso autore, in *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie*, op. cit., p. 520; in senso analogo, GIORDANO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 1254, che parla di «tipizzazione amministrativa».

In senso critico, BUONOCORE, *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, impr. soc.*, 1994, p. 182.

rapporti negoziali, trasparenza intesa, però, non nel senso di promozione di un flusso informativo maggiormente chiaro e comprensibile tra il cliente e la banca (come accade ove si accolga l'interpretazione c.d. debole della norma), bensì nel senso di perseguimento della riduzione o della cancellazione delle opacità e degli squilibri che possono caratterizzare il regolamento contrattuale, favorendo in questo modo il riequilibrio delle posizioni delle parti contraenti²⁸.

Questa interpretazione è stata oggetto di aspre critiche. In primo luogo è stato sostenuto che un simile meccanismo di determinazione *ab externo* del contenuto delle condizioni generali di contratto, offerte dalle banche e dagli intermediari finanziari, può essere previsto solo dal legislatore ordinario e solo alla condizione di stabilire i criteri che ne legittimino l'utilizzo nel caso concreto²⁹.

²⁸ NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, p. 538. Di funzione equitativa della norma discorre GIORDANO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, p. 1254.

Contro questa ricostruzione che lega la trasparenza al riequilibrio delle posizioni delle parti contraenti, si è espressa altra parte della dottrina, evidenziando come «*altro è perseguire la trasparenza, altro è perseguire l'equilibrio delle prestazioni*»; cfr. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 712; COSTI, *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, *ibidem*, p. 721.

In generale sui diversi significati che possono essere associati al termine trasparenza, si rinvia a DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1998, I, p. 29 ss.

²⁹ MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario. Trasparenza, concorrenza e autonomia privata nella (nuova) regolazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 281 – 282. In senso analogo, MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 170, che, condividendo l'opinione di MIRONE, espressa in *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 49, afferma che una norma che attribuisse alla Banca d'Italia il potere di garantire un equo contenimento degli interessi delle parti non potrebbe sottrarsi ad un sospetto di illegittimità costituzionale, posto che verrebbero attribuiti ad un'autorità amministrativa settoriale dei «*generali (e generici) poteri normativi in funzione limitativa dell'autonomia privata*».

In senso contrario, tuttavia, si veda ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di GITTI, Bologna, Il Mulino, 2006, in p. 65 ss. ed in particolare p. 73 e ss., ad avviso del quale, riprendendo la teoria di Irti dello «*scambio senza accordi*», i contratti conclusi nei c.d. mercati dei servizi di massa non sarebbero soggetti alla copertura di cui all'art. 1322 c.c. – posto che «*l'autonomia si restringe, in quel caso, alla banalità di un sì o di un no, alla scheletrica povertà della decisione di scambiare*» – e, pertanto, potrebbero soggiacere a fonti di disciplina eteronome di rango secondario. Con il limite, tuttavia, che tale potere secondario venga attribuito da una norma delegificante e venga esercitato nel rispetto dei vincoli all'operato della p.a., ovvero sia l'eccesso di potere, la violazione di legge e l'incompetenza.

Ancora più estrema la posizione di MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, *ibidem*, p. 43 ss., il quale ritiene che nella materia della regolazione affidata alle autorità indipendenti sia da intendersi oramai superata la garanzia della riserva di legge a tutela dell'autonomia privata; questo poiché la riserva di legge di cui all'art. 41 Cost. è prevista per l'intervento pubblico nell'economia, ma non invece per la regolazione, la quale è «*legittimata ogniquale volta non si manifesti il contraddittorio paritario ed è legittima ogniquale volta sia sostitutiva di una attività negoziale privata inesistente*» e che, per l'effetto, è una forma di tutela diretta dalla libertà economica combinata con il principio di eguaglianza (la *par condicio* concorrenziale) ora garantita anche dalla normativa comunitaria.

In senso contrario alle tesi qui da ultimo prospettate, NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie*, cit. p. 521 – 522, che, pur ritenendo corretta la sola lettura «*forte*», ritiene che tale norma sollevi forti dubbi di costituzionalità sotto l'aspetto del contrasto con l'art. 41 Cost., urtando vistosamente con il principio di

Ancora è stato sostenuto come proprio la previsione della nullità del contratto difforme – ove si accolga, però, la tesi della nullità totale, e non già parziale delle sole clausole difformi –³⁰ sia indicativo della volontà del legislatore di attribuire al cliente un eccezionale diritto di pentimento, che si giustifica, appunto, per il fatto che il prodotto acquistato non corrisponde alle sue legittime aspettative³¹.

In ogni caso, questa distinzione tra interpretazione «debole» e «forte», se appare nitida in astratto, assume indubbi caratteri di opacità, rischiando persino di scomparire, ove calata sul piano concreto; la stessa selezione in chiave connotativa, infatti, degli elementi da ricondurre ad un «*contenuto tipico*» fra quelli offerti dalla prassi finisce infatti inevitabilmente con il comportare una vera e propria conformazione o tipizzazione³².

A fronte delle difficoltà incontrate nel individuare la portata normativa – e soprattutto i limiti applicativi – dell'art. 117, co. 8 t.u.b., si è infine proposta una tesi che riconducesse ad unità le due letture sopra analizzate: si è infatti affermato che, a fronte del carattere ambiguo e generale della norma, non sussistono elementi, né dal punto di vista logico né giuridico, che portino le due interpretazioni sopra considerate ad escludersi a vicenda³³.

3. I rimedi.

Dall'inosservanza da parte delle banche e degli intermediari finanziari delle previsioni dettate dalla Banca d'Italia derivano due differenti tipologie di sanzioni, che operano sia sul piano amministrativistico che civilistico.

L'art. 144, comma 1, lett. d) t.u.b. infatti prevede in capo ai soggetti che offrano contratti in violazione dell'art. 117, co. 8 l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, da

riserva di legge ivi espresso, vuoi per «*l'estrema latitudine del potere attribuito all'A.V.*» e vuoi perché l'autore ritiene in via di principio «*spreclusa la possibilità di attribuire ad un'autorità amministrativa, sia pure sulla base di regole e criteri precisi, il potere di «governare» [...] l'intero assetto di rapporti privati, con efficacia cogente fra le parti, a pena addirittura di nullità.*»

Ritiene invece tale norma conforme alla previsione dell'art. 41 Cost. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, Esi, 2000, p. 82 – 83.

³⁰ Sul punto, però, degli effetti del mancato rispetto del contenuto tipico determinato dalla Banca d'Italia, come verrà precisato nel proseguo, le interpretazioni offerte in dottrina divergono.

³¹ MIRONE, *Le «fonti private» del diritto bancario*, p. 282.

³² NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie*, p. 521.

³³ GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Autonomia privata e le autorità indipendenti*, op. cit., p. 97 il quale ritiene che il potere normativo delegato dalla norma in esame alla Banca d'Italia possa essere esercitato in tre modi: (i) come *tipizzazione* in senso tecnico di nuovi titoli o contratti, senza preclusione ovviamente per le parti di ricorrere a strumenti diversi; (ii) come *connotazione* o predisposizione del contenuto non solo economico (*ex art. 117, comma 4, del testo unico in esame*) ma anche giuridico dei contratti legalmente tipici, senza preclusione per le parti, se immuni da intenti elusivi, di inserire clausole che «*aggiungano qualcosa*»; (iii) come controllo, necessariamente successivo, e quindi come eventuale modifica dei formulari redatti unilateralmente dall'ABI (corsivi dell'a.).

euro 30.000 sino ad un massimo del 10 per cento del fatturato, da calcolarsi secondo le modalità ora stabilite dal provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012, in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa³⁴.

Sul piano dei rimedi civilistici, invece, è lo stesso art. 117, co. 8 del t.u.b. a stabilire la sanzione della nullità per i «*contratti difformi*». Si tratta nondimeno di una nullità di protezione, così come stabilito dall'art. 127, comma 2 t.u.b., il quale stabilisce che le ipotesi di nullità previste dal Titolo VI «*operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice*»³⁵.

È stato affermato come la nullità qui in esame possa discendere dal verificarsi di due ipotesi differenti, che parrebbero, però, essere assoggettate alla medesima disciplina: l'una – astrattamente più frequente – in cui il contratto identificato con un certo *nomen* abbia un contenuto tipico differente da quello prescritto dalla Banca d'Italia; la seconda, in cui il contratto presenti un *nomen* diverso, ma un contenuto identico a quello «*tipizzato*» dalla Banca d'Italia³⁶. La tesi tuttavia non convince: se, infatti, il contenuto del contratto posto in essere dalle parti è in tutto conforme a quello disciplinato dalla Banca d'Italia, con un'unica eccezione del *nomen* utilizzato dalle parti, appare lecito innanzitutto domandarsi in che cosa possa essere individuata quella difformità, che l'art. 117, co. 8 t.u.b. pone come elemento

³⁴ L'art. 1.6 del provvedimento citato infatti individua una diversa nozione di fatturato a seconda che si tratti di: (i) banche, società finanziarie, istituti di moneta elettronica e di pagamento, per il quali il fatturato coincide con l'aggregato definito dal Regolamento UE n. 575/2013 («*Relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012*»); (ii) imprese di assicurazione e riassicurazione, per le quali il fatturato è da identificarsi con l'aggregato risultato dalla somma algebrica di una selezione di voci proprie del conto economico; (iii) per tutte le altre imprese non rientranti nelle categorie precedentemente elencate, per le quali il fatturato è da determinarsi sulla base della somma degli importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi e corrispondenti alla loro normale attività, previa detrazione degli sconti concessi sulle vendite nonché dell'imposta sul valore aggiunto e di altre imposte direttamente legate al fatturato.

³⁵ Prima della modifica introdotta dall'art. 4 del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 («*Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi*») la precedente formulazione dell'art. 127 t.u.b. si limitava a prevedere che le nullità ivi previste potessero essere fatte valere solo dal cliente. Negli ultimi anni il tema delle c.d. nullità speciali è stato oggetto di approfondite analisi ad opera della dottrina; per i contributi più recenti si vedano POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, Esi, 2016; ALESSI, *Nullità di protezione e poteri del giudice*, in *Europa e dir. priv.* 2014, p. 1141 ss.; GENTILI, *La "nullità di protezione"*, *ibidem.*, 2011, p. 77 ss.; AA. VV. *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di BELLAVISTA e PLAIA, Milano, Giuffrè, 2011, *passim*; MANTOVANI, *Le "nullità di protezione" nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di G. Cian*, Padova, Cedam, 2010, II, p. 1627 ss. Specificamente sull'art. 127 t.u.b. si veda GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 t.u.b. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di G. De Nova*, II, Milano, Giuffrè, 2015, p. 1589 ss., nonché in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, I, p. 172 ss.

³⁶ NIGRO, *Disciplina di trasparenza*, pp. 522-523.

necessario per la dichiarazione di nullità ivi disciplinata. Senza considerare, inoltre, che l'utilizzo dei generali criteri di interpretazione del contratto impedirebbe l'applicabilità del rimedio della nullità, posto che, per solide dottrina e giurisprudenza, il *nomen iuris* adottato dalle parti non vincola l'interprete, il quale è libero di procedere autonomamente alla correzione dell'autoqualificazione del contratto compiuta dalle parti³⁷.

Sulla portata della nullità dettata dalla norma in esame sono state sollevate alcune perplessità in dottrina. In primo luogo tale sanzione è stata ritenuta eccessiva e contraria allo spirito di tutela del cliente che permea l'intera disciplina dettata dal Titolo VI del t.u.b.; è stato infatti sostenuto come la migliore protezione per il cliente sia l'inefficacia della clausola difforme alle prescrizioni della Banca d'Italia³⁸. Questo perché, in senso contrario, il cliente si verrebbe a trovare, una volta rilevata la difformità, a dover decidere se far valere la nullità, e quindi essere obbligato a tutte le restituzioni del caso, oppure, nell'ipotesi in cui il regime delle restituzioni non offra una tutela sufficiente, subire la difformità, mantenendo così lo *status quo ante*³⁹. Senza considerare poi che la sanzione della nullità – con la conseguenziale imprescrittibilità dell'azione da parte del cliente – creerebbe una situazione di incertezza nei rapporti con l'intermediario⁴⁰.

³⁷ Rappresenta infatti un principio pacifico tanto in dottrina che in giurisprudenza che il giudice, chiamato ad interpretare il contratto sottoposto al suo giudizio ex artt. 1362 c.c. ss., debba procedere secondo due fasi distinte: inizialmente, infatti, è chiamato a identificare la volontà manifestata dalle parti; solo successivamente, nella fase di sussunzione, egli deve confrontare la fattispecie contrattuale concreta ed il tipo astrattamente definito dalla norma per verificare se la prima corrisponde al secondo al fine dell'assunzione degli accertati elementi nella corrispondente fattispecie legale. Nel fare ciò egli non è vincolato al *nomen iuris* utilizzato dalle parti, ma è libero di inquadrare la fattispecie sottoposta al suo esame nello schema giuridico che ritiene di volta in volta più rispondente alla volontà delle parti.

Sul punto la giurisprudenza, che ha avuto modo di esprimersi con una certa frequenza relativamente al rapporto tra contratto definitivo e tutti quegli atti attraverso cui le parti hanno sì manifestato, durante lo svolgimento delle trattative, un principio di accordo, ma che rappresentano solamente una fase della formazione progressiva del contratto (v. la minuta contrattuale; la lettera di intenti) è pressoché costante: si vedano le pronunce della Corte di Cassazione, 6 giugno 2017, n. 14006, in *DeJure*; ID. 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Giur. it.*, 2010, p. 830 ss., con nota di BOTTONI, e in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 428 ss., con nota di TORRESANI; ID. 16 ottobre 2007, n. 21620, in *DeJure*; ID. 20 novembre 2002, n. 16342, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2171 ss. Con riferimento alla qualificazione del contratto come preliminare o definitivo, si veda Cass. civ. 6 giugno 1983, n. 3856, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, p. 187 ss.

In dottrina si veda BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371*, rist. agg., Milano, Giuffrè, 2013, p. 23 ss., e gli autori ivi citati.

Sulla problematica distinzione tra interpretazione e qualificazione, si veda però CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto. III. Regolamento*, diretto da V. ROPPO, Milano, Giuffrè, 2006, p. 305 ss.

³⁸ DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, p. 940. Tesi questa in linea con il testo originario della norma approvato dal Governo il 2 luglio 1993, che prevedeva appunto le clausole contrattuali difformi fossero inefficaci.

³⁹ DOLMETTA, *Trasparenza dei contratti bancari*, cit. p. 305.

⁴⁰ DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, p. 940 – 941.

Tale tesi tuttavia non è condivisa da altri autori, secondo i quali la questione della nullità sarebbe un «*non problema*»⁴¹.

Non sono infine mancate opinioni intermedie, che, nel cercare di risolvere i problemi applicativi derivanti dalla nullità totale prescritta dall'art. 117, co. 8 t.u.b., hanno affermato che – in analogia con quanto previsto dal combinato disposto dei commi 6 e 7 dell'art. 117 t.u.b. – tale nullità potrebbe essere qualificata come parziale⁴², con conseguente sostituzione automatica della parte difforme con il contenuto normativo tipizzato⁴³.

Ulteriore e diverso tema, infine, riguarda l'applicabilità dell'art. 127, comma 1 t.u.b., che prevede la derogabilità *in melius* delle disposizioni del Titolo VI, ivi compreso l'art. 117, comma 8: l'opinione maggioritaria propende, tuttavia, forte anche del tenore letterale della norma, ad escludere la possibilità di derogare al contenuto tipico dettato dalla Banca d'Italia⁴⁴.

⁴¹ LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 229.

⁴² Così MAJELLO, *Sub art. 117*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commentario*, a cura di BELLI e al., Bologna, Zanichelli, 2003, p. 1944; In tal senso pare esprimersi anche DE ANGELIS, *Sub art. 117*, p. 1701.

⁴³ Soluzione questa prospettata anche da DOLMETTA, *Normativa di trasparenza*, p. 27, secondo il quale, ove si accolga la tesi per cui l'art. 117, comma 8 t.u.b. è una norma posta a presidio della «*uniformità dei linguaggi informativi*», la protezione dell'aderente “ingannato” dovrebbe comportare non la nullità del contratto, bensì che venga comunque posta in essere l'operazione voluta, ma di contenuto identico a quello delineato dalla Banca d'Italia; con conseguente applicazione del meccanismo di sostituzione automatica di clausole ex art. 1339 c.c..

Implicitamente in questo senso ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, Esi, 2012, p. 178; NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie*, cit. p. 522, secondo il quale ipotizzare l'applicabilità dell'art. 1339 c.c. permetterebbe di risolvere altre non facili questioni, ed in particolare se basti una qualsiasi difformità, anche minima, a comportare la nullità, o ancora l'applicabilità del meccanismo di conversione del contratto nullo ex art. 1424 c.c.

Per l'adozione di questa impostazione, ma con specifico riferimento al conto corrente di base, cfr. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, I, p. 71 – 72.

⁴⁴ In senso contrario, DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, p. 939, secondo cui, posto che l'art. 117, comma 8 t.u.b. «*attribuisce un potere alla Banca d'Italia, e non disciplina i rapporti contrattuali*», non appare possibile «*predicare, per tale disposizione, la inderogabilità in peius (o la derogabilità solo in melius)*».

In senso contrario, cfr. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie*, p. 522, che ammette, dato il tenore letterale dell'art. 127, co. 1 t.u.b., la possibilità di una deroga; evidenzia tuttavia i problemi applicativi di tale opzione, non essendo chiari in che termini (deroga rispetto a che; da parte di chi) essa potrebbe operare; e rileva che, in ogni caso, ammettere la derogabilità significherebbe «*far saltare*» l'intero meccanismo dettato dall'art. 117, co. 8 t.u.b.

4. Due applicazioni della norma: la disciplina del contratto di “conto corrente semplice” e di “conto corrente di base”.

Si è già ricordato come la Banca d'Italia abbia inizialmente esercitato i poteri attribuiteli dall'art. 117, co. 8 t.u.b. solo con riferimento ai «titoli», lasciando invece impregiudicata la disciplina dei contratti.

Tale situazione è stata tuttavia modificata con il provvedimento del 29 luglio 2009, recante una nuova disciplina della “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*”, il cui paragrafo 4, della Sezione III, dedicata appunto ai «Contratti», autorizzava le banche ad offrire «ai consumatori un “Conto corrente semplice”, il cui contenuto tipico è determinato [...] in applicazione dell'art. 117, comma 8, del T.U.B.». La disciplina del conto corrente semplice ha rappresentato dunque la prima applicazione dell'art. 117, co. 8 t.u.b. con riferimento ai contratti conclusi nel mercato bancario.

Il primo riferimento al conto corrente semplice è rinvenibile nella Relazione illustrativa del progetto di provvedimento predisposto dalla Banca d'Italia⁴⁵ ed offerto in pubblica consultazione il 18 marzo 2009⁴⁶. Nel perseguire l'obiettivo di rendere le offerte contrattuali più comprensibili e, per l'effetto, comparabili più facilmente, la Banca d'Italia decideva di fare leva, tra gli altri strumenti, anche sulla c.d. «standardizzazione» dei contenuti di un prodotto offerto sul mercato: ipotizzava così la creazione di un «conto corrente semplice»⁴⁷, destinato a

⁴⁵ A onore del vero, in Italia era già presente sul mercato il c.d. «*Servizio bancario di base*», offerto dalle banche partecipanti al Consorzio Patti Chiari, istituito dall'ABI nel settembre 2003; si trattava questo di uno schema negoziale caratterizzato da una totale libertà di tariffazione, un servizio minimo garantito ai clienti (ad esempio, versamenti, accrediti periodici e domiciliazioni) e il divieto di includere alcuni servizi (ad esempio, assegni e finanziamenti) e di intrattenere altri rapporti con la stessa banca.

⁴⁶ Si noti come l'esercizio di poteri regolatori da parte delle Autorità di vigilanza venga sempre accompagnato da procedimenti di consultazione pubblica, giustificati anche sulla base del fatto che una maggiore partecipazione dei soggetti interessati al processo decisionale dovrebbe garantire una maggiore condivisione, e conseguentemente *enforcement*, delle scelte di regolazione adottate. L'importanza di questa pratica di inclusione dei soggetti interessati è stata poi ulteriormente sottolineata dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui la garanzia di partecipazione e di contraddittorio rappresenta uno strumento in grado di compensare il gap democratico delle Autorità di vigilanza, le quali, dunque, ricaverrebbero la loro indipendenza e neutralità «dal basso» (così Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Foro It.*, 2011, III, p. 152 ss., con nota di COCCONI, e in *Gior. dir. amm.*, 2010, p. 947 ss., con nota di DEL GATTO). Sul punto si veda anche l'analisi empirica di RAIOLA, *La consultazione nelle Autorità indipendenti*, in *Osservatorio sull'Analisi di impatto della regolazione*, www.osservatorioair.it, gennaio 2010.

Recentemente la Banca d'Italia ha provveduto a regolare il procedimento di adozione di atti aventi natura normativa o a contenuto general con il regolamento del 24 marzo 2010, (“*Disciplina per l'adozione, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria, degli atti di natura normativa o di contenuto generale*”), il cui art. 4 vincola la Banca d'Italia a sottoporre le ipotesi di atti normativi da adottare alla pubblica consultazione dei destinatari degli stessi, nonché ai consumatori e alle altre categorie eventualmente interessate.

⁴⁷ Come vedremo, la disciplina di un conto corrente con caratteristiche standard è stato oggetto di interesse anche a livello europeo, venendo collocato tra gli strumenti che possono favorire l'inclusione

fasce di clientela con esigenze finanziarie elementari, con caratteristiche standardizzate in termini di servizi minimi (quali ricevere ed effettuare bonifici, prelevare con una carta bancomat, pagare le utenze) e tariffazione *flat*⁴⁸.

La base giuridica di tale schema contrattuale veniva agevolmente individuata dalla Banca d'Italia nell'art. 117, co. 8 t.u.b.: in questo modo, infatti, non si sarebbe imposto alcun obbligo in capo alle banche di offrire tale contratto, ma, ove queste avessero optato per tale scelta, non avrebbero potuto immettere sul mercato contratti, dotati dell'etichetta di "conto corrente semplice", ma aventi un contenuto diverso da quello disciplinato dalla Autorità di vigilanza.

Tale proposta è stata accolta in sede di consultazione con giudizi contrastanti: le associazioni dei consumatori hanno infatti approvato con favore l'adozione di tale strumento⁴⁹. Maggiori dubbi e criticità sono stati invece sollevati dalle banche: alcune hanno infatti paventato come l'utilizzo dell'espressione «*semplice*» farebbe automaticamente percepire ai clienti le altre tipologie di conto corrente offerte sul mercato come "non semplici"; altre hanno evidenziato l'insuccesso di iniziative analoghe e come proprio l'applicazione dell'art. 117, co.8 t.u.b., con conseguente nullità dei contratti difformi dal modello predisposto, appaia una soluzione gravosa e vincolistica; altre ancora hanno invece

finanziaria. La questione della *Financial exclusion* ha infatti assunto una cruciale rilevanza nell'ultimo decennio a livello di politiche globali, indicandosi con tale termine quel fenomeno in base al quale «*people encounter difficulties accessing and/or using financial services and products in the mainstream market that are appropriate to their needs and enable them to lead a normal social life in the society in which they belong*» (questa è la definizione proposta dal DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Inclusion, nel Report «*Financial services provision and prevention of financial exclusion*», pubblicato nel marzo 2008). A livello europeo si è cominciato dunque a parlare di attivare politiche per favorire la *Financial inclusion* già nel 2007, con il documento di lavoro, presentato dalla Commissione nell'ambito della *Single market review*, illustrante le *Initiatives in the area of retail financial services*, dove si legge che «*the issue of financial inclusion is of particular importance in this context. In many Member States, citizens are not guaranteed access to a basic bank account. This usually prevents the people concerned from having access to other financial services and is an important factor of social exclusion. In line with the views of the European Parliament, and on the basis of a thorough assessment of the situation prevailing in all Member States, reflection should progress on how to ensure that, by a certain date, nobody is denied access to a basic bank account*». Per ulteriori approfondimenti, si rimanda a MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, p. 57 – 64.

⁴⁸ Secondo la Banca d'Italia, infatti, il conto corrente semplice rappresenterebbe uno strumento «*particolarmente trasparente*», posto che, grazie al fatto che possiede le medesime caratteristiche per tutte le banche che lo offrono, il suo costo è facilmente confrontabile. Qualora, poi, la tariffazione dei servizi offerti sia *flat*, ovverosia senza costi variabili, si assicurerebbe poi un massimo livello di trasparenza.

⁴⁹ Si vedano le osservazioni inviate dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti. I *Position papers* pervenuti sono consultabili al seguente link: <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2009/resoconto-consultazione-pubblica/index.html>.

Si veda inoltre il resoconto della consultazione, pubblicato nel luglio 2009, e consultabile al seguente link: https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2009/resoconto-consultazione-pubblica/Tabella_resoconto_consultazione.pdf.

ritenuto necessario una disciplina ancora più pervasiva in accordo con la funzione sociale che tale conto corrente andrebbe a svolgere; da ultimo si era rilevato come le finalità che si intendeva perseguire con il conto corrente semplice fossero già adeguatamente soddisfatte dall'iniziativa di autoregolamentazione del «*Servizio Bancario di Base*».

Dopo la chiusura della fase di consultazione, la Banca d'Italia manifestava la propria decisione di adottare tale schema contrattuale⁵⁰, formalmente ribadendo la legittimazione del proprio intervento in forza dell'art. 117, co. 8, t.u.b., e, per l'effetto, sancendo così anche la nullità di eventuali contratti denominati conto corrente semplice, ma privi delle caratteristiche minime sancite dalla stessa Autorità.

Nelle sue linee generali, il conto corrente semplice viene definito come quel contratto che offre al consumatore⁵¹ di «*usufruire, verso il pagamento di un canone annuo fisso, di un rapporto di conto corrente che prevede un numero determinato di operazioni di scritturazione contabile e di servizi*», numero che deve essere stabilito dalla stessa Banca d'Italia sulla base di un accordo tra l'Associazione Bancaria Italiana e la maggioranza delle Associazioni facenti parte del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU).

Alla banca viene quindi garantita la possibilità di offrire al consumatore due distinti modelli contrattuali, a seconda che le operazioni siano eseguite allo sportello oppure *online*; inoltre viene lasciata la facoltà di determinare liberamente il canone annuo onnicomprensivo dovuto dal consumatore, nonché il tasso di interesse creditorio. Nessuna spesa, onere o commissione può infine essere addebitata all'infuori del predetto canone e degli oneri fiscali

⁵⁰ Nella Relazione illustrativa, infatti, la Banca d'Italia aveva affermato che l'introduzione della disciplina del conto corrente semplice sarebbe dipesa dall'interesse che esso avrebbe suscitato nelle banche e nei consumatori; e, pertanto, in attesa di conoscere tale valutazione, non era stata inserita nello schema di provvedimento regolamentare. Considerato quindi l'appoggio offerto dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, la Banca d'Italia ha così provveduto alla regolamentazione del conto corrente semplice; tuttavia, al fine di assicurarne l'efficacia e la piena condivisione dei suoi contenuti da parte degli operatori del mercato, l'individuazione concreta del numero delle operazioni e dei servizi da comprendere è stata rimessa ad un accordo tra l'ABI e la maggioranza delle associazioni dei consumatori facenti parte del CNCU; con l'avvertimento, però, ove non fosse stato raggiunto un accordo entro il 31 ottobre 2009, tale individuazione sarebbe stata effettuata, d'intesa con la Consob, dalla Banca d'Italia stessa.

⁵¹ Nell'analisi d'impatto contenuta nella Relazione al progetto, viene sottolineato come l'introduzione del conto corrente semplice comporti benefici di notevole rilievo per la clientela, che godrebbe di un vantaggio diretto – l'offerta sul mercato di prodotti semplificati e potenzialmente meno costosi – e di uno indiretto – la maggiore semplicità della comparabilità delle condizioni contrattuali offerte dalle diverse banche incrementerebbe il grado di concorrenza sul mercato. Tali benefici risultano superiori rispetto agli aggravii di costi di *compliance* in capo agli intermediari, i quali, in ogni caso, non sono obbligati ad offrire il nuovo schema contrattuale, rimanendo dunque a loro la valutazione circa la convenienza o meno dell'offerta. Per le banche si avrebbero inoltre dei benefici in termini di contenimento del rischio di reputazione.

previsti dalla legge⁵². Inoltre, l'informativa periodica deve essere resa su base almeno trimestrale, ed i relativi costi sono inclusi nel canone annuo.

Infine, con provvedimento del 27 novembre 2009, la Banca d'Italia ha recepito il contenuto dell'accordo, concluso il 28 ottobre dello stesso anno tra l'ABI e le associazioni consumeristiche facenti parte del CNCU diretto a determinare il numero di operazioni proprie del conto corrente semplice; nel canone base dunque venivano compresi: sei elenchi movimenti, sei prelievi allo sportello, sei prelievi su ATM di altre banche, sei bonifici e dodici versamenti allo sportello, a cui si aggiungeva il divieto di offrire servizi aggiuntivi⁵³. I clienti inoltre potevano effettuare illimitatamente prelievi ATM presso altre banche del gruppo, domiciliazioni, accredito di giroconti e bonifici e operazioni con carte di debito.

Spettava infine all'intermediario determinare liberamente il canone annuo onnicomprensivo e il tasso di interesse creditore, con l'auspicio dei sottoscrittori dell'accordo, tuttavia, che «*considerata la rilevanza degli obiettivi di inclusione finanziaria e tenuto conto delle caratteristiche dei potenziali destinatari del prodotto*» venissero applicate «*alla clientela condizioni di particolare favore, valutando – ad esempio – la possibilità di offrire un “canone bloccato”, ovvero senza aumenti, per un determinato periodo di tempo*»⁵⁴. Per le operazioni in eccesso, al cliente potevano essere addebitati dei costi aggiuntivi, di cui deve essere data evidenza nell'estratto conto. I sottoscrittori dell'accordo, infine, si impegnavano ad avanzare al Ministero dell'economia e

⁵² Da ciò deriva che l'Indicatore Sintetico di Costo (ISC) è sempre pari al canone annuo di base. In fase di progetto del provvedimento sulla trasparenza, la Banca d'Italia aveva valutato diverse opzioni in tema di modalità di tariffazione: (i) libera, con costi fissi e variabili; (ii) *flat*, con un canone fisso; (iii) *flat* per i servizi compresi nel pacchetto di base, uguale per tutte le banche, con la possibilità di aggiungere ulteriori servizi ai quali verrebbero applicate le spese pubblicizzate dalla banca nel foglio informativo. L'opzione (i) era stata scartata poiché, per quanto più flessibile, rendeva meno semplice la comprensione dei costi e il confronto tra diverse offerte, in contraddizione dunque con le finalità del provvedimento sulla trasparenza; la scelta, dunque, doveva cadere sulle opzioni (ii) e (iii), che rendono possibile una pubblicità dei costi imperniata soprattutto sull'indicatore sintetico per quanto riguarda i servizi di base inclusi nel pacchetto, con un evidente beneficio in termini di immediata comprensibilità e confrontabilità delle offerte.

MIRONE, *L'evoluzione della disciplina della trasparenza in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 578 ha evidenziato come appaia «*per certi versi contraddittorio che si ritenga indispensabile la tariffazione flat, proprio quando le stesse Istruzioni di vigilanza introducono da un lato l'uso degli indicatori sintetici di costi nei fogli informativi, e dall'altro lato l'obbligatorietà del riepilogo annuale delle spese di tenuta del conto*», ovvero sia strumenti che dovrebbero migliorare la capacità di orientamento del consumatore, in un contesto però caratterizzato da eterogeneità dei prodotti – e conseguentemente dei relativi prezzi – offerti sul mercato.

⁵³ Si stabiliva infatti che, ove il cliente manifesti l'esigenza di accedere a tipologie di servizi aggiuntivi rispetto a quelli inclusi nel conto corrente semplice, l'intermediario debba attivarsi per proporre un nuovo conto sostitutivo del conto corrente semplice che sia più idoneo rispetto alle esigenze del cliente.

⁵⁴ Sul punto si è riscontrata una esplicita presa di posizione a favore degli utenti del conto corrente semplice, più incisiva rispetto alla semplice indicazione di ragionevolezza espressa successivamente nella Raccomandazione cui si è ispirato il legislatore italiano nel disciplinare il conto corrente di base.

a tutti i soggetti interessati una richiesta condivisa per l'esenzione dall'applicazione dell'imposta di bollo.

Nonostante le migliori intenzioni del legislatore, il conto corrente semplice – analogamente al proprio predecessore – non ha riscosso un grande successo né tra la clientela né tra gli istituti di credito⁵⁵; ragione di questo insuccesso può essere individuata nella iniziale ostilità degli istituti di credito, per i quali è probabile che tale prodotto fosse sentito come poco “attraente”, e, per converso, da un'eccessiva “semplicità” di contenuto che lo ha reso nei fatti poco adatto a soddisfare i bisogni dei consumatori⁵⁶.

Malgrado lo scarso successo ottenuto dal conto corrente semplice, tuttavia, la necessità di offrire ai consumatori uno strumento semplificato di accesso al mercato bancario ha indotto il legislatore – anche su indicazione del legislatore europeo⁵⁷ – ad introdurre, con

⁵⁵ Come risulta dall'elenco predisposto dalla Banca d'Italia, al 28 febbraio 2014 solo sedici intermediari bancari avevano offerto sul mercato il conto corrente semplice. Tale elenco è reperibile al seguente link: https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/relazioni-int-clienti/elenco-banche-cc-semplice/elenco_intermediari_CC_semplice_28_02_14.pdf.

⁵⁶ In questo senso MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, cit. p. 66 e 67. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina della trasparenza*, cit. p. 576 ss., evidenzia come il modello del conto corrente semplice presentasse «un potenziale applicativo notevole, tenuto conto che il prodotto potrà essere offerto dalle banche vantando la sua “autorizzazione” da parte della Banca d'Italia [...] e che la tariffazione flat risponda ad esigenze assai diffuse da parte della clientela (e non solo dei consumatori)»; metteva tuttavia in luce come uno dei punti critici di tale schema contrattuale fosse da individuare «proprio nella possibilità che tale strumento si diffonda – conformemente agli auspici – in modo pervasivo sul mercato, determinando una sostanziale uniformazione dei servizi di base offerti dalle banche», posto che tale standardizzazione del prodotto – di fronte ad un'offerta di servizi di base molto dinamica e differenziata – potrebbe determinare effetti negativi «a) di riduzione dei servizi offerti alla clientela; b) di aumento del costo finale di servizi di base, che le varie banche potrebbero offrire in modo sostanzialmente uniforme, con ciò determinando, in assenza di differenziazione sul prodotto, una reciproca convenienza al mantenimento di prezzi sovracompetitivi».

⁵⁷ Come abbiamo visto in precedenza, il legislatore europeo ha da tempo considerato il conto corrente di base come uno strumento necessario ai fini della lotta alla *financial exclusion*. Già nel 2008 veniva presentato un primo studio (Report «*Financial services provision and prevention of financial exclusion*»), a cui seguiva lo svolgimento di una consultazione pubblica durata circa due anni (2009 – 2011), la promozione di un secondo studio, ad opera della DG Mercato interno e servizi, su *Costs and Benefits of Policy Actions in the Field of ensuring access to a Basic Bank Account*, per approdare infine alla Raccomandazione della Commissione del 18 luglio 2011, in cui per la prima volta viene delineato un modello comunitario di *basic bank account*.

I presupposti e gli obiettivi di tale Raccomandazione sono precisati nel Considerando 2, secondo il quale «i severi requisiti attualmente imposti dai prestatori di servizi di pagamento per l'apertura di un conto di pagamento che vanno oltre le disposizioni di legge possono pregiudicare il pieno godimento della libertà di circolazione delle persone all'interno dell'Unione. Inoltre, chi non dispone di un conto di pagamento ha un accesso limitato ai servizi finanziari tradizionali, da cui consegue un indebolimento dell'inclusione finanziaria e sociale, spesso a discapito delle categorie di popolazione più vulnerabili. In tale situazione è inoltre più difficile per i consumatori accedere a beni e servizi essenziali. È pertanto necessario stabilire dei principi che regolino l'accesso ai conti di pagamento di base, che costituiscono un elemento fondamentale nella promozione dell'inclusione e coesione sociale, al fine di consentire ai consumatori di beneficiare di un minimo garantito di servizi di pagamento essenziali». La conseguenza di ciò è che «in ciascuno Stato membro, i consumatori che risiedono legalmente all'interno dell'Unione e che non sono titolari di un conto di pagamento in tale Stato membro dovrebbero avere la facoltà di aprire e disporre di un conto di pagamento di base. Al fine di garantire un accesso più ampio possibile ai conti di pagamento di base, è indispensabile che gli Stati membri garantiscano che i consumatori abbiano accesso a un tale conto

l'art. 12, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con la l. 22 dicembre 2011, n. 214, l'obbligo (e non più la mera facoltà)⁵⁸ in capo alle banche, la società Poste Italiane s.p.a. e agli altri prestatori di servizi di pagamento abilitati ad offrire servizi a valere su un conto di pagamento⁵⁹ di offrire un «*conto corrente di base*».

Nell'intenzione del legislatore, tale contratto deve includere un numero adeguato di servizi e operazioni, tra cui la disponibilità di una carta di debito gratuita; deve fornire una descrizione dei costi di tale servizio semplice, trasparente e di facile comprensione; e deve contenere i servizi minimi descritti nella sezione III della Raccomandazione n. 2011/442/UE della Commissione, del 18 luglio 2011⁶⁰, mantenendo però «*un livello di costi coerente con le finalità di inclusione finanziaria conforme a quanto stabilito dalla sezione IV della predetta raccomandazione*» e tenendo conto delle fasce socialmente svantaggiate di clientela alle quali il conto corrente è offerto senza spese.

La definizione delle caratteristiche di dettaglio, invece, è stata rimessa ad un'apposita convenzione tra il Ministero dell'economia e delle finanze, la Banca d'Italia, l'ABI, la società Poste italiane s.p.a e le associazioni dei prestatori di servizi di pagamento, da stipularsi entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto. La convenzione,

*indipendentemente dalla situazione finanziaria di questi ultimi, ad esempio in caso di disoccupazione o fallimento personale» (così il Considerando 7). Per maggiori approfondimenti si rinvia a MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, cit. p. 61 – 64.*

⁵⁸ Dal report “*National measures and practices as regards access to basic payment accounts. Follow-up to the Recommendation of 18 July 2011 on access to a basic payment account*”, pubblicato il 22 agosto 2012, SWD(2012) 249 final, risulta che pochissimi legislatori si sono mossi nel senso dell'obbligatorietà dell'offerta del conto corrente con caratteristiche di base; oltre a quello italiano, si segnala il legislatore belga, francese e cipriota. Negli altri Stati membri si è invece optato per posizioni più diverse, che spaziano dalla assenza tout court di previsioni ad iniziative c.d. *self-regulative*.

⁵⁹ Secondo quanto previsto dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, che ha recepito la direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno (*Payment Services Directive – PSD*), gli altri prestatori di servizi di pagamento sono gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento. Per un primo commento si veda SANTORO – SCIARRONE ALIBRANDI, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento dopo il recepimento della direttiva 2007/64/ce (d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, III, p. 377 ss.

⁶⁰ Un conto di pagamento di base dovrebbe includere i seguenti servizi di pagamento: *a)* servizi che permettano di eseguire tutte le operazioni necessarie per l'apertura, la gestione e la chiusura di un conto di pagamento; *b)* servizi che consentano di versare denaro contante su un conto di pagamento; *c)* servizi che offrano la possibilità di ritirare denaro contante da un conto di pagamento; *d)* esecuzione di operazioni di pagamento, incluso il trasferimento di fondi su e da un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento del consumatore o presso un altro prestatore di servizi di pagamento in relazione: *i)* all'esecuzione di addebiti diretti; *ii)* all'esecuzione di operazioni di pagamento tramite carta di pagamento che non consenta l'esecuzione di operazioni di pagamento per importi superiori al saldo corrente del conto di pagamento; *iii)* all'esecuzione di bonifici. L'accesso a un conto di pagamento di base non dovrebbe inoltre essere subordinato all'acquisto di servizi accessori; il prestatore di servizi di pagamento infine non dovrebbe offrire, esplicitamente o tacitamente, alcun tipo di scoperto di conto correlato al conto di pagamento di base, né dovrebbe eseguire ordini di pagamento che comportassero un saldo negativo del conto di pagamento di base del consumatore.

sottoscritta il 20 aprile 2012 e integrata con un *addendum* il 20 aprile dell'anno successivo, ha così stabilito che: *a)* il «*conto corrente di base*» prevede un numero di operazioni annue (precisato in una tabella allegata), ricomprese in un canone annuo fisso; al titolare è lasciata la facoltà di chiedere svolgere operazioni aggiuntive o in numero superiore (separatamente remunerate), le quali non possono in nessun caso essere imposte dal prestatore del servizio; *b)* nel canone annuo sono compresi l'*home banking*, l'ATM e l'ATM evoluto⁶¹, ma non il carnet di assegni e la carta di credito; *c)* le giacenze sul conto non sono remunerate; *d)* il prestatore di servizi di pagamento non può offrire, nel conto di base, altri servizi, né autorizzare lo scoperto o l'esecuzione di operazioni di pagamento che comportano un saldo negativo sul conto.

In riferimento al canone annuo onnicomprensivo e al costo delle operazioni eccedenti i limiti fissati nella tabella, la convenzione richiamata si limita a precisare solamente che «*essi devono essere ragionevoli e coerenti con finalità di inclusione finanziaria*», aggiungendo che il costo delle operazioni eccedenti i limiti non deve in ogni caso essere superiore a quello applicato dallo stesso prestatore di servizi di pagamento per i conti correnti offerti a consumatori con esigenze di base⁶².

Infine, la convenzione è stata chiamata a specificare quali siano le fasce socialmente svantaggiate che, ai sensi della lett. d) del quinto comma dell'art. 2 del d.l. 201/2011, possono beneficiare gratuitamente del conto corrente di base. La prima categoria ricomprende coloro che hanno un ISEEE in corso di validità inferiore a 7.500 euro lordi, i quali hanno diritto ad accedere al conto corrente di base senza alcuna spesa (escluse le operazioni in eccessi rispetto al numero massimo prestabilito) e senza dover pagare l'imposta di bollo. La seconda categoria ricomprende, invece, tutti coloro che, purché non rientrando nella categoria di cui sopra, abbiano diritto a trattamenti pensionistici fino a 1.500,00 euro netti mensili, i quali avranno la possibilità di scegliere tra un conto parzialmente gratuito (solo per la tipologia di servizi e il numero di operazioni indicate nell'Allegato B alla delibera) e un conto interamente gratuito, che però permetterà di fruire solo ed esclusivamente dei servizi indicati nello stesso

⁶¹ Ovverosia sportelli che consentono di effettuare in autonomia operazioni di versamento banconote ed assegni sul conto corrente.

⁶² Contrariamente a quanto disposto dal legislatore, la Convenzione non ha operato tuttavia alcuna scelta tra i criteri dettati nella richiamata Sezione IV della Raccomandazione, la quale affida la definizione del principio di ragionevolezza della spesa all'applicazione di uno o più dei seguenti criteri: (i) livelli di reddito nazionali; (ii) media delle commissioni applicate ai conti di pagamento in tale Stato membro; (iii) costi complessivi di un conto di pagamento di base sopportati dal prestatore del servizio; (iv) prezzi al consumo nazionali.

allegato, senza che il cliente possa beneficiare a pagamento di servizi aggiuntivi (la banca, infatti, potrà soltanto offrire maggiori quantità di servizi, ma non tipologie ulteriori).

Appare qui interessante sottolineare come, a partire dall'entrata in vigore del d.l. 201/2011, la disciplina del conto corrente di base sia stata sottratta alla sfera d'azione dei poteri di regolazione attribuiti alla Banca d'Italia, per essere regolata, in linea generale, a livello di fonte primaria. Questa ascesa della disciplina in esame nella gerarchia delle fonti non ha tuttavia fatto perdere di rilievo, almeno da un punto di vista ricostruttivo, l'art. 117, co. 8 t.u.b.. L'introduzione del conto corrente di base ha infatti determinato una necessaria attività di coordinamento con la disciplina del conto corrente semplice; in particolare, in un provvedimento posto in consultazione il 17 giugno 2013, di modifica alla già citata delibera del 29 luglio 2009, la Banca d'Italia ha riconosciuto come i due strumenti presentino caratteristiche «*molto simili*» e assolvano alla «*medesima funzione*», provvedendo quindi a «*sostituire la disciplina del secondo con quella del primo e a effettuare il necessario coordinamento con il resto delle Disposizioni*». Ciò che qui maggiormente rileva è che la Banca d'Italia ricollega la disciplina regolamentare del conto corrente di base, contenuta nel provvedimento in esame, all'art. 117, co. 8 t.u.b., affermando che la stessa «*tipizza il "conto di base"*», con l'effetto, quindi, di impedire agli intermediari di denominare «conto di base» prodotti che abbiano caratteristiche diverse da quelle indicate nella convenzione, pena la nullità del contratto⁶³. Nell'operare dunque questo rimando all'art. 117, co. 8 t.u.b., la Banca d'Italia parrebbe qui implicitamente aderire all'interpretazione «*forte*» di tale norma, intendendo i poteri attribuitele non tanto in chiave connotativa, e, quindi, come mera individuazione di un collegamento biunivoco tra un certo schema contrattuale esistente ed uno specifico *nomen*; quanto come poteri di creazione di nuovi modelli contrattuali, tanto che, in dottrina, anche chi aveva interpretato i poteri conferiti all'Autorità in chiave connotativa, alla luce della disciplina del nuovo conto corrente di base, ha dato una «*lettura estensiva dell'art. 117, comma 8, come potere regolamentare generale*»⁶⁴.

Da ultimo, infine, la disciplina del conto corrente di base è rifluita all'interno del Testo unico: ad opera del d.lgs. 15 marzo 2017, n. 37⁶⁵, infatti, è stato introdotto all'interno del

⁶³ Di diverso avviso, invece, MELI, *Il conto corrente di base*, p. 71 – 72, secondo il quale, qualora il prestatore di servizi di pagamento offra al cliente un prodotto con caratteristiche differenti da quelle disciplinate dalla Convenzione, si applicherebbe il regime della «*nullità parziale, che colpisca le clausole ultronee e, nel caso di inserimento di clausole difformi da quelle tipizzate nella Convenzione, comporti la sostituzione automatica di dette clausole, ai sensi della art. 1339 c.c., con quelle tipiche*».

⁶⁴ Così DE NOVA, *La trasparenza bancaria: lex generalis o lex specialis?*, in *Bancaria*, 2014, p. 61.

⁶⁵ Attraverso tale decreto legislativo, si è data attuazione alla direttiva europea 2014/92 del 23 luglio 2014 («*Sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base*»). La direttiva trae origine dalla proposta formulata dalla

titolo VI del t.u.b. il nuovo capo II-ter, dettante “*Disposizioni particolari relative ai conti di pagamento*”, la cui Sezione III contiene per l'appunto la disciplina del conto di base.

In particolare, l'art. 126-noviesdecies attribuisce ai tutti i consumatori⁶⁶ soggiornanti legalmente nel territorio dell'Unione europea il diritto all'apertura del conto di base; tale conto è offerto dalle banche, la società Poste Italiane s.p.a. e da gli altri prestatori di servizi di pagamento abilitati ad offrire servizi a valere su un conto di pagamento, i quali non ne possono rifiutare l'apertura, se non nelle ipotesi dettate dall'art. 126-vicies.

L'art. 126-viciessemel stabilisce poi che il conto di base deve includere, a fronte di un canone annuale onnicomprensivo, il numero di operazioni annue che deve essere definito con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, previa consultazione della Banca d'Italia e deve essere sufficiente a coprire l'uso personale da parte del consumatore; le operazioni e i servizi inclusi devono essere quelli indicati nel nuovo Allegato A del t.u.b.⁶⁷, nonché le relative scritturazioni contabili. Non possono essere concesse aperture di credito né sconfinamenti; rimane salva la possibilità che il titolare del conto richieda – fermo restando il possibile addebito di spese aggiuntive – l'effettuazione di operazioni aggiuntive o in numero superiore, che in nessun caso possono essere imposte dal prestatore di servizi di pagamento.

Commissione l'8 maggio 2013 (in COM/2013/0266 final) e riprende i contenuti della Raccomandazione del 18 novembre 2011, seppur trasponendoli in una cornice differente: se infatti nella Raccomandazione prevale la finalità sociale di aumentare il tasso di inclusione finanziaria, la base giuridica della direttiva è rappresentato dal combinato disposto degli artt. 26 e 114 TFUE, che attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio il potere di emanare le misure necessarie per eliminare gli ostacoli che ancora si frappongono alla libera circolazione dei servizi di pagamento e, più in generale, alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, per i quali è essenziale un mercato unico dei servizi di pagamento pienamente integrato e sviluppato.

Per un'analisi dei contenuti della direttiva, si rinvia a MELI, *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base*, p. 445 ss.

⁶⁶ L'art. 126-noviesdecies, comma 3 identifica come consumatore soggiornante legalmente nell'Unione europea «*chiunque abbia il diritto di soggiornare in uno Stato membro dell'Unione europea in virtù del diritto dell'Unione o del diritto italiano, compresi i consumatori senza fissa dimora e i richiedenti asilo ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, del relativo protocollo del 31 gennaio 1967 nonché ai sensi degli altri trattati internazionali in materia*».

⁶⁷ Tali operazioni devono, ai sensi dell'art. 17, paragrafo 1, della direttiva 2014/92/UE, ricomprendere: (i) apertura, gestione e chiusura del conto di pagamento; (ii) accreditamento di fondi sul conto di pagamento (es. deposito di contante, ricezione di bonifici); (iii) prelievo di contante all'interno dell'Unione europea, presso le dipendenze del prestatore di servizi di pagamento o gli sportelli ATM, anche al di fuori degli orari di apertura del prestatore di servizi di pagamento; (iv) emissione, rinnovo e sostituzione carta di debito; (v) le seguenti operazioni di pagamento nell'ambito dell'Unione europea: addebiti diretti; operazioni di pagamento mediante carta di pagamento, utilizzabile anche online; bonifici e ordini permanenti di bonifico presso le dipendenze del prestatore di servizi di pagamento e attraverso gli altri canali eventualmente disponibili, ivi compreso il canale online.

5. Il limite di finanziabilità del credito fondiario. Il dibattito giurisprudenziale tra tipizzazione del contratto e violazione di regole di comportamento.

Recentemente l'art. 117, co. 8 t.u.b. è stato oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale, che ha visto su posizioni opposte la Corte di cassazione e i giudici di merito; oggetto del contendere era l'individuazione delle conseguenze – in relazione alla validità del contratto di credito fondiario – derivanti dal superamento del limite massimo di finanziabilità, dettato all'art. 38 t.u.b. ed individuato dalla conseguente disciplina di attuazione, di cui alla delibera CICR del 22 aprile 1995.

L'art. 38 t.u.b. identifica, infatti, come credito fondiario *«la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili»*⁶⁸ e attribuisce alla Banca d'Italia, in conformità con le deliberazioni del CICR, il potere di determinare *«l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti»*.

Successivamente, con delibera del 22 aprile 1995 il CICR ha stabilito che *«l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi»* e che *«tale percentuale può essere elevata fino al 100 per cento, qualora vengano prestate garanzie integrative, rappresentate da fidejussioni bancarie e assicurative, polizze di compagnie di assicurazione, cessioni di annualità o contributi a carico dello Stato o di enti pubblici, fondi di garanzia e da altre idonee garanzie, secondo i criteri previsti dalla Banca d'Italia»* ed inoltre che *«in presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie su un immobile, ai fini della determinazione dell'ammontare massimo di un finanziamento di credito fondiario, al relative importo va aggiunto il capitale residue del finanziamento progressivo»*.

In conformità a tale delibera, la Banca d'Italia, all'interno del Capitolo primo del Titolo V, rubricato *“Particolari operazioni di credito”*, della già richiamata circolare 21 aprile 1999 n. 229 ha, da un lato, confermato detto limite di finanziabilità, e, dall'altro, lo ha esteso ai finanziamenti erogati sulla base di stati di avanzamento dei lavori, con la precisazione che, in

⁶⁸ Fra le diverse trattazioni sul credito fondiario, si vedano, *inter alios*, COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit. p. 456 ss. e gli autori ivi citati; TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano, Giuffrè, 2006. Cfr. inoltre, FALCONE, *Sub art. 38*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO e al., Giuffrè, Milano, 2010, p. 365 ss.; SEPE, *Sub art. 38*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, Cedam, Padova, 2012, p. 429 ss.

quei casi, il limite di finanziabilità deve essere rispettato durante ogni fase dell'esecuzione dei lavori⁶⁹.

L'espressa previsione di limiti di finanziabilità⁷⁰ rappresenta un tratto costante della disciplina del credito fondiario⁷¹, nonché quella del credito edilizio⁷², richiedendo, ai fini della configurabilità dei medesimi, il rispetto di un determinato rapporto tra l'importo del finanziamento e il valore del bene offerto in garanzia. *Ratio* di tale previsione era inizialmente quella di assicurare agli istituti abilitati in via esclusiva ad erogare tali crediti speciali una costante simmetria tra provvista, acquisita con l'emissione di apposite cartelle, ed impieghi, da rispettare sia in fase di costituzione del rapporto sia in fase di sua estinzione; sino alla riforma del 1975, infatti, ogni singolo finanziamento erogato trovava la propria corrispondenza in una specifica operazione di provvista, sino al punto di individuare per ogni mutuo le cartelle – fondiarie o edilizie – emesse, con l'indicazione delle garanzie ipotecarie che ne tutelavano il rimborso⁷³. Il successivo venir meno della corrispondenza tra l'emissione

⁶⁹ Al fine di fornire una disciplina di diritto transitorio, il CICR aveva, nella già citata delibera del 1995, in ogni caso richiamato l'art. 153, co. 1 del t.u.b., che appunto stabilisce che «*fino all'emanazione delle disposizioni della Banca d'Italia previste dall'articolo 38, comma 2, continua ad applicarsi in materia la disciplina dettata dalle norme previgenti*», ovverosia, con riferimento al credito fondiario, l'art. 4, co. 1 della l. 6 giugno 1991, n. 175, che individuava il limite massimo di finanziabilità nel 75% del valore degli immobili, fatte salve disposizioni di legge che stabiliscano percentuali differenti; con riferimento invece al credito edilizio, l'art. 9, co. 3 della medesima legge fissava tale limite nella soglia del 90% del «*costo della costruzione, ivi compreso quello dell'area, o della spesa necessaria alla realizzazione della sopraelevazione, ricostruzione, riparazione, trasformazione e recupero di immobili*».

⁷⁰ La fissazione di un limite massimo di finanziabilità ha caratterizzato da sempre la disciplina del credito fondiario, così come precedentemente anche la disciplina del credito edilizio. *Ratio* di tale previsione – che rendeva ancora più stretto il rapporto di accessoria tra il credito della banca, derivante dalla erogazione del mutuo, e l'iscrizione dell'ipoteca dell'immobile – era quello salvaguardare la stabilità del sistema bancario, impedendo una sovraesposizione debitoria delle banche, nonché quello di tutelare gli acquirenti delle cartelle fondiarie.

⁷¹ Già con la l. 24 giugno 1866, n. 2983, istitutiva del credito fondiario, si prevedeva che il credito potesse essere erogato nei limiti del 50% del valore dell'immobile, e fatto salvo il necessario requisito della redditività del fondo; tale modello venne mantenuto dal successivo r.d. 16 luglio 1905, n. 646 («*Testo unico delle leggi sul credito fondiario*») in cui il combinato disposto degli art. 6 e 12 imponeva agli enti mutuanti di limitare il finanziamento ai soli mutuatari che potessero offrire un immobile «*in reddito*», ed in ogni caso il finanziamento non poteva superare la metà del valore dell'immobile. Successivamente, con il d.p.r. 21 gennaio 1976, n. 7 («*Norme relative alle emissioni obbligazionarie da parte degli enti di credito fondiario ed edilizio*»), si definiva come credito fondiario «*la concessione di mutui garantiti da ipoteca di primo grado su immobili il cui valore cauzionale sia almeno pari al doppio delle somme mutate ammortizzabili ratealmente in un periodo di tempo non inferiore a 10 anni e non superiore a 25 anni*».

Infine la l. 6 giugno 1991, n. 175 («*Revisione della normativa in materia di credito fondiario, edilizio ed alle opere pubbliche*») elevava tale limite al 75% del valore dell'immobile ipotecato, ferma restando tuttavia la possibilità che altre disposizioni di legge stabiliscano percentuali differenti.

⁷² Le storie del credito fondiario e del credito edilizio sono state per lungo tempo distinte; dopo il primo avvicinamento, dalla metà degli anni Settanta, con l'unificazione degli enti erogatori e della disciplina delle provviste, sono confluite in una sola disciplina con il Testo Unico. Per ulteriori approfondimenti, cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit. p. 456 ss.

⁷³ Così COSTI, *L'ordinamento bancario*, p. 460.

delle cartelle fondiari e l'entità del finanziamento non ha tuttavia perso completamente di importanza, assumendo il ruolo di criterio gestionale, al fine di impedire lo sviluppo di posizioni di sovraesposizione debitoria in capo agli istituti eroganti il finanziamento, tutelando indirettamente gli acquirenti delle cartelle fondiari e la stabilità del sistema bancario⁷⁴.

La previsione – prima ad opera di una disposizione legislativa, e poi di un provvedimento avente rango di fonte secondaria – dei suddetti limiti di finanziabilità ha inevitabilmente condotto gli interpreti a domandarsi quali siano gli effetti sul contratto di finanziamento⁷⁵ del loro superamento, considerato anche che né l'art. 38 t.u.b. né la circolare

⁷⁴ Si rileva, come negli ultimi anni, a seguito della crisi finanziaria del 2008, molti paesi europei hanno introdotto un limite massimo di finanziabilità, legato al valore dell'immobile (c.d. limite del *loan-to-value*, o LTV); così ad esempio la Danimarca, la Norvegia, i Paesi Bassi, e la Svezia (dati riportati nel *Financial Stability Review*, pubblicato dalla BCE nel maggio 2014). Da ultimo, anche a seguito delle indicazioni espresse dalla *Bundesbank* circa la predisposizione di strumenti di prevenzione dello scoppio di bolle immobiliari, la *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (i.e. la *German Federal Financial Supervisory Authority*) ha inviato il 30 giugno 2015 una raccomandazione al governo federale, affinché le attribuisse i poteri necessari ad imporre le necessarie restrizioni all'offerta di mutui per costruire o acquistare una proprietà residenziale, garantito attraverso un'ipoteca, tra cui per l'appunto «*capping the quotient of the principal amount of the sum of all debt resulting from a residential real estate financing transaction and the market value of the property used as collateral when the loans are granted*». Tanto pare essere stato recepito dal disegno di legge n. 18/10935, presentato il 23 gennaio 2017, che intende introdurre all'interno del *Kreditwesengesetzes*, nel titolo dedicato alle misure che il BaFin può imporre agli istituti di credito nel caso di rischio di instabilità per il sistema finanziario, un nuovo paragrafo 48u, rubricato «*le misure per limitare i rischi macroprudenziali in prestito per la costruzione o l'acquisto di immobili residenziali*», in base al quale il BaFin può, negli stretti limiti necessari per contrastare malfunzionamenti del sistema finanziario nazionale o rischi per la stabilità finanziaria nazionale, imporre dei limiti alla concessione di mutui per la costruzione l'acquisto di immobili residenziali sul territorio nazionale, ed in particolare attraverso la determinazione del c.d. *Darlehensvolumen-Immobilienwert-Relation*, ovvero sia il rapporto tra l'ammontare finanziato e il valore di mercato dell'immobile, da valutarsi al momento della concessione del mutuo.

Sui pericoli della bolla immobiliare, si veda il discorso tenuto il 28 gennaio 2015 dal Dr. Dr Andreas Dombret, membro dell'Executive Board della Deutsche Bundesbank; rinvenibile al seguente link: https://www.bundesbank.de/Redaktion/EN/Reden/2015/2015_01_28_dombret.html#doc328614bodyText6. Il disegno di legge n. 18/10935 è invece consultabile al seguente link: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/109/1810935.pdf>.

L'ordinamento tedesco, tuttavia, prevedeva già il limite *loan-to-value*, ma in solo relazione alla facoltà di istituti di credito specializzati – le c.d. *Pfandbriefbanken* – di emettere i c.d. *Pfandbriefe*, ovvero sia strumenti finanziari parificabili alle nostre obbligazioni garantite. L'art. 14 del *Pfandbriefgesetz* limita infatti l'ammontare massimo di un mutuo, che possa essere oggetto di *Hypothekenspfandbriefe*, al 60% del valore dell'immobile ipotecato.

In senso analogo, anche il *Financial Policy Committee* (FPC) inglese è stato dotato, nell'aprile 2015, del potere di ordinare, ove necessario per tutelare e incrementare la stabilità del sistema finanziario del Regno Unito, alla *Prudential Regulation Authority* (PRA) e alla *Financial Conduct Authority* (FCA) di richiedere ai soggetti sottoposti a regolazione di porre limiti ai c.d. *owner-occupied residential mortgage lending*, con riferimento per l'appunto anche al limite LTV. Si veda a questo proposito il *policy statement* del FPC, pubblicato nel luglio 2015, e consultabile al seguente link: <http://www.bankofengland.co.uk/financialstability/Documents/fpc/policystatement010715.pdf>.

⁷⁵ Con l'introduzione della disciplina del credito fondiario nel t.u.b. è venuto meno il riferimento ai contratti di mutuo (di durata non inferiore a cinque anni) e di anticipazione bancaria (di durata superiore ai diciotto mesi), di cui all'art. 4 della l. 175/1991. Si è dunque assistito ad un ampliamento, sotto il profilo

della Banca d'Italia si esprimono in tal senso⁷⁶. Interrogativo questo che ha trovato, da parte della giurisprudenza, differenti soluzioni interpretative, che hanno oscillato tra: (i) la dichiarazione di nullità dell'intero contratto, concluso in violazione del limite massimo di finanziabilità, purché, in applicazione dell'art. 1419, 1 co. c.c., non risulti che le parti avrebbero comunque concluso il contratto, per il minor importo erogabile nei suddetti limiti di finanziabilità⁷⁷; (ii) la dichiarazione di nullità parziale del contratto in relazione alla parte eccedente la percentuale massima di finanziabilità, con conversione di tale parte in eccesso in mutuo ipotecario ordinario⁷⁸; (iii) la dichiarazione di nullità dell'intero contratto e, ove ne sussistano i presupposti di cui all'art. 1424 c.c., la conversione in mutuo ipotecario ordinario⁷⁹; (iv) l'applicazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario, ferma

oggettivo, del novero delle forme negoziali attraverso cui si possono porre in essere operazioni di credito fondiario; con il ricorso infatti al termine tecnico di «*finanziamento*» il legislatore pare avere posto consapevolmente l'accento sulla sostanza economica dell'operazione realizzata, abbracciando tutte le tipologie negoziali che rientrano nella macro categoria dei c.d. contratti di credito.

Per un inquadramento della categoria dei contratti di credito e per un'analitica ricostruzione del concetto di finanziamento, cfr. LUMINOSO, *Contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 1995, p. 669 ss.

⁷⁶ Recentemente sul tema si veda MIRRIONE, *Il rapporto tra autonomia privata e norme di vigilanza nella disciplina del credito fondiario*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 209 ss.. Pare tuttavia opportuno ribadire che non è possibile esaminare in questa sede tutti i profili di criticità che la disciplina del credito fondiario solleva, tra gli altri, anche con riferimento al principio della *par condicio creditorum*. La presente analisi verrà infatti limitata alle decisioni – che verranno esaminate nel proseguo – le quali si sono espresse sulla relazione tra l'art. 38 e l'art. 117, co. 8 del t.u.b.. In ogni caso, con riferimento al difficile coordinamento tra la disciplina del credito fondiario e i principi della legge fallimentare, si vedano, *inter alios*, i contributi di FIORUCCI, *L'espropriazione per credito fondiario. Aspetti processuali, fallimentari e di quantificazione del credito*, Giuffrè, Milano, 2015; MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della riforma*, in *Fallimento*, 2009, p. 1231 ss.; SANGIOVANNI, *Le particolarità fallimentari del credito fondiario*, in *Fallimento*, 2011, X, p. 1146 e ss.

⁷⁷ In questo senso si veda Cass. civ. 1 settembre 1995, n. 9219, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, p. 243 ss., con nota di TARDIVO, nonché in *Vita not.*, 1996, p. 102 ss., sempre con commento di TARDIVO, e *Arch. civ.*, 1996, p. 760 ss. In senso conforme, si veda anche Trib. Cagliari 4 aprile 2013, in *Giur. It.*, 2013, p. 2052 ss., e Trib. Lodi, 24 aprile 2013, consultabile sul sito www.ilcaso.it.

Nel senso della sola nullità totale ex art. 1418 c.c., con esclusione dell'applicazione della nullità parziale e della conversione, cfr. Trib. Venezia, 26 luglio 2012, in *Giur. It.*, 2013, p. 548 ss. e *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013, II, p. 387 ss., con note di SETTANNI e RUGGI.

⁷⁸ In questo senso, Trib. Padova, 5 giugno 2013, in *Giur. merito*, 2004, p. 925; Trib. Roma, 2 febbraio 1989, in *Temi rom.*, 1989, I, p. 80, con nota di TARDIVO, decisione di primo grado alla base della richiamata Cass., 1 settembre 1995, n. 9219. Con tale decisione, assunta con riferimento al regime previgente rispetto all'emanazione del t.u.b., i giudici hanno fatto derivare dal superamento dei limiti di finanziabilità (al tempo stabiliti dal P.D.R. 7/1976) la nullità del contratto di mutuo fondiario per la parte eccedente tale limite e, in applicazione delle norme civilistiche in materia di conversione del contratto nullo, hanno operato la conversione del mutuo ipotecario in mutuo ordinario.

In senso contrario, Trib. Venezia, 26 luglio 2012 cit. secondo cui tale soluzione conduce ad «*effetti bizzarri*».

⁷⁹ Trib. Milano, d. 16 ottobre 1995, in *Fall.*, 1996, p. 485, con nota PETRAGLIA, secondo cui «è esclusa la natura fondiaria del credito di finanziamento insinuato al passivo, per il mancato rispetto delle regole di concessione che governano tale tipo di credito». Sembra implicitamente aderire a tale orientamento App. Firenze, 18 settembre 2012, consultabile sul sito www.ilcaso.it.

restando la responsabilità della banca erogatrice del mutuo, senza alcun effetto, invece, sulla validità del contratto⁸⁰.

Non è questa la sede adatta per una disanima specifica della disciplina del credito fondiario; ciò nondimeno, tale istituto rileva per l'indagine che viene qui condotta poiché alcune pronunce giurisprudenziali hanno analizzato – ora per affermare ora per negare l'esistenza di un rapporto di specialità – il nesso esistente tra l'art. 38 e l'art. 117, co. 8 t.u.b., potendo così offrire all'interprete alcuni spunti circa l'interpretazione accolta dalla giurisprudenza della norma qui in esame.

Al riguardo la prima decisione che assume rilevanza è la pronuncia della Corte di Cassazione, del 1 settembre 1995, n. 9219: a seguito del fallimento della società mutuataria, che aveva ottenuto, con una serie di contratti conclusi tra il 1972 e il 1976, un finanziamento per la costruzione di un complesso abitativo in Roma, garantito da un'ipoteca sugli immobili stessi, l'istituto bancario mutuante, dopo essere stato ammesso allo stato passivo come creditore privilegiato, dava avvio a procedure esecutive individuali nei confronti dei proprietari o dei promissari acquirenti di porzioni dell'immobile costruito, i quali proponevano, con svariati ricorsi, opposizione all'esecuzione; contro tali procedure esecutive individuali, proponeva infine ricorso anche il curatore del fallimento della società debitrice, il quale contestualmente depositava anche domanda di revocazione del credito ammesso⁸¹.

Con sentenza poi confermata in appello, il Tribunale di prime cure⁸² manteneva ferma l'ammissione al passivo del credito della banca fino all'importo di lire 900.000.000 e, per la parte eccedente, escludeva l'applicabilità della disciplina del credito fondiario, riconoscendo

⁸⁰ Cass. civ. 28 novembre 2013, n. 26672, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, II, p. 123 ss. con note di DOLMETTA, MINNECI, MALVAGNA e ONNIS CUGIA; in *Contr.*, 2014, p. 439 ss., con commenti di PAGLIANTINI e D'AMICO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 381 ss., con nota di TOMMASINI.

Negli stessi termini si vedano le successive Cass. civ. 6 dicembre 2013, n. 27380, in *Foro It.*, 2014, I, p. 499 ss. e ID. 4 novembre 2015, n. 22446, in *Rep. Foro It.*, 2015, *Banca, credito e risparmio* [voce], n. 141. Tale orientamento ha ribadito quanto espresso da due isolati arresti della giurisprudenza di merito: cfr. App. Roma, 11 novembre 1991, in *Risparmio*, 1996, p. 1023, con nota di PETRAGLIA e Trib. Roma, 9 aprile 2000, in *Dir. fall. e delle soc. comm.*, 2003, II, p. 116, con nota di TRINCHIERI, la quale nega la natura imperativa dell'art. 38 t.u.b., escludendo così la sanzione della nullità.

La tesi è inoltre condivisa dal Consiglio Nazionale del Notariato, nello studio n. 778/3 del 14 dicembre 1994.

⁸¹ È noto che il contenzioso in tema di superamento dei limiti massimi di finanziabilità tragga per la maggior parte origine all'interno delle procedure fallimentari, ed in particolare in sede di opposizione al decreto che rende esecutivo lo stato passivo ai sensi dell'art 98 della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267), proposte dall'istituto di credito che lamenta il mancato riconoscimento dei privilegi fondiari. Un'eccezione, a quanto consta, è costituita dalla pronuncia del Tribunale di Lodi, 24 aprile 2013, cit. che trae origine da un'opposizione a precetto proposta dall'imprenditore finanziato.

⁸² Trib. Roma, 6 marzo 1989, edita in *Tem. Rom.*, 1989, p. 80 ss, con nota di PIETROLUCCI e TARDIVO.

tuttavia la garanzia ipotecaria secondo le norme del codice civile. La Corte di cassazione veniva dunque adita affinché cassasse la pronuncia del giudice di appello per la violazione e falsa applicazione dell'art. 1418 c.c., nella parte in cui non aveva dichiarato la nullità del mutuo che avesse superato il limite di finanziabilità previsto. La Corte si trova dunque ad affrontare due differenti ordini di problemi: (i) la sorte del contratto di mutuo, per una somma superiore al limite stabilito; (ii) gli effetti sull'ipoteca, iscritta a garanzia del mutuo.

Una volta individuata la disciplina applicabile al caso sottoposto, la Suprema Corte ricorda come le limitazioni all'importo massimo che può essere oggetto di finanziamento sono poste non a tutela di interessi individuali, bensì a protezione di interessi sovraindividuali, essendo finalizzati ad evitare operazioni speculative, perseguendo così il soddisfacimento del *«bisogno sociale del bene «abitazione» per le classi non agiate»*. Di ciò si ha conferma ove si rifletta sulla circostanza che tanto l'istituto mutuante quanto il mutuatario hanno il contrario interesse ad ottenere mutui di ammontare eccedente i limiti di legge: il primo, infatti, mira ad una maggiore espansione della propria attività, il secondo, invece, desidera ottenere un finanziamento dell'importo necessario al soddisfacimento delle proprie esigenze. Appurato l'interesse sopraindividuale perseguito dalla disciplina e constatando poi come sia principio costante che, ove la legge abbia regolato l'attività creditizia, abbia fatto applicazione di norme inderogabili ed imperative, *«preordinate al regolare andamento dell'attività stessa, che è essenziale nell'economia nazionale»*, la Suprema Corte qualifica il limite di finanziabilità come imposto da una norma imperativa, il cui superamento, pertanto, in virtù dell'applicazione dell'art. 1418, 1 co. c.c., determina la nullità del contratto. Secondo la Corte, però, la nullità dell'intero contratto rappresenterebbe un'ipotesi solamente residuale, posto che può trovare applicazione la disciplina generale dettata dall'art. 1419 c.c. in tema di nullità parziale. Questa norma, infatti, prevede, oltre alla nullità di singole clausole, anche la nullità parziale del contratto, la quale può efficacemente operare nell'ipotesi in cui il contenuto del contratto risulti essere divisibile, come, appunto, nel caso della prestazione di un'obbligazione di dare una somma di denaro. In questo caso, pertanto, la dichiarazione di nullità deve colpire solamente quella parte del mutuo che ecceda il limite previsto in via legislativa, lasciando, invece, pienamente valida ed efficace la parte rimanente⁸³.

Il richiamo alla disciplina della nullità parziale comporta però che questa debba essere esclusa nell'ipotesi in cui venga provata una diversa volontà delle parti: è infatti lo stesso art.

⁸³ La Corte inoltre esclude la possibilità di applicare l'art. 1339 c.c., per mancanza di una specifica clausola da sostituire.

1419 c.c. che, nel sancire il principio di conservazione del contratto nullo, fa salva una diversa volontà delle parti, estendendosi la nullità all'intero contratto ove risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte di contenuto colpita dalla nullità. Conseguentemente, ove risulti che le parti non avrebbero concluso il contratto di credito fondiario per la minor somma risultante dalla dichiarazione di nullità della porzione eccedente il limite di finanziabilità, la nullità deve estendersi all'intero contratto.

Solo in via di *obiter dictum*, al fine di rafforzare il proprio percorso argomentativo, la Corte rileva come la disciplina dettata dall'art. 38 t.u.b., pur introducendo un sistema «*più duttile*», non può sfuggire alla sanzione della nullità, prescritta dall'art. 117, comma 8 t.u.b., posto che *«le conseguenze legali dipendenti dalla violazione (ora delle prescrizioni della Banca d'Italia, ed allora delle norme) non si possono esaurire nelle sanzioni amministrative a carico dell'Istituto [...], perché tali sanzioni amministrative non assicurano la tutela degli interessi pubblici coinvolti»*.

Più recentemente l'*iter* argomentativo della Corte di cassazione è stato ripreso dalla giurisprudenza di merito, ancorché, in alcuni casi, implicitamente⁸⁴. Così, il Tribunale di Cagliari, nella pronuncia depositata il 4 aprile 2013, in sede di opposizione al decreto di esecuzione dello stato passivo, dopo aver richiamato il precedente della Corte di Cassazione del 1995, riconduce l'art. 38 t.u.b. nel novero dei poteri di cui all'art. 117, co. 8 t.u.b., sanzionando dunque con la nullità – totale o parziale *«a seconda della quota corrispondente di superamento del limite di finanziabilità»* – il contratto concluso in violazione del limite di finanziabilità⁸⁵. La nullità è infatti conseguenza diretta della natura pubblicistica del credito fondiario – e prima anche del credito edilizio – che *«toglie all'ente mutuante ed all'imprenditore mutuuario ogni libertà di azione, imponendo ad essi la rigorosa osservanza delle specifiche norme in materia, soprattutto per quanto concerne i limiti di somma e di garanzia»*.

⁸⁴ Cfr. Trib. Lodi, 24 aprile 2013, consultabile sul sito www.ilcaso.it.

⁸⁵ Il giudice dell'opposizione ribadisce inoltre che la previsione di un limite massimo di finanziabilità *«costituisce un precetto imperativo, dettato a tutela di pubblici interessi e preordinato al regolare andamento dell'attività creditizia, essenziale nell'economia nazionale»*; conferma di tale impostazione si trae con chiarezza per l'appunto nella nuova disciplina del credito fondiario, dettata dal combinato disposto degli artt. 38 e 117, co. 8 t.u.b., laddove si sanziona con la nullità la difformità dei contratti dalle prescrizioni adottate dalla Banca d'Italia in conformità alle deliberazioni CICR. La natura pubblicistica che caratterizza dunque la disciplina di tutto il credito fondiario ed edilizio si evidenzia non solo per la funzione economica che gli istituti autorizzati dallo Stato esplicano nella raccolta e nel reimpiego del risparmio, ma anche per la funzione sociale che il sistema assolve, con un meccanismo che toglie all'ente mutuante ed all'imprenditore mutuuario ogni libertà di azione, imponendo ad essi la rigorosa osservanza delle specifiche norme in materia, soprattutto per quanto concerne i limiti di somma e di garanzia. Né può sostenersi che *«il limite di finanziabilità sia dettato nell'esclusivo interesse dell'istituto erogante, il quale invece dispone di somme depositate nell'interesse di terzi, la cui conservazione, unitamente al superiore interesse della stabilità del sistema bancario, appartiene al livello super partes dell'interesse pubblico alla regolamentazione del credito, attuato mediante norme imperative»*.

Secondo questo primo orientamento, dunque, la disciplina del credito fondiario costituisce una concretizzazione del generale potere attribuito alla Banca d'Italia ex art. 117, co. 8 t.u.b., i provvedimenti della quale sono idonei a definire quel tratto indefettibile della disciplina, senza la quale non si potrebbe parlare di credito fondiario, ovverosia l'importo massimo di finanziabilità.

Questo orientamento tuttavia ha subito un deciso *revirement* con la sentenza della Corte di Cassazione del 28 novembre 2013, n. 26672⁸⁶: tale pronuncia trae origine dal ricorso depositato dall'istituto bancario che si era visto rigettare la propria opposizione al decreto del giudice delegato, che ne aveva respinto la domanda di insinuazione al passivo del fallimento della società debitrice sulla base della nullità del contratto di credito fondiario derivante dalla violazione del limite di finanziabilità. La Corte di cassazione opera in tale circostanza un drastico mutamento di orientamento, affermando la totale autonomia fra l'art. 117, co. 8 e l'art. 38 t.u.b., con conseguente inapplicabilità delle sanzioni previste dalla prima norma. L'art. 38 t.u.b. infatti non attribuisce alla Banca d'Italia un potere conformativo o tipizzatorio, non potendo essa individuare clausole tipo da inserire nel contratto di credito fondiario, ma risultando depositaria solamente del potere di «*determinare la percentuale massima del finanziamento che costituisce l'oggetto del contratto e che è quindi elemento di per sé già tipizzato e costituente una clausola necessaria*». Inoltre, l'estraneità dell'art. 38 t.u.b. all'ambito di operatività dell'art. 117, co. 8 t.u.b. viene argomentata anche sulla base della circostanza che il legislatore non ha lasciato alla Banca d'Italia alcun margine di valutazione circa la scelta del tipo contrattuale su cui operare l'intervento conformativo e la determinazione di quali clausole inserire, avendo lo stesso espressamente previsto non solo quale fosse il contratto su cui la Banca d'Italia era autorizzata ad intervenire, ma anche il contenuto della disposizione secondaria da introdurre. Da ultimo la Corte esclude che la previsione del limite massimo di finanziabilità possa essere qualificata come determinativa del contenuto del contratto, poiché non risulta «*essere una circostanza rilevabile dal contratto*», poiché l'accertamento in proposito può essere svolto

⁸⁶ In *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, II, p. 123 ss. con note di DOLMETTA, MINNECI, MALVAGNA e ONNIS CUGIA; in *Contr.*, 2014, p. 439 ss., con commenti di PAGLIANTINI e D'AMICO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 381 ss., con nota di TOMMASINI.

Anche in questo caso il caso concreto scaturiva da un'opposizione avverso il decreto di esecuzione dello stato passivo, che aveva rigettato la domanda dell'istituto bancario di insinuazione al passivo della società Alfa, la quale aveva prestato su alcuni immobili di sua proprietà ipoteca a favore dell'istituto bancario stesso, al fine di garantire un credito, derivante da due distinti contratti di finanziamento, che si era accollata.

solamente attraverso perizie estimatorie, suscettibili di opinabilità e soggette a margini di incertezza valutativa, *«come tali non rilevabili dal testo del contratto»*.

Infine la Suprema Corte si sofferma sui differenti interessi tutelati dalle disposizioni in esame: se infatti l'art. 117 t.u.b. è una disposizione volta alla tutela del contraente più debole, essendo finalizzata ad incrementare la trasparenza dei rapporti tra banca e cliente, lo stesso non si può dire per l'art. 38 t.u.b., finalizzato invece alla tutela *«delle stesse banche e indirettamente del sistema bancario in quanto è volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate contropartite e garanzie»*. Di non agevole applicazione quindi risulterebbe l'applicazione dell'art. 127 t.u.b., che nel prevedere la nullità relativa, nonché la derogabilità in senso più favorevole al cliente, finirebbe per frustrare l'ambito applicativo dell'art. 38 t.u.b., posto che *«il cliente ha tutto l'interesse ad ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile anche a prescindere dal limite di finanziabilità»*.

Esclusa dunque l'applicabilità dell'art. 117, comma 8 t.u.b., la Suprema corte esclude l'applicabilità dell'art. 1418, 1 comma c.c., posto che l'art. 38 t.u.b. non rappresenta una norma inderogabile in tema di validità del contratto, ma semplicemente una norma di buona condotta *«la cui violazione potrà comportare l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario, qualora ne venga accertata la violazione a seguito dei controlli che competono alla Banca d'Italia, nonché eventuale responsabilità, senza ingenerare una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo»*.

L'intervento della Corte di Cassazione non ha tuttavia fornito una soluzione definitiva circa le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità; la scarsa persuasività delle argomentazioni giuridiche ivi proposte, infatti, ha determinato lo svilupparsi di una sostanziale dicotomia tra la giurisprudenza di legittimità – che considera ormai il proprio precedente pacificamente indiscusso⁸⁷ – e la giurisprudenza di merito, che vive invece una situazione di profonda insoddisfazione e avversione nei confronti di tale orientamento⁸⁸. Ed infatti, se da un lato, non mancano pronunce che pedissequamente ricalcano il *decisum* della corte di legittimità⁸⁹, altre se ne discostano in maniera vigorosa, seppure con le più diverse

⁸⁷ La successiva sentenza della Corte di Cassazione, del 4 novembre 2015, n. 22446, cit. si limita infatti a riportare letteralmente parte del contenuto argomentativo della precedente pronuncia del 2013. In senso analogo, cfr. Cass. civ. 6 dicembre 2013, n. 27380, in *Foro It.* 2014, 2, I, p. 499 ss.; ID. 7 marzo 2016, n. 4471, in *DeJure*.

⁸⁸ Ne sono espressione a questo proposito le parole del Tribunale di Cagliari, che, nel decreto del 29 marzo 2016, *«pur consapevole che la questione allo stato non appare sopita dai recenti arresti della Suprema Corte, ritiene, comunque, di doversi aderire e confermarne l'interpretazione ivi proposta»*.

⁸⁹ Così le pronunce del Trib. Bari, 3 marzo 2016, in *DeJure*; Trib. Livorno, 12 febbraio 2016, *ibidem*; Trib. di Padova, 17 settembre 2015, consultabile al sito www.ilcaso.it; Trib. Udine, 29 maggio 2014, consultabile al sito www.unijuris.it.

interpretazioni: alcune pronunce, infatti, convengono con quanto espresso dalla Corte di legittimità circa l'indipendenza della disciplina del credito fondiario dall'art. 117 t.u.b., posto che, attraverso l'art. 38 t.u.b., la Banca d'Italia non crea un nuovo tipo contrattuale, o una nuova clausola, ma determina solamente il limite massimo della prestazione dell'istituto di credito. Raggiungono tuttavia risultati opposti quando devono individuare la sanzione che colpisce il contratto di mutuo fondiario concluso non rispettando il limite massimo di finanziabilità: se alcune infatti aderiscono alla tesi della mera applicabilità della sanzione amministrativa⁹⁰, altre invece optano per la nullità ex art. 1418 c.c., non mancando in ogni caso anche interpretazioni più ardite⁹¹.

Da ultimo, tuttavia, è intervenuta la pronuncia della Corte di Cassazione, del 13 luglio 2017, n. 17352⁹², la quale ha ritenuto di dover «rimeditare il principio affermato dalla sezione in ordine al non essere il superamento del limite di finanziabilità determinativo della nullità del contratto di mutuo fondiario»; la Suprema corte condivide la tesi della non riconducibilità della disciplina del credito fondiario alla nullità testualmente prevista dall'art. 117, co. 8 t.u.b., poiché «l'indicazione dell'importo massimo finanziabile non fa parte del contenuto del contratto di credito fondiario che può considerarsi tipico secondo il disposto di quella norma», la quale non contempla la disciplina di tale istituto nemmeno indirettamente. La questione posta dall'art. 38 t.u.b. dunque non può trovare soluzione all'interno della categoria della nullità testuale dettata dall'art. 117, co. 8 t.u.b., «a prescindere le divaricazioni di orientamento rinvenibili in dottrina a proposito della qualificazione – come tipizzante o connotativo – del potere della Banca d'Italia di prescrivere il contenuto di determinati contratti». Nondimeno ritiene possibile escludere l'applicazione dell'art. 1418 c.c., poiché «la prescrizione dei limiti di finanziabilità - per quanto non ascrivibile a un contenuto tipico predeterminato dall'autorità creditizia - si inserisce in ogni caso tra gli elementi essenziali perché un contratto di mutuo possa dirsi "fondiario"».

Partendo infatti dal presupposto che tutte le regole giuridiche sono anche regole di condotta, la Corte non nega che l'art. 38 t.u.b. incida sul contegno della banca, ma è indubbio che la soglia stabilita per il finanziamento abbia la funzione di regolare il *quantum* della prestazione creditizia, incidendo così direttamente sulla fattispecie. La Corte prosegue poi

⁹⁰ Così Trib. Oristano, 28 gennaio 2014 e Trib. Udine, 29 maggio 2014, entrambe in *Banca, borsa e tit. cred.*, II, p. 471 ss. con nota di ONNIS CUGIA. Approda ad un risultato analogo, benché con un diverso percorso argomentativo, il decreto del Trib. di Milano, 30 giugno 2016, consultabile in www.ilcaso.it.

⁹¹ Così Trib. Monza, 21 ottobre 2015 afferma che si tratta di nullità per violazione del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418, 2 comma c.c., inerente al contratto con oggetto illecito per contrasto con norma imperativa.

⁹² Consultabile in *DeJure*.

sottolineando, alla luce del collegamento esistente tra il finanziamento e l'ipoteca, l'inadeguatezza dello strumento sanzionatorio amministrativo che, facendo sempre salva la validità del contratto, consentirebbe nei fatti alla banca di disporre - essa - della fattispecie del credito fondiario, mantenendone i benefici correlati pur nel mancato rispetto dei limiti di legge, con conseguente pregiudizio delle pretese dei creditori concorrenti.

Il superamento della soglia di finanziabilità dunque conduce alla nullità dell'intero contratto, fatta tuttavia salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario ove ne risultino accertati i presupposti. La Corte infatti non ritiene accoglibile la tesi, prospettata dalla ricorrente, di una fattispecie di nullità parziale, riguardante mutuo fondiario e la corrispondente e dipendente iscrizione ipotecaria solo per la eccedenza rispetto ai limiti di legge. All'accoglimento di tale tesi infatti ostano non solo le difficoltà pratico-giuridiche di conciliare il frazionamento dell'unico contratto stipulato tra le parti col possibile consolidamento dell'ipoteca per la sola porzione fondiaria, ma anche e a monte la considerazione che l'art. 38 del t.u.b. individua oggettivamente i caratteri costitutivi dell'operazione di credito fondiario nel rispetto del limite evocato dal comma 2 della disposizione⁹³.

Da ultimo quindi la Suprema Corte sembra condividere l'orientamento espresso in precedenza che vede nell'art. 117, co. 8 t.u.b. la manifestazione del potere di individuare specifiche clausole contrattuali che vanno a costituire il regolamento del rapporto negoziale voluto dalle parti: l'art. 38 t.u.b. parrebbe infatti rappresentare la cornice all'interno della quale l'istituto di credito è libero di esercitare la propria attività, erogando finanziamenti ai clienti finali; mentre, di contro, l'art. 117, co. 8 t.u.b. vincola tale attività in maniera più stringente, autorizzando la Banca d'Italia a predeterminare *ab externo* il contenuto minimo del contratto, che l'intermediario andrà poi ad offrire sul mercato.

In via di estrema semplificazione, per meglio comprendere i poteri attribuiti alla Banca d'Italia, mi pare possibile ricorrere all'immagine del labirinto. I muri perimetrali, infatti, rendono l'idea dei vincoli avente carattere generale a cui deve sottostare l'intermediario creditizio se intende offrire contratti validi ed efficaci: e così le norme imperative, contenute tanto nel codice civile che nel Testo unico o in altre leggi speciali, dalla cui violazione discende la nullità del contratto. Tutte le stanze interne, i vicoli ciechi, i corridoi che, invece,

⁹³ Cosicché è corretta l'inferenza che solo al riscontro dei caratteri indicati nella disposizione consente di associare la qualificazione come fondiaria dell'operazione negoziale: un finanziamento ipotecario non rispettoso dei limiti legali involti dalla disciplina normativa non soddisfa il requisito della "fondiarietà" stabilito dalla norma imperativa.

orientano il percorso, dal momento dell'ingresso nel labirinto sino all'uscita, rappresentano invece i vincoli di tipo contenutistico posti all'autonomia privata dell'intermediario, il quale, una volta presa la decisione di predisporre un determinato modulo contrattuale – una volta, cioè, entrato nel labirinto – non può fare altro che trovare, attraverso le varie porte, l'unica direzione che lo porti all'uscita, e cioè alla conclusione di un contratto valido, conformando così il contenuto dello stesso secondo quanto disposto dall'Autorità di vigilanza

L'ISTITUTO PER LA VIGILANZA DELLE ASSICURAZIONI

INDICE: 1. L'evoluzione dell'assicurazione del credito: le polizze *Payment Protection Insurance*; – 2. La previsione di «*contenuti minimi*» del contratto di assicurazione sulla vita connesso all'erogazione di mutui immobiliari e di credito al consumo. Il regolamento IVASS n. 40 del 3 maggio 2012; – 3. L'evoluzione della disciplina: l'art. 135 della l. 4 agosto 2017, n. 124 «*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*».

1. L'evoluzione dell'assicurazione del credito: le polizze *Payment Protection Insurance*.

L'assicurazione del credito è un istituto noto nel nostro ordinamento⁹⁴; negli ultimi anni, tuttavia, a causa anche del sempre più frequente ricorso al credito da parte dei consumatori⁹⁵, ha assunto una connotazione differente. Si è dunque andato diffondendo, anche negli ordinamenti europei⁹⁶, un modello negoziale che trova origine nella prassi assicurativa

⁹⁴ Per un'analisi più ampia dell'istituto, senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia a: DE ZULIANI, *L'assicurazione del credito e delle cauzioni. Manuale tecnico giuridico*, Venezia, 1973; DONATI, *L'assicurazione del credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 37 ss.; DONATI – VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 175 ss.; FRAGALI, *Assicurazione del credito* [voce], in *Enc. del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 528 ss.; MUNGARI, *L'assicurazione dei rischi finanziari (garanzie creditizie e fideiussorie): disciplina e prospettive di riforma*, in *Ass.*, 1983, I, p. 663 ss.; NASTASI, *L'assicurazione dei crediti*, in *Quaderni di diritto bancario*, Roma, 1989; ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni. II. Le assicurazioni contro i danni*, Padova, Cedam, 2012, p. 401 ss. Recentemente sul tema si veda *Le assicurazioni abbinate ai finanziamenti*, a cura di MARANO – SIRI, Milano, Giuffrè, 2016. Per un'analisi comparatistica, cfr. CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito. Prospettive di comparazione*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁹⁵ L'innalzamento del quoziente di indebitamento del consumatore rappresenta un elemento caratteristico delle società a capitalismo maturo; nelle società proprie del capitalismo nascente (c.d. *cash and carry society*), infatti, il fenomeno del credito al consumo è pressoché sconosciuto a cause della mancanza di una produzione industriale di massa di beni di consumo durevoli, così che la medesima è limitata ad alcuni settori ristretti e ben precisi, tale da renderla, sia dal punto di vista economico e sociale, insignificante (così PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Jovene, Napoli, 1976, p. 12, rimandando a KRIPKE, *Consumer credit*, St. Paul Minn., 1970, p. XI). Solo successivamente, per effetto del combinarsi dell'evoluzione della produzione industriale, con il conseguente aumento dei salari reali, e lo sviluppo di capillare commercializzazione e distribuzione di massa, il fenomeno del credito al consumo diventa strumento di sostegno della curva della domanda di beni di consumo, con conseguenti ripercussioni sulla crescita ed ampliamento del mercato, tanto da portare alla coniazione dell'espressione «*credit society*». Di tale evoluzione non è ovviamente rimasto estraneo il diritto; se P. SCHLESINGER (in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 825 e ss.), coniando l'espressione de «*il primato del credito*», intendeva sottolineare il «*graduale slittamento*» dall'attenzione dei giuristi dall'istituto della proprietà al rapporto di credito, CASELLA (in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 703 ss.), ribaltando l'espressione in «*primato del debito*», evidenziava invece il decisivo ruolo assunto dall'assunzione di debito nelle società moderne. Per un'analisi storica del fenomeno del credito al consumo, si veda GELPI – JULIEN LABRUYÈRE, *Storia del credito al consumo*, Bologna, Il Mulino, 1994.

⁹⁶ Si veda a questo proposito *l'assurance emprunteurs* (o *couvertures des prêts professionnels*) del sistema francese. Per ulteriori riferimenti cfr. CERINI, *L'assicurazione del credito ai consumatori, strumento double-face a «garanzia» di finanziatori e finanziati: da un'idea di «democratizzazione del credito» ad un esempio applicativo delle assicurazioni di gruppo*, in *Dir. econ. ass.*, 2014, I, p. 745 e ss. e specialmente p. 768 – 777.

nordamericana, e che è conosciuto con differenti terminologie: *Consumer credit-related insurance*⁹⁷, *Payment protection insurance (PPI)*, *Credit protection insurance (CPI)*.

Questo schema negoziale vede come parti contraenti la compagnia assicurativa ed il mutuatario, il quale ha interesse ad ottenere dall'assicuratore, nel caso si verificano gli eventi dedotti nella situazione di rischio, una somma di denaro sufficiente all'estinzione del mutuo⁹⁸; la somma convenuta, tuttavia, in virtù di un'apposita pattuizione, viene destinata in via preferenziale alla soddisfazione del creditore vincolatario (i.e. la banca) e solo *de residuo* è corrisposta al contraente assicurato.

Il contratto di assicurazione del credito assolve pertanto una duplice funzione: un primo effetto è quello di tutelare il debitore assicurato, che si vede surrogato dalla compagnia assicuratrice in caso di inadempimento dell'obbligo di restituzione della somma mutuata e del pagamento degli interessi maturati. Contemporaneamente, tuttavia, tale polizza

⁹⁷ Non è questa la sede opportuna per esaminare nel dettaglio la ricostruzione storica dei *consumer credit-related insurance contracts*; ci si limita tuttavia a sottolineare come l'abbinamento a scopo di garanzia tra assicurazione e contratti di mutuo ai consumatori trovi origine nelle polizze assicurative sulla vita offerte dalla Morris Plan Insurance Society, fondata dall'avvocato Arthur J. Morris nel 1917, al fine di favorire l'accesso al credito ai lavoratori *with no security or collateral*; attraverso queste polizze, infatti, l'assicuratore si obbligava, in caso di morte del mutuatario, ad estinguere il mutuo. La prassi tuttavia di acquistare assicurazioni sulla vita al fine di tutelare i propri creditori ha radici ben più antiche; a questo proposito cfr. l'analisi di G. CLARK, *Betting on Lives: The Culture of Life Insurance in England, 1695 – 1775*, Manchester University Press, 1999. Per ulteriori riferimenti, cfr. il *2005 Fact Book of Credit-related Insurance*, pubblicato dalla USA Consumer Credit Insurance Association nell'aprile del 2005, nonché FAGG, *An Introduction to Credit-related Insurance*, Creditre Publications, USA, 2004.

⁹⁸ Questo schema negoziale è costantemente ricondotto dalla giurisprudenza alla figura del collegamento negoziale. *Ex multis*, seppure in tema di assicurazione contro il furto del bene acquistato con la somma finanziata, si veda Cass. civ. 21 giugno 1995, n. 7021, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, II, p. 376 ss. con nota di LENER; Id. 26 ottobre 2004, n. 20743, in *DeJure*; Id. 20 maggio 2009, n. 11706, in *Foro It.*, 2010, I, p. 528 ss.; Id. 21 dicembre 2015, n. 25610, in *DeJure*. Il collegamento negoziale è tuttavia ammesso solo ad alcuni limitati effetti, posto che solamente l'invalidità, la sopravvenuta inefficacia e la risoluzione di uno dei contratti riverberano i propri effetti sull'altro, rimanendo, sotto ogni altro e diverso aspetto, autonomi l'uno dall'altro. La qualificazione come collegamento negoziale è pacifica anche nella giurisprudenza dell'ABF; si veda, tra le più recenti, ABF Milano, 28 aprile 2016, n. 3921; ABF Napoli, 3 febbraio 2015, n. 811; ABF Roma, 18 febbraio 2013, n. 939. Per ulteriori approfondimenti sul tema del collegamento negoziale, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza a: DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 279 e ss.; DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 e ss.; FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 256 e 432 e ss.; GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 357 e ss.; GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275 e ss.; MESSINEO, *Contratto Collegato*, in *Id.*, Vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 48 e ss.; ORLANDO CASCIO – ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati* [voce], in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, p. 1 e ss.; SCHEZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983; SCOGNAMIGLIO R., *Collegamento negoziale* [voce], in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 375 e ss.; VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 259 e ss. Recentemente sono stati dedicati al tema alcuni contributi monografici: LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 1999; MAISTO, *Il collegamento volontario fra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, Giuffrè, 1998; SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto ed interessi dei contraenti*, Padova, Cedam, 1992.

assicurativa svolge anche una funzione di «*garanzia indiretta*»⁹⁹, tutelando la posizione creditoria del mutuante, il quale, in forza di apposite condizioni contrattuali (la c.d. *clausola di vincolo*)¹⁰⁰, è il beneficiario della somma assicurata.

Nondimeno, rispetto alle assicurazioni sul credito tradizionali, nelle polizze PPI cambia il rischio assicurato; esso non coincide con l'inadempimento del debitore alle obbligazioni restitutorie, bensì viene identificato con specifici eventi della vita umana – il verificarsi di incidenti, malattie, disoccupazione o anche la morte – che sono in grado di determinare la riduzione, se non anche la perdita della capacità di produrre reddito¹⁰¹. Ciò deriva dalla circostanza in base alla quale la banca eroga il mutuo facendo affidamento proprio sulla capacità del debitore di produrre reddito, il quale «*con la propria persona*» rappresenta la principale garanzia di adempimento¹⁰², garanzia che risulta quindi ridotta a causa del verificarsi degli eventi sopra indicati.

La diffusione sul mercato di tali polizze assicurative ha registrato negli ultimi anni un continuo aumento¹⁰³: ben presto, però, si sono evidenziate alcune evidenti distorsioni del mercato¹⁰⁴, tali da pregiudicare il corretto svolgersi della concorrenza e danneggiare la massa di utenti che accedono al credito¹⁰⁵. Le irregolarità riscontrate attengono in larga parte a due

⁹⁹ Tant'è che si è parlato di strumento *double – face*, a garanzia di finanziatori e finanziati; così CERINI, *L'assicurazione del credito ai consumatori*, op. cit., p. 752.

¹⁰⁰ Più propriamente tale pattuizione prende il nome di *clausola di vincolo*, ove inserita nel contratto *ab origine*, mentre viene identificata con il nome di *appendice di vincolo*, ove contenuta in un documento sottoscritto a parte, eventualmente anche posteriormente alla stipula, e allegato al contratto. In questo senso, ROSSETTI, *Appendice di vincolo ed interesse assicurato* (Nota a Cass. civ. 8 ottobre 2009, n. 21390), in *Ass.*, 2010, p. 90. Sulla natura giuridica della clausola di vincolo, tuttavia, si registrano opinioni discordi, tanto in dottrina che in giurisprudenza, anche se pare prevalente la posizione di chi vede nel fenomeno in esame un contratto a favore di terzo. Per ulteriori approfondimenti, cfr. PERTOT, *Sulla c.d. clausola di vincolo apposta al contratto di assicurazione contro i danni* (Nota a Trib. Trieste, 16 dicembre 2013), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 357 ss. e gli autori ivi citati.

¹⁰¹ A differenza, infatti, dei contratti di mutuo conclusi da persone fisiche o enti esercenti attività d'impresa, dove la procedura di affidamento si basa su parametri oggettivi, quali la solidità patrimoniale dell'impresa ed il suo ciclo produttivo e di affari, nel credito ai consumatori fa essenzialmente leva sulla capacità del debitore di produrre reddito.

¹⁰² CERINI, *L'assicurazione del credito ai consumatori*, p. 750 – 751 ss.

¹⁰³ Dall'indagine sui costi delle polizze abbinate ai finanziamenti, pubblicata dall'IVASS nel maggio 2016, che ha coinvolto tutte le imprese italiane (e le imprese UE operanti in Italia in regime di stabilimento), risulta che, nell'esercizio 2014, la raccolta realizzata complessivamente dalle imprese nei rami vita e danni, con riguardo alle polizze di “nuova produzione”, ammonta a € 1.531.611.227, di cui € 868.931.624 riferibili ai rami vita (57% circa dei premi) e € 662.679.603 relativi ai rami danni (43% circa dei premi).

¹⁰⁴ Per una panoramica generale dei problemi che la diffusione delle polizze PPI comporta e delle soluzioni adottate in altri ordinamenti europei, cfr. il report *Background Note on Payment Protection Insurance*, pubblicato il 28 giugno 2013 dalla *European Insurance and Occupational Pensions Authority*.

¹⁰⁵ A questo proposito è significativa l'esperienza inglese, dove, a partire da gennaio 2011, ben 26.9 bn di sterline sono stati attribuiti agli acquirenti di polizze PPI a titolo di risarcimento del danno derivante dalle pratiche di *mis-selling* messe in atto dalle banche inglesi (Fonte: *Financial Conduct Authority*). Per

differenti ordini di problemi: da un lato, infatti, vi sono le anomalie nella relazione tra l'intermediario ed il cliente, posto che sussiste il concreto pericolo di conflitto di interesse in capo all'istituto di credito, il quale può assumere la doppia veste di intermediario – tenuto a perseguire il *best interest* del cliente – e, nel contempo, beneficiario del contratto, intrinsecamente quindi proteso verso polizze assicurative che offrano la massima copertura, a prescindere dai costi che il cliente è chiamato a sostenere; dall'altro lato, invece, sussistono anomalie relative alla fase di “distribuzione”: si spazia qui dalle pratiche c.d. di *tying* – che si verificano quando l'intermediario subordina la concessione del credito alla stipula della polizza assicurativa, elaborata spesso dalla medesima società o da altra società del gruppo¹⁰⁶ – e di *bundling*, per effetto delle quali al cliente viene offerto come “unico prodotto” il finanziamento abbinato alla polizza assicurativa, con conseguente riduzione del costo, visto che il rischio di credito è ridotto grazie alla stipulazione della polizza.

Negli ultimi anni il legislatore è quindi intervenuto a più riprese al fine di rimuovere questi fenomeni distorsivi del mercato, in particolare limitando a più riprese il verificarsi delle situazioni di conflitto di interesse in capo all'intermediario¹⁰⁷. Da ultimo ha devoluto all'IVASS il compito di determinare i «*contenuti minimi*» del contratto di assicurazione sulla vita connesso all'erogazione di mutui immobiliari e di credito al consumo.

2. La previsione di «*contenuti minimi*» del contratto di assicurazione sulla vita connesso all'erogazione di mutui immobiliari e di credito al consumo. Il regolamento IVASS n. 40 del 3 maggio 2012.

L'art. 28 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato in sede di conversione del d.l. con l. l. 24 marzo 2012, n. 27 (“*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle*

maggiori riferimenti, cfr. GEORGOSOULI, *Payment Protection Insurance (PPI) Mis-selling: Some Lessons from the UK*, in *Connecticut Insurance Law Journal*, 2014, vol. 21, p. 261-288; FERRAN, *Regulatory Lessons from the Payment Protection Insurance Mis-selling Scandal in the UK*, in *European Business Organisation Law Review*, 2012, vol. 13, p. 247 – 270.

¹⁰⁶ La conseguenza immediata di tale pratiche è che il cliente si trova nell'impossibilità di scegliere una diversa polizza assicurativa, con il rischio di ritrovarsi con una polizza non adeguata a soddisfare i propri bisogni, potendo la stessa essere più costosa di altre offerte sul mercato od offrire una copertura non ottimale.

¹⁰⁷ Per un'analisi dei vari provvedimenti succedutesi nel tempo, cfr. CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, in *Obbl. e contratti*, 2012, p. 906 ss.; FAUSTI, *Assicurazioni del debitore a “garanzia” dei mutui ipotecari: considerazioni sulla recente disciplina*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, p. 614 ss.; MARTINA, *Il contratto di assicurazione sulla vita finalizzato all'erogazione di un mutuo immobiliare tra misure legislative urgenti, regolamentazioni dell'Autorità di vertice del settore assicurativo e prospettive de iure condendo*, in *Dir. delle banche e del mercato finanziario*, 2015, p. 296 ss.; RIVA, *Polizze connesse a mutui tra regolazione ISVAP e “legislazione Monti”*, in *Ass.*, 2012, p. 277 ss.

infrastrutture e la competitività”), detta due norme differenti. Il primo comma, infatti, stabilisce una regola diretta ad eliminare il possibile conflitto di interesse dell’istituto bancario; dispone infatti che, qualora le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari condizionino l'erogazione del mutuo immobiliare o di credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita, essi siano tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi a loro non riconducibili. Il cliente rimane in ogni caso libero di scegliere sul mercato la polizza sulla vita più conveniente, polizza che la banca è obbligata ad accettare senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo.

Ciò che più rileva tuttavia in questa sede non è tanto la prescrizione di tale ulteriore obbligo di comportamento in sede precontrattuale, bensì quanto dispone il secondo comma del citato art. 28, il quale demanda all’ISVAP (ora IVASS)¹⁰⁸, entro trenta giorni dall’entrata in vigore della legge di conversione, il compito di definire «i contenuti minimi» del contratto di assicurazione sulla vita¹⁰⁹.

L’11 aprile 2012 l’IVASS ha reso pubblico lo schema di Regolamento concernente la definizione di tali contenuti minimi, aprendo una pubblica consultazione in merito, conclusasi il 18 aprile¹¹⁰. Infine, con il regolamento n. 40 del 30 maggio 2012, entrato in vigore il 1° luglio 2012, l’IVASS ha proceduto ad individuare i requisiti minimi della polizza

¹⁰⁸ L’art. 13 del d.l. 6 luglio 2012 (“*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*”), convertito, con modifiche dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, ha infatti disposto la soppressione dell’ISVAP e il trasferimento delle sue funzioni al neonato IVASS; ciò al fine di «*al fine di assicurare la piena integrazione dell’attività di vigilanza nel settore assicurativo, anche attraverso un più stretto collegamento con la vigilanza bancaria*». Per una panoramica, benché non recentissima, sulle origini, le funzioni ed i poteri dell’IVASS, cfr. SCALISE – MARIANO, *L’Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo*, in *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di CIRILLO e CHIEPPA, Padova, Cedam, 2010, p. 673 e ss.

¹⁰⁹ La possibilità di prevedere contenuti standardizzati era già stata prevista dal considerando 25 della direttiva 2014/17/UE del 4 febbraio 2014 (“*In merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010*”) in base al quale «*gli Stati membri possono standardizzare, in tutto o in parte, la copertura offerta dai contratti assicurativi al fine di agevolare la comparazione tra le varie offerte per i consumatori che desiderino effettuare tale confronto*». Un’indicazione in senso contrario, tuttavia, pare provenire dall’art. 21 della direttiva 2009/138/CE del 25 novembre 2009 (“*In materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione (solvibilità II)*”), in base al quale si fa divieto agli Stati membri di esigere «*la preventiva approvazione o la comunicazione sistematica delle condizioni generali e particolari delle polizze, delle tariffe, delle basi tecniche, utilizzate in particolare per il calcolo delle tariffe e delle riserve tecniche, nonché dei formulari ed altri stampati che l’impresa abbia intenzione di utilizzare nelle sue relazioni con i contraenti o con le imprese cedenti o retrocedenti*». Dal *Background Note on Payment Protection Insurance*, già citato in precedenza, tuttavia, risulta che, tra le legislazioni degli Stati membri analizzate, solo l’Italia abbia previsto una regolazione dei «*contenuti minimi*» delle polizze PPI.

¹¹⁰ Gli esiti della consultazione, così come la Relazione dell’IVASS al regolamento sono consultabili al presente link: <https://www.IVASS.it/normativa/nazionale/secondaria-IVASS/esiti-pubb-cons/2012/r40-epc/index.html>.

assicurativa in esame, prevedendo, all'art. 1, che il contratto di assicurazione sulla vita¹¹¹ debba soddisfare i seguenti requisiti minimi:

a) *forma assicurativa*: temporanea per il caso di morte, che può essere a capitale decrescente nei casi in cui il rimborso del mutuo immobiliare o del credito al consumo segua un piano di ammortamento, oppure a capitale costante nei casi in cui il rimborso del credito al consumo non segua un piano di ammortamento predefinito.

b) *prestazioni assicurative*: oltre al pagamento, al verificarsi del decesso dell'assicurato prima della scadenza del contratto, di un capitale assicurato pari o in linea rispetto al debito residuo del mutuo immobiliare o del credito al consumo, la polizza può offrire – qualora, nel periodo intercorrente tra la comunicazione all'impresa del decesso dell'assicurato e la liquidazione del capitale assicurato, vengano a scadenza delle rate del mutuo immobiliare o del credito al consumo – l'immediata liquidazione di tali rate, salvo successivo conguaglio all'atto della liquidazione del capitale assicurato.

c) *limitazioni della prestazione*: si richiede che il rischio di morte venga sempre coperto qualunque ne sia la causa, senza limiti territoriali. La copertura assicurativa è tuttavia esclusa qualora: (i) il decesso sia causato da dolo del contraente, dell'assicurato o dei beneficiari¹¹²; (ii) il decesso avvenga per suicidio nei primi due anni dalla conclusione del contratto di assicurazione¹¹³, salvo, tuttavia, patto contrario¹¹⁴; (iii) il decesso derivi da rischi catastrofali¹¹⁵.

¹¹¹ È noto tuttavia come, nel nostro ordinamento, non esista una definizione unitaria di contratto di assicurazione sulla vita, posto che accanto al modello dettato dall'art. 1882 c.c., in cui è centrale l'assunzione di un rischio legato alla durata della vita umana – c.d. rischio demografico, che può, pertanto, coincidere con la morte entro una certa data, oppure a vita intera – si affianca l'art. 2, comma 1 c.a.p., che elenca i rami delle assicurazioni sulla vita, i quali presentano in alcuni casi delle differenze di rilievo rispetto al paradigma codicistico. Sul punto si rimanda all'analisi di CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 41 ss., nonché, con riferimento al tema qui in esame, MARTINA, *Il contratto di assicurazione sulla vita*, cit., p. 304 ss.

¹¹² Si assiste in questo caso all'ampliamento della garanzia a rispetto a quanto previsto dall'art. 1900 c.c., in base al quale l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, salvo patto contrario per i casi di colpa grave.

¹¹³ Più precisamente l'IVASS parla di "entrata in vigore" del contratto.

¹¹⁴ In applicazione del dettato dell'art. 1927, comma 1 c.c., che stabilisce che «in caso di suicidio dell'assicurato, avvenuto prima che siano decorsi due anni dalla stipulazione del contratto, l'assicuratore non è tenuto al pagamento delle somme assicurate, salvo patto contrario». Ci si domanda tuttavia se sia possibile escludere in toto il rischio da suicidio, successivo quindi ai due anni dalla stipulazione del contratto, in applicazione di una lettura estensiva dell'art. 1927, 1 comma c.c. Il problema è da risolvere alla luce della derogabilità solo in melius di quanto stabilito dal regolamento in esame.

¹¹⁵ Tali limitazione è stata introdotta la fine di tener conto delle esigenze delle imprese di assicurazione in tema di riassicurazione. Recentemente sul tema dell'assicurabilità dei rischi da catastrofe, cfr. VARDI – ZENO-ZENCOVICH, *L'assicurabilità dei rischi da catastrofe*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 337 ss.

- d) *durata del contratto*: deve essere pari alla durata del mutuo immobiliare o del credito al consumo¹¹⁶.
- e) *periodicità del pagamento del premio*: si prevede la facoltà per le parti di optare per il pagamento di un premio unico in forma anticipata, oppure di un premio annuo, con possibilità di rateazione ed indicazione dei relativi costi¹¹⁷.
- f) *costi gravanti sul premio*: si richiede l'indicazione dell'ammontare dei costi che verranno sostenuti dal cliente nel periodo di efficacia del contratto, con evidenza dell'importo percepito dall'intermediario¹¹⁸.
- g) *modalità di verifica dello stato di salute del cliente*: muovendo dalla premessa che i costi della visita medica possano essere un elemento competitivo, da esplicitare con chiarezza nel preventivo, l'IVASS richiede che il contratto indichi esplicitamente i casi in cui sia richiesta la visita medica, nonché i casi in cui l'accertamento dello stato di salute dell'assicurato possa avvenire tramite compilazione del questionario anamnestico. In ogni caso, i costi della visita medica, che

¹¹⁶ In fase di consultazione, si era posto l'interrogativo circa la possibilità che possano venire accettate polizze assicurative di durata inferiore – potendosi la banca accontentare di tutelare il credito nella fase iniziale, quando il debito residuo è più elevato (così l'ANIA) – o anche di durata superiore alla durata del mutuo immobiliare o del credito al consumo. La soluzione accolta dall'IVASS rappresenta un punto di equilibrio di opposti interessi, posto che – così come descritto nella Relazione – si prevede sì che il contratto assicurativo debba avere “di base” una durata pari a quella del mutuo o del credito al consumo, ma, al fine di consentire la più ampia scelta per il consumatore, viene offerta alle parti la possibilità di stabilire una durata del contratto assicurativo anche inferiore o superiore a quella del mutuo o del credito al consumo. Per facilitare la confrontabilità, tuttavia, si richiede che nel preventivo venga indicata una durata del contratto assicurativo pari alla durata del finanziamento. Il cliente potrà in ogni caso scegliere, qualora richiesta dall'ente finanziatore e più rispondente alle proprie esigenze, una durata diversa. Non è invece stata accolta la proposta, avanzata sempre da ANIA, di contemplare anche una polizza di durata inferiore a quella del mutuo o del credito, poiché stipulata in un momento successivo alla conclusione del contratto di mutuo o di credito al consumo: a parere dell'IVASS, infatti, si tratta di una fattispecie che esula dal campo di applicazione dell'art. 28 del d.l. 1/2012, il quale disciplina solamente le ipotesi in cui gli enti finanziatori condizionino l'erogazione del finanziamento alla sottoscrizione di una polizza di assicurazione sulla vita. È stata rigettata anche la proposta di Altroconsumo di riconoscere al cliente il diritto di recesso dal contratto assicurativo vita nel corso della intera durata contrattuale, posto che trattasi di fattispecie già disciplinata dall'art. 177 c.a.p.

¹¹⁷ Come si legge nel documento sugli esiti della consultazione, nel formulare tale requisito, l'IVASS ha rinunciato alla determinazione autoritativa della modalità di pagamento, rimettendo all'autonomia delle parti la relativa scelta. Come è stato evidenziato nelle varie osservazioni ricevute, infatti, entrambe le modalità di pagamento possono comportare degli effetti negativi: nel caso di premio unico, infatti, ove l'importo del capitale assicurato sia basso, tale scelta può determinare un'elevata incidenza dei costi di gestione; con riferimento invece al premio annuo, l'ente finanziatore corre il rischio che, qualora il cliente, una volta ricevuto il mutuo/finanziamento, interrompa il pagamento, subisca il vanificarsi della garanzia aggiuntiva alla quale, per l'appunto, era stata subordinata l'erogazione del mutuo/finanziamento.

¹¹⁸ Si rinvia qui a quanto disciplinato dal regolamento IVASS del 26 maggio 2010, n. 35, ed in particolare al comma 2 dell'art. 50, che dispone che «nella polizza dei contratti individuali connessi a mutui e ad altri finanziamenti ovvero nel modulo di adesione dei medesimi contratti in forma collettiva, l'impresa indica l'ammontare dei costi effettivamente sostenuti dal contraente ovvero dal debitore/assicurato con l'evidenza dell'importo percepito dall'intermediario. Restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 4 comma 8 e all'articolo 30 comma 8».

vengano posti a carico dell'impresa oppure del cliente, devono essere chiaramente evidenziati.

h) *periodo di "carenza"*: trattasi del periodo iniziale del contratto in cui la copertura ha un effetto limitato. Tale periodo è escluso in caso di visita medica; negli altri casi non può essere superiore a 90 giorni dalla decorrenza della copertura assicurativa. In ogni caso, qualora durante la carenza si verifichi il decesso dovuto ad infortunio, malattia infettiva acuta o shock anafilattico, l'assicuratore è obbligato al pagamento integrale della prestazione assicurativa¹¹⁹.

i) *beneficiari o vincolatari*: al cliente è attribuito il diritto di eleggere liberamente i beneficiari o i vincolatari del contratto di assicurazione. Si prevede, tuttavia, che la banca o l'intermediario finanziario possano essere designati come beneficiari o vincolatari delle prestazioni assicurative solo qualora il contratto di assicurazione non sia intermediato dalla banca o dall'intermediario finanziario stesso o da soggetti ad essi legati da rapporti di gruppo o da rapporti di affari propri o di società del gruppo¹²⁰.

j) *modalità di denuncia del decesso*: il contratto deve inoltre indicare le modalità di denuncia del decesso dell'assicurato, nonché la documentazione da consegnare all'impresa per la liquidazione del capitale.

k) *tempi di liquidazione del capitale assicurato*: è necessario che il contratto indichi espressamente i tempi necessari per la liquidazione del capitale, che in nessun caso potranno superare i 30 giorni dal ricevimento della documentazione completa¹²¹.

¹¹⁹ Anche in questo caso l'IVASS ha operato un contemperamento tra gli interessi rappresentati dalle associazioni dei consumatori – le quali avevano chiesto di eliminare o limitare a non più di 60 giorni il periodo di carenza – e quelli espressi dalle imprese di assicurazione: quest'ultime, infatti, partendo dal presupposto che un periodo di carenza di 90 giorni fosse troppo breve, specialmente per patologie che potrebbero essere state già contratte prima della decorrenza, ma che si manifestano dopo un periodo anche significativamente superiore, avevano chiesto che venisse lasciata alle imprese la facoltà di stabilire, limitatamente a patologie particolari, periodi di carenza maggiori; in ogni caso, avevano chiesto di estendere il periodo di carenza minimo da 90 a 180 giorni – così come risultante dalla prassi di mercato – eventualmente derogabile in senso favorevole al cliente al momento della stipulazione del contratto, con impegno da parte della compagnia, qualora il decesso avvenga nel periodo di carenza, alla restituzione dei premi versati.

¹²⁰ Questo in linea con quanto previsto nel Regolamento IVASS del 16 ottobre 2006, n. 5, così come modificato dal provvedimento del 6 dicembre 2011, n. 2946, il cui art. 48, comma 1 *bis* prevede che «*gli intermediari comunque si astengono dall'assumere, direttamente o indirettamente, anche attraverso uno dei rapporti di cui al comma 1, primo periodo (i.e. rapporti di gruppo o da rapporti di affari propri o di società del gruppo), la contemporanea qualifica di beneficiario o di vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario del relativo contratto in forma individuale o collettiva*». Per un commento cfr. CAPUSSI, *Il provvedimento ISVAP n. 2946 del 6 dicembre 2011. nota critica all'art. 48, comma 1-bis del regolamento ISVAP n. 5/2006 dopo la sentenza del T.a.r. Lazio*, in *Dir. e fisc. ass.*, 2013, p. 234 ss..

¹²¹ In questo caso l'IVASS ha ritenuto di non accogliere le osservazioni critiche di ANIA, in base alle quali il termine di 30 giorni per la liquidazione del capitale assicurato potrebbe essere eccessivamente ristretto nel caso in cui l'impresa necessiti di ulteriore documentazione alla luce delle cause del decesso o quando i beneficiari siano indicati in maniera generica (ad es. eredi legittimi).

l) *estinzione anticipata del mutuo immobiliare o del credito al consumo*: si prevede che, nel caso di pagamento di un premio unico, l'impresa sia obbligata, entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione di avvenuta estinzione anticipata del mutuo immobiliare o del credito al consumo, alla restituzione al cliente della parte di premio pagato relativo al periodo residuo rispetto alla scadenza originaria della polizza, secondo le modalità previste dal Regolamento ISVAP n. 35/2010¹²². Il cliente ha facoltà tuttavia di richiedere, in alternativa, che la prosecuzione della polizza possa proseguire fino alla scadenza contrattuale, eventualmente designando un nuovo beneficiario.

m) *trasferimento del mutuo immobiliare*: anche in questo caso, nel caso di pagamento di un premio unico, l'impresa è obbligata, entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione di trasferimento del mutuo immobiliare, alla restituzione al cliente della parte di premio pagato relativo al periodo residuo rispetto alla scadenza originaria della polizza, secondo le modalità previste dal Regolamento ISVAP n. 35/2010. Su richiesta del cliente, la polizza può proseguire fino alla scadenza contrattuale anche a favore di un nuovo beneficiario eventualmente designato¹²³.

n) *diritto di recesso*: il contratto deve espressamente indicare la facoltà per il cliente di recedere dal contratto di assicurazione entro un termine non inferiore a 30 giorni dalla data in cui il contratto è concluso, con diritto alla restituzione del premio corrisposto al netto della parte relativa al periodo per il quale il contratto ha avuto effetto e delle spese sostenute per l'emissione del contratto¹²⁴.

¹²² Il rinvio è all'art. 49 del Regolamento cit., in base al quale «nei contratti di assicurazione connessi a mutui e ad altri finanziamenti, per i quali sia stato corrisposto un premio unico il cui onere è sostenuto dal debitore/assicurato, le imprese, nel caso di estinzione anticipata o di trasferimento del mutuo o del finanziamento, restituiscono al debitore/assicurato la parte di premio pagato relativo al periodo residuo rispetto alla scadenza originaria. Essa è calcolata per il premio puro in funzione degli anni e frazione di anno mancanti alla scadenza della copertura nonché del capitale assicurato residuo; per i caricamenti in proporzione agli anni e frazione di anno mancanti alla scadenza della copertura. Le condizioni di assicurazione indicano i criteri e le modalità per la definizione del rimborso. Le imprese possono trattenere dall'importo dovuto le spese amministrative effettivamente sostenute per l'emissione del contratto e per il rimborso del premio, a condizione che le stesse siano indicate nella proposta, nella polizza ovvero nel modulo di adesione alla copertura assicurativa. Tali spese non devono essere tali da costituire un limite alla portabilità dei mutui/finanziamenti ovvero un onere ingiustificato in caso di rimborso. In alternativa a quanto previsto al comma 1 le imprese, su richiesta del debitore/assicurato, forniscono la copertura assicurativa fino alla scadenza contrattuale a favore del nuovo beneficiario designato».

¹²³ Non è stata accolta l'osservazione di ABI circa la discrasia tra il termine di 30 giorni richiesto e la disciplina dettata dall'art. 120 *quater* del T.U.B. che disciplina le operazioni di portabilità del mutuo, paventandosi il rischio che, a causa di tale mancato allineamento, la banca potrebbe, al fine di valutare il merito creditizio del cliente che desidera perfezionare l'operazione di surroga, non tener conto della copertura assicurativa.

¹²⁴ L'IVASS ha qui esteso quanto previsto dall'art. 177 c.a.p. – che trova applicazione non solo ai contratti individuali di assicurazione sulla vita (in questo senso, CORRIAS, *Sub art. 177*, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, diretto da VOLPE PUTZOLU, Padova, Cedam, 2013, p. 682) – ma anche alle

o) *comunicazioni al cliente in corso di contratto*: l'impresa è obbligata ad inviare al cliente, entro 60 giorni dalla chiusura di ogni anno solare ovvero da ogni ricorrenza annuale, una comunicazione che contenga le informazioni relative all'ammontare del capitale assicurato, agli eventuali premi in scadenza ovvero in arretrato, con un'avvertenza sugli effetti derivanti dal mancato pagamento, e il nominativo del/dei beneficiario/beneficiari o del/dei vincolatario/vincolatari.

Occorre ora domandarsi quali sarebbero le conseguenze di un'eventuale polizza che presenti un contenuto difforme dal quello minimo individuato dall'IVASS; a questo proposito né il regolamento – né l'art. 28 del d.l. – prevedono alcuna sanzione espressa per l'eventualità in cui la polizza assicurativa non rispetti tali prescrizioni. Tale questione era già stata sollevata in fase di consultazione¹²⁵, senza che tuttavia l'IVASS prendesse una chiara presa di posizione sul tema, limitandosi ad affermare i contenuti minimi individuati nella norma rappresentano «l'offerta base» e sono strumentali al confronto tra i diversi preventivi sottoposti al cliente, sia dalla banca che dagli altri intermediari assicurativi, e ribadendo, in ogni caso, che veniva riconosciuta alle parti «una libera autonomia contrattuale nella definizione del contratto definitivo», purché, però, le condizioni proposte al cliente siano migliorative rispetto ai contenuti minimi.

Stando al dettato normativo, poi, parrebbe che tenute al rispetto dei contenuti minimi dettati dall'IVASS siano solamente le polizze assicurative inserite nei due preventivi che gli intermediari sono, ai sensi dell'art. 28, comma 1, tenuti a sottoporre al cliente; occorre quindi domandarsi cosa accade nel caso in cui sia il cliente stesso a scegliere sul mercato la polizza sulla vita a lui più conveniente, polizza che, come si è visto in precedenza, la banca è obbligata ad accettare senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo. Appare difficile sostenere che tale polizza possa contenere previsioni che si discostino *in peius* da quanto stabilito dall'IVASS, rappresentando questo sì l'offerta base a tutela del cliente debole¹²⁶.

polizze collettive, ovverosia alla polizza assicurativa stipulata dalla banca per conto dei propri mutuatari a copertura del rischio derivante dal decesso dell'obbligato.

¹²⁵ In particolare, ANIA aveva precisato di ritenere che i «contenuti minimi» di cui al Regolamento fossero strumentali al solo confronto tra i diversi preventivi sottoposti al cliente e che, una volta terminata la fase di confronto, venisse in ogni caso riconosciuta alle parti una libera autonomia contrattuale nella definizione del contratto definitivo. CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, cit. p. 912 ricorda come in sede di consultazione sia stato paventato un rischio di «eccesso di regolamentazione», e che la previsione del contenuto minimo potesse essere addirittura penalizzante per il cliente.

¹²⁶ Sostiene che il soggetto finanziatore possa rifiutare la polizza presentatogli dal cliente quando non rispetti i contenuti minimi, MARTINA, *Il contratto di assicurazione sulla vita finalizzato all'erogazione di un mutuo immobiliare*, p. 302.

La disciplina dettata dall'art. 28 del d.l. 1/2012 non è stata tuttavia sufficiente a risolvere le criticità emerse in fase di distribuzione delle polizze PPI; in particolare sono state evidenziati: (i) la diffusione di contratti assicurativi caratterizzati da esclusioni, limitazioni e carenze tali da ridurre significativamente la portata delle garanzie; (ii) modalità di offerta dei contratti non sempre improntate a canoni di trasparenza e correttezza; (iii) costi che potrebbero essere eccessivi e poco giustificati¹²⁷. Una prima risposta è stata quindi proposta dalla lettera congiunta della Banca d'Italia e dell'IVASS, firmata il 26 agosto 2015 ed intitolata "*Polizze abbinate a finanziamenti (PPI - Payment Protection Insurance). Misure a tutela dei clienti?*": al fine di ridurre le criticità sopra evidenziate, le due Autorità garanti fornivano alcune indicazioni dirette a migliorare la qualità dei prodotti e dei servizi offerti, nonché alcune considerazioni sulla struttura e sul livello dei costi ed ulteriori indicazioni procedurali. Da lì seguiva un rapido, ma vivace scambio di comunicazioni tra le associazioni di categoria di banche e compagnie assicurative e le *Authorities* al fine di chiarire al meglio le modalità applicative delle indicazioni fornite¹²⁸.

Pare dunque evidente che il tema delle polizze PPI sia di grande rilievo pratico, tanto da spingere il legislatore ad un nuovo intervento normativo, a soli tre anni di distanza dal precedente. Come si vedrà nel paragrafo successivo, infatti, l'intero impianto dettato dall'art. 28 del d.l. 1/2012 è andato incontro ad un processo di profonda rivisitazione.

3. L'evoluzione della disciplina: l'art. 135 della l. 4 agosto 2017, n. 124 ("*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*").

L'art. 135 della l. 4 agosto 2017, n. 124 ha apportato modifiche di rilievo all'art. 28 del d.l. 1/2012; modifiche che sono state da ultimo decise dopo un lungo *iter* parlamentare. L'art. 40 del d.d.l. n. 3012, approvato dalla Camera dei deputati il 7 ottobre 2015, non comportava infatti uno stravolgimento dell'impianto dell'art. 28; si prevedeva infatti una semplice estensione dell'obbligo di sottoposizione del doppio preventivo, per effetto del quale le banche, agli istituti di credito e agli intermediari finanziari erano tenuti a sottoporre al cliente il doppio preventivo ogniqualvolta condizionassero l'erogazione del mutuo immobiliare o

¹²⁷ Così si esprimono la Banca d'Italia e l'IVASS nella lettera congiunta del 26 agosto 2015 intitolata "*Polizze abbinate a finanziamenti (PPI - Payment Protection Insurance). Misure a tutela dei clienti?*".

¹²⁸ Cfr. la lettera di ANIA, ABI e ASSOFIN del 22 ottobre 2015, a cui segue una nuova comunicazione congiunta della Banca d'Italia e dell'IVASS il 19 novembre 2015. Da ultimo cfr. la comunicazione dell'IVASS del 3 aprile 2017 in tema di "*Polizze abbinate a finanziamenti (PPI) – rimborso del premio non goduto in caso di estinzione anticipata parziale del finanziamento?*".

del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione, indipendentemente dal fatto che si trattasse di una polizza assicurativa sulla vita o danni. Si prevedeva inoltre l'aggiunta all'art. 2 cit. di un comma 1-*bis*, in base al quale la mancata presentazione dei due preventivi comportava l'irrogazione da parte dell'IVASS, a carico delle medesime banche e dei medesimi istituti di credito e intermediari finanziari, di una sanzione in misura pari a quanto stabilito dall'articolo 324 c.a.p.¹²⁹. Infine, con l'introduzione del comma 3-*bis*, si stabiliva, in capo alle banche, agli istituti di credito e agli intermediari finanziari di cui al comma 1, l'obbligo di informare il richiedente il finanziamento se la concessione di quest'ultimo fosse subordinata o meno alla conclusione del contratto di assicurazione, nonché della possibilità, prevista dal medesimo comma 1, di reperire sul mercato la polizza richiesta, nonché dell'ammontare della provvigione percepita e di quella pagata dalla compagnia assicurativa all'intermediario, in termini sia assoluti che percentuali sull'ammontare complessivo.

Con il passaggio al Senato l'8 ottobre 2015¹³⁰, e già in sede di esame in Commissione, l'art. 28 assume una nuova fisionomia, che ha mantenuto inalterata in fase di seconda lettura alla Camera dei deputati ed è ora confluita nel testo definitivo¹³¹. Si prevede innanzitutto la sostituzione del primo comma di tale disposizione, dettando una disciplina specifica per l'ipotesi in cui sia il cliente stesso a presentare la polizza assicurativa; così, fermo restando quanto previsto dall'articolo 183 c.a.p.¹³², e dalle relative disposizioni e delibere dell'IVASS di attuazione in materia, le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari, qualora condizionino l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione, ovvero qualora l'offerta di un contratto di assicurazione sia connessa o accessoria all'erogazione del mutuo o del credito, essi sono tenuti ad accettare, senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo, la polizza che il cliente presenterà o reperirà sul mercato; inoltre, nell'ipotesi in cui la polizza assicurativa sia necessaria per ottenere il finanziamento o per ottenerlo alle condizioni offerte, la polizza presentata dal cliente deve avere contenuti minimi

¹²⁹ Norma che prevede sanzioni amministrative pecuniarie pari, nel minimo, a mille euro e, nel massimo, a diecimila euro – raddoppiabili in caso di illecito di particolare gravità o reiterato – nell'ipotesi in cui l'intermediario, anche tramite i propri dipendenti o altri ausiliari, violi una delle disposizioni normative ivi elencate.

¹³⁰ Tali modifiche vengono enucleate già in sede di esame in Commissione, attraverso l'approvazione del testo proposto della decima Commissione permanente (Industria, commercio e turismo) e comunicato alla Presidenza del Senato il 5 agosto 2016.

¹³¹ Si veda il testo del d.d.l. n. 3012-B, approvato dalla Camera dei deputati il 29 giugno 2017, che ha accolto le modifiche proposte dalla precedente lettura del Senato.

¹³² Che individua le regole di comportamento che le imprese e gli intermediari devono rispettare nel momento dell'offerta e nell'esecuzione dei contratti di assicurazione.

corrispondenti a quelli richiesti dalla banca, dall'istituto di credito e dall'intermediario finanziario.

Lasciato invariato il comma 2, che attribuisce all'IVASS del potere di determinare i contenuti minimi dei contratti di assicurazione di cui al comma 1, si prevede poi l'inserimento di un comma *2-bis*, che attribuisce al cliente, nel caso in cui sottoscriva, all'atto della stipula del finanziamento, una polizza proposta dalla banca, dall'istituto di credito, da intermediari finanziari o da loro incaricati, il diritto di recedere dalla stessa entro sessanta giorni, pur rimanendo valido ed efficace il contratto di finanziamento¹³³.

Infine, il comma *3-bis*¹³⁴ dispone che, fatto salvo quanto disposto dal comma 1, le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari sono tenuti a informare il richiedente il finanziamento della provvigione percepita e dell'ammontare della provvigione pagata dalla compagnia assicurativa all'intermediario, in termini sia assoluti che percentuali sull'ammontare complessivo.

Questa ultima formulazione è stata infine definitivamente approvata dal Senato il 2 agosto 2017¹³⁵, ed è entrata in vigore dal 29 agosto 2017.

Due appaiono qui le considerazioni da svolgere: innanzitutto, con la modifica ora introdotta, all'IVASS parrebbe attribuito un potere più ampio rispetto a quello precedentemente esercitato con il reg. 40/2012; infatti, sebbene la formulazione dell'art. 28, comma 2 del d.l. 1/2012 sia rimasta invariata, il generico rimando che la norma fa alle polizze assicurative di cui al comma 1, norma che, invece, ha subito una profonda rivisitazione, comporta una estensione dell'ambito di applicazione del potere di dettare i contenuti minimi del contratto di assicurazione lì disciplinato, ricomprendendovi ora non più solamente le polizze assicurative sulla vita, bensì tutti i contratti di assicurazione, ivi comprese anche le polizze danni, che siano connessi all'erogazione di un mutuo immobiliare o di credito al consumo.

Inoltre, la modificazione introdotta al comma 1 dell'art. 28 comporta ora che tutte le polizze assicurative PPI debbano presentare i contenuti minimi dettati dal provvedimento

¹³³ Le banche, gli istituti di credito, gli intermediari finanziari o, in alternativa, le compagnie di assicurazione si impegnano inoltre ad informare il cliente della possibilità di esercitare il diritto di recesso con comunicazione separata rispetto alla documentazione contrattuale.

¹³⁴ Il comma 3, già presente nella formulazione originaria della disposizione, qualifica come pratica commerciale scorretta quella della banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obblighi il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario.

¹³⁵ Il d.d.l n. 2085-B è stato trasmesso in seconda lettura al Senato il 29 giugno 2017.

dell'IVASS, indipendentemente dal fatto che esse vengano proposte dalla banca o dall'intermediario finanziario che eroghi il finanziamento, oppure vengano reperite autonomamente sul mercato dal cliente, purché, però, in questo caso, essa risulti necessaria per ottenere il finanziamento o per ottenerlo alle condizioni offerte¹³⁶.

È indubbio che entrambe le circostanze qui evidenziate siano in grado di determinare ripercussioni di rilievo sul mercato: nel momento in cui l'intera nuova disciplina verrà compiutamente implementata, infatti, l'intero panorama delle polizze PPI sarà, almeno ad un livello minimale di disciplina, completamente standardizzato, posto che, sia nell'ipotesi in cui la polizza venga proposta dall'intermediario, sia nel caso in cui venga presentata dal cliente – tanto in via autonoma, come disciplinato dal comma 1, quanto nell'ipotesi in cui abbia esercitato il diritto di recesso, attribuito dal comma 3, da quella precedentemente offerta dall'intermediario – essa deve presentare almeno i contenuti minimi individuati dal provvedimento dell'Autorità di vigilanza.

¹³⁶ La norma in realtà chiede al cliente di presentare una polizza avente «*contenuti minimi corrispondenti a quelli richiesti dalla banca, dall'istituto di credito e dall'intermediario finanziario*», apparentemente lasciando, almeno implicitamente, aperta la possibilità che la polizza PPI presenti un contenuto ulteriore rispetto a quello minimo stabilito dall'Autorità di vigilanza.

L'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA, IL GAS ED IL SISTEMA IDRICO

INDICE: 1. L'ampiezza dei poteri attribuiti all'AEEGSI; – 2. La determinazione dei «livelli di qualità» nella produzione ed erogazione dei servizi; – 3. Gli interventi nel c.d. mercato vincolato. La delibera 28 dicembre 1999 n. 200 (“Direttiva concernente l'erogazione dei servizi di distribuzione e di vendita dell'energia elettrica a clienti del mercato vincolato ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481”); – 4. La delibera 18 ottobre 2001 n. 229 (“Direttiva concernente le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali attraverso reti di gasdotti locali”); – La delibera 27 luglio 2017 n. 555/2017/R/com (“Offerte “a prezzo libero a condizioni equiparate di tutela” (offerte P.L.A.C.E.T.) e condizioni contrattuali minime per le forniture ai clienti finali domestici e alle piccole imprese nei mercati liberi dell'energia elettrica e del gas naturale”); – 6. Il titolo IV del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali; – 7. La morosità nel mercato dell'energia e del gas e gli interventi normativi dell'AEEGSI; – 7.1. L'art. 19 del Testo integrato morosità gas (TIMG): le clausole negoziali da inserire nel contratto di vendita; – 7.2. L'art. 16 del Testo integrato morosità elettrica (TIMOE): Le clausole negoziali da inserire nel contratto di vendita.

1. L'ampiezza dei poteri attribuiti all'AEEGSI.

Con l'entrata in vigore della l. 14 novembre 1995, n. 481 (“Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”)¹³⁷ è stata istituita l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG)¹³⁸; la creazione di

¹³⁷ Per un primo commento alla legge cfr. AA. VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'autorità per l'energia elettrica ed il gas*, Atti del convegno, Roma 2-3 febbraio 1996, in Quaderni della rassegna giuridica dell'energia elettrica, Milano, Giuffrè, 1996; BARDUSCO – CAIA – DI GASPARE (a cura di), Commentario alla legge 14 novembre 1995 n. 481, in Nuove leggi civ. comm., II-III, 1998, p. 228 ss. La necessità di creare organismi indipendenti, tuttavia, era già stata sottolineata da provvedimenti precedenti: l'art. 1 bis del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito in l. 30 luglio 1994, n. 474 (“Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni”) aveva infatti subordinato le dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato nei settori strategici alla istituzione di «organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico». Ancora l'art. 1, lett. b) della l. 24 dicembre 1993, n. 537 (“Interventi correttivi di finanza pubblica”) delegava il Governo ad adottare decreti legislativi – mai emanati – diretti a «istituire organismi indipendenti per la regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico e prevedere la possibilità di attribuire funzioni omogenee a nuove persone giuridiche». Ed ancora il d.p.r. 20 aprile 1994, n. 373 (“Regolamento recante definizione delle funzioni dei Comitati interministeriali soppressi e per il riordino della relativa disciplina”) trasferiva al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato le competenze del soppresso Comitato interministeriale dei prezzi (c.d. CIP) «fino all'assetto definitivo derivante dall'istituzione degli organismi indipendenti di cui all'art. 1, lettera b), della legge 24 dicembre 1993, n. 537».

¹³⁸ Con il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (“Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici”), convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214, all'Autorità sono state attribuite competenze anche in materia di servizi idrici. L'art. 21, comma 13, infatti, prevede la soppressione dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua ed il successivo comma 19 ne trasferisce all'AEEG – ora dunque AEEGSI – le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481.

questa Autorità di vigilanza è strettamente collegata con il processo di liberalizzazione dei settori energetici – avvenuto, su impulso comunitario, a partire dai primi anni Novanta¹³⁹ – il quale ha comportato la progressiva privatizzazione degli enti pubblici economici¹⁴⁰, che fino ad allora avevano operato sul territorio nazionale in regime di monopolio, legale o di fatto¹⁴¹, nonché una graduale apertura del mercato alla libera concorrenza¹⁴².

Ad essa viene affidato il compito di regolazione e controllo dei mercati energetici, al fine di «*garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, [...] nonché adeguati livelli di qualità degli stessi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. Il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse*»¹⁴³.

¹³⁹ Sul processo comunitario di liberalizzazione dei mercati energetici cfr. SCLAFANI – ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G.P. CIRILLO – R. CHIEPPA, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Cedam, Padova, 2010, p. 351 ss., ed in particolare p. 351 – 364. Con riferimento alla politica energetica comunitaria, si rimanda a AICARDI, *Energia*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1007 ss. Per un'ampia analisi delle legislazioni degli Stati membri in ordine al recepimento della normativa comunitaria relativa a produzione, trasporto e distribuzione di energia, PEPE, *Diritto comparato dell'energia. Esperienze europee*, Napoli, ESI, 2008.

¹⁴⁰ Si veda la l. 10 febbraio 1953, n. 136 («*Istituzione dell'Ente Nazionale Idrocarburi (E.N.I.)*») che affidava all'ENI l'esclusiva della ricerca e coltivazione di giacimenti di idrocarburi nelle zone del territorio italiano più ricche di minerali, nonché della costruzione e dell'esercizio delle reti di trasporto nazionale degli idrocarburi. Con i successivi interventi normativi di cui alle l. 21 luglio 1967, n. 613 e 26 aprile 1974, n. 170 l'esclusiva di ENI veniva estesa anche alla ricerca e coltivazione di idrocarburi nelle piattaforme marine e allo stoccaggio sotterraneo. Nel settore dell'energia elettrica, invece, si veda la l. 4 dicembre 1962, n. 1643 («*Istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche*») che ha disposto la nazionalizzazione delle imprese elettriche e la creazione di ente pubblico economico *ad hoc* – l'ENEL – con il compito di «*esercitare nel territorio nazionale le attività di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica da qualsiasi fonte prodotta*».

¹⁴¹ Solo nel settore dell'energia elettrica infatti il legislatore aveva espressamente attribuito all'ENEL, in applicazione dell'art. 47 Cost., un monopolio legale, trattandosi invece, per il settore del gas, di monopolio di fatto.

¹⁴² Per comprendere meglio il senso e le tappe della liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica è opportuno ricordare che il sistema elettrico è suddivisibile in quattro segmenti: generazione, trasmissione, distribuzione e vendita. Ad oggi sono state aperte alla concorrenza solo le fasi iniziale di produzione (generazione) e quella finale (vendita), rimanendo invece riservate allo Stato ed attribuite in concessione al Gestore della rete di trasmissione nazionale le attività di trasmissione e distribuzione. In senso analogo è strutturato il mercato del gas.

¹⁴³ Questo il catalogo delle funzioni attribuite all'Autorità di vigilanza dall'art. 1, comma 1 della l. 481/1995.

La regolazione ed il controllo dei mercati energetici rappresenta dunque il fulcro dell'attività regolatrice dell'AEEGSI; per perseguire tali obiettivi il legislatore le ha attribuito poteri che, per la loro rilevanza e l'estrema ampiezza¹⁴⁴, hanno indotto alcuni a ritenere che l'esperienza dell'Autorità *de qua* «esprima nel modo più compiuto ed efficiente lo spirito dell'attività che il legislatore ha devoluto a tali soggetti istituzionali»¹⁴⁵.

L'art. 2, comma 12 della l. 481/1995 prosegue quindi elencando le specifiche funzioni attribuite all'Autorità di vigilanza; l'attività di regolazione affidatele opera su due piani: la prima riguarda la regolazione della rete, con riferimento sia i servizi liberalizzati che quelli non, che ha per oggetto la gestione delle infrastrutture essenziali ai fini del corretto funzionamento del mercato¹⁴⁶; la seconda invece riguarda più direttamente l'esercizio dell'attività di impresa, potendo imporre limiti concernenti la fissazione dei prezzi¹⁴⁷ nonché

¹⁴⁴ Con riferimento a tali poteri è stato messo in evidenza come «la formulazione tecnicamente discutibile di molte tra le norme in cui si esprime la regolazione di settore e, in primis, della legge n. 481 del 1995 istitutiva dell'Autorità; il carattere fortemente ambivalente e compromissorio delle medesime; l'evidente difficoltà del legislatore a comprendere la dinamica evolutiva del mercato elettrico e a prevedere con sufficiente lungimiranza le esigenze a cui la regolazione deve rispondere: sono tutti fattori che hanno reso estremamente difficile, nell'esperienza italiana successiva alla liberalizzazione del comparto elettrico, definire nei suoi esatti, specifici contenuti il mandato conferito dalla legge all'Autorità» (BRUTI LIBERATI, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Quaderni Cesifin n. 33, Giappichelli, Torino, 2007, p. 165). In senso sostanzialmente analogo DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, Esì, 2008, p. 15; SCLAFANI – ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, cit. in p. 407. È lo stesso Consiglio di Stato, sez. VI, nella pronuncia del 17 ottobre 2005, n. 5827, in *Foro amm. CDS* 2005, 10, 3022 (s.m.), ad affermare il carattere intrinsecamente incerto dei limiti dei poteri attribuiti all'AEEGSI, qualificandone la legge istitutiva come una legge di indirizzo che poggia «su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare»; ciò nonostante, «la natura della copertura legislativa è adeguata alla peculiarità dei poteri dell'Amministrazione indipendente quale amministrazione che si "autoprogramma" secondo le finalità stabilite dal legislatore».

¹⁴⁵ Così MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GITTI, Bologna, Il Mulino ed., 2006, p. 208.

¹⁴⁶ Per maggiori approfondimenti sul tema della «regolazione della rete», si veda DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da E. PICOZZA – E. GABRIELLI, Cedam, Padova, 2008.

¹⁴⁷ In forza dell'art. 2, comma 12, lett. e) infatti l'AEEGSI «stabilisce e aggiorna, in relazione all'andamento del mercato, la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe» nonché «le modalità per il recupero dei costi eventualmente sostenuti nell'interesse generale», al fine di assicurare sia «la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale» sia «la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse». Il successivo comma 18 specifica poi quali sono i parametri e gli altri elementi di riferimento per la determinazione tariffaria, prescrivendo l'utilizzo del metodo del c.d. «price cap», che consiste nel fissare, per un periodo pluriennale determinato, il limite massimo della variazione consentita al prezzo vincolato, adottando come parametro di riferimento il tasso di variazione dell'indice dei prezzi al consumo, ridotto del tasso di crescita della produttività conseguibile dall'impresa esercente il servizio. Ancora, l'art. 3, dopo aver precisato, al comma 1, che «per le tariffe relative ai servizi di fornitura dell'energia elettrica i prezzi unitari da applicare per tipologia di utenza sono identici sull'intero territorio nazionale», incarica l'Autorità di vigilanza di emanare «direttive per assicurare l'individuazione delle diverse componenti le tariffe [...] ed i tributi» (comma 3) come pure di individuare i criteri, correlati all'andamento del mercato, per l'aggiornamento

l'individuazione delle modalità di produzione ed erogazione di erogazione dei servizi, ed infine influire sulla struttura organizzativa dell'impresa¹⁴⁸.

In entrambi i casi l'attività dell'AEEGSI riguarda in via diretta solamente gli operatori economici, mentre gli utenti finali assumono il ruolo di meri beneficiari indiretti dell'attività di regolazione; l'AEEGSI infatti può esercitare i propri poteri direttamente sui contratti di utenza pubblica oppure sui contratti stipulati dai e tra i soggetti vigilati, i quali – in ogni caso – finiscono per riverberarsi comunque in varia misura sui primi¹⁴⁹.

2. La determinazione dei «livelli di qualità» nella produzione ed erogazione dei servizi.

Delle specifiche funzioni attribuite all'AEEGSI assume uno specifico rilievo – in relazione alla produzione ed erogazione dei servizi – il potere di direttiva volto a definire «i livelli generali» (riferiti al complesso delle prestazioni) e i «livelli specifici» (riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente) di qualità (art. 2, comma 12, lett. h), l. n. 481 cit.)¹⁵⁰. Per

delle tariffe in relazione ai costi relativi ai combustibili fossili, all'energia elettrica acquistata da produttori nazionali e importata (comma 5). Per delineare un inquadramento storico-economico del metodo qui applicato si rileva che la regolazione con il metodo del *price cap* è stata ideata dal prof. Stephen Littlechild negli anni '80; chiamato dal Primo Ministro Thatcher a presiedere una commissione del Ministero dell'Industria incaricata di studiare le modalità di regolamentazione della neo-privatizzata British Telecom, elaborò tale metodo nel rapporto “*Regulation of the British Telecoms Profitability*”, pubblicato nel febbraio 1983, ed universalmente conosciuto come “*The Littlechild Report*”.

¹⁴⁸ Rileva qui la disciplina del c.d. regolazione degli obblighi di separazione contabile, o *unbundling* contabile. In particolare, l'art. 2, comma 12, lett. f) attribuisce all'AEEGSI il potere di «emanare le direttive per la separazione contabile e amministrativa».

¹⁴⁹ SCLAFANI – ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, p. 375. È stato inoltre affermato, richiamando la soluzione adottata per la prima volta con la delibera n. 248 del 2004 che, con riferimento all'aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale, imponeva ai grossisti-importatori un obbligo di rinegoziazione del contratto con il venditore al dettaglio, come recentemente l'AEEGSI abbia inaugurato un nuovo approccio regolamentare, «andando ad incidere non più soltanto sui contratti a valle del sistema distributivo, ma pure sugli “esercenti l'attività di vendita nei contratti di compravendita all'ingrosso”» superando così, «da un punto di vista di stretta tecnica normativa, il meccanismo basato sull'imposizione di regole imperative, a cui i privati sono chiamati ad uniformarsi, [...] mettendo in soffitta la sua logica che, nell'ordinamento italiano, trova radice nella norma antitrust del Fascismo ossia nell'art. 1339 c.c.», così GITTI, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 176 e 178 ss.

¹⁵⁰ Il prezzo di fornitura dell'elettricità e del gas non costituisce infatti l'unico elemento in grado di orientare la scelta dell'utente finale verso un fornitore piuttosto che un altro. Essenziali sono anche le condizioni tecniche e commerciali sulla base delle quali viene erogata l'energia, che comprendono, da un lato, la tempestività ed accuratezza con le quali l'impresa che fornisce il servizio soddisfa le richieste dei clienti finali, dall'altro la continuità della fornitura, la qualità del voltaggio dell'elettricità, la sicurezza della fornitura del gas. In generale, sulla regolazione della qualità dei servizi regolati dalle *utilities*, si vedano SAPPINGTON, *Regulating service quality: A survey*, in *Journal of Regulatory Economics*, 2005, 27(2), p. 123–154; BISHOP – KAY – MAYER, *The Regulatory Challenge*, 1995, Oxford, Oxford University Press. Con specifico riferimento al mercato dell'energia elettrica, si veda FUMAGALLI – SCHIAVO – DELESTRE, *Service quality regulation in electricity distribution and retail*, 2007, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg.

livelli di qualità devono intendersi gli *standard* di qualità, sulla base dei quali viene erogato il servizio al cliente, ovvero sia gli indicatori quantitativi e qualitativi che non solo ne descrivono sinteticamente le caratteristiche, ma ne fissano anche la misura¹⁵¹.

Si tratta inoltre un potere che incide direttamente le posizioni degli imprenditori, posto che tali direttive producono gli effetti di cui al comma 37, dell'art. 2 della l. 481/1995, costituendo modifica o integrazione del regolamento di servizio, che i soggetti esercenti sono tenuti a predisporre e ad osservare nello svolgimento del rapporto contrattuale con gli utenti.

Dal punto di vista funzionale, l'attribuzione all'Autorità di questo potere persegue una finalità «garantista», avendo come obiettivo la promozione di un'adeguata tutela degli utenti, considerato il processo di privatizzazione delle imprese che gestiscono l'erogazione di tali servizi di pubblico interesse¹⁵²; il delicato temperamento tra il processo di instaurazione della libera concorrenza in mercati prima monopolistici e le istanze di carattere sociale viene perseguito dall'Autorità non soltanto con provvedimenti che regolano i profili economici del rapporto, ma anche – e soprattutto – attraverso deliberazioni che incidono, conformandolo, sul regolamento di interessi predisposto dalle parti. Risulta così evidente come le prescrizioni concernenti la qualità del servizio – sancendo una disciplina minima inderogabile – possano riverberarsi anche sul contenuto giuridico-economico del singolo contratto di utenza, delineando specifici obblighi da assumere nella fase di esecuzione. Da ciò deriva che questa disposizione costituisce la base legislativa più invocata per l'emanazione di prescrizioni in materia contrattuale.

¹⁵¹ L'espressione «*livello generale e specifico di qualità*» del servizio è stata mutuata dalla *Direttiva sui principi dell'erogazione dei servizi pubblici*, emanata dal Presidente del Consiglio il 27 gennaio 1994, pubblicata nella G.U. 22 febbraio 1994, n. 43, procedendo, però, alla sostituzione del termine *standard* con *livello*. Ben diversa era tuttavia la situazione in cui tale direttiva era chiamata ad operare, posto che ciascun fornitore era tenuto a conformare il servizio offerto ai criteri ed ai principi fissati dalla direttiva stessa, elaborando degli di qualità e di quantità di cui si impegnano ad assicurare il rispetto, pubblicati nella c.d. Carta dei servizi. L'erogazione del servizio pubblico era poi sottoposto al controllo del Comitato permanente per l'attuazione della Carta dei servizi pubblici, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con funzioni, tuttavia, più circoscritte e poteri più limitati di quelli dell'Autorità. La determinazione degli indicatori di qualità rappresenta inoltre uno dei parametri essenziali per l'esercizio di una serie successiva di poteri devoluti all'AEEGSI, tanto da costituire il «*nocciolo duro*» delle prerogative attribuite alla medesima; si pensi al potere di determinazione dei casi di indennizzo automatico, ove il soggetto esercente non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori (art. 2, comma 12, lett. g)); di valutazione dei reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi (art. 2, comma 12, lett. m)); di verifica della congruità delle misure adottate dai soggetti esercenti nel rispetto dei livelli qualitativi e tariffari (art. 2, comma 12, lett. n)); di controllo sul rispetto della carta di servizio (art. 2, comma 12, lett. p)) (COZZOLI, *Sub art. 2, comma 2, lett. b*), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 304 – 305). In questo senso cfr. anche CROCCO, *Le autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati*, Jovene, Napoli, 2012, p. 124.

¹⁵² COZZOLI, *Sub art. 2, comma 2, lett. b*), cit. p. 305.

3. Gli interventi nel c.d. mercato vincolato. La delibera 28 dicembre 1999 n. 200 (“Direttiva concernente l'erogazione dei servizi di distribuzione e di vendita dell'energia elettrica a clienti del mercato vincolato ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lettera h), della legge 14 novembre 1995, n. 48P”).

Una delle prime applicazioni concrete dei poteri attribuiti in tema di livelli di qualità è stata la delibera del 28 dicembre 1999, n. 200 (“*Direttiva concernente l'erogazione dei servizi di distribuzione e di vendita dell'energia elettrica a clienti del mercato vincolato*”), con cui l'AEEGSI ha proceduto a determinare non solo i «*livelli qualitativi*», ma anche le «*condizioni contrattuali*» che devono essere applicate dagli esercenti i servizi di distribuzione e vendita di energia elettrica.

Ambito di applicazione di tale direttiva erano inizialmente i soli contratti di fornitura conclusi nel c.d. *mercato vincolato*. Si è accennato in precedenza ai diversi gradi di liberalizzazione che caratterizzano i vari segmenti della filiera del mercato elettrico; in particolare, il d.lgs. 79/1999 (c.d. Decreto Bersani)¹⁵³, nel recepire la direttiva 96/92/CE, ha determinato la trasformazione del mercato elettrico da un regime di monopolio pubblico ad un regime di concorrenza¹⁵⁴. In conformità con quanto previsto dalla direttiva europea, il Decreto Bersani ha dunque operato una netta distinzione tra i segmenti della filiera elettrica sottoposti ad un processo di graduale e progressiva liberalizzazione e i segmenti in cui continuano a permanere regimi di concessione o di riserva di attività¹⁵⁵. Tuttavia l'incisività dell'intervento di liberalizzazione ed il grado di apertura del mercato alla concorrenza varia, come si è visto, a seconda che il comparto del ciclo produttivo sia quello della generazione,

¹⁵³ D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (“*Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*”). Tale decreto è stato adottato in attuazione della delega legislativa contenuta nell'art. 36 della l. n. 128 del 1998, in cui si disponeva che «*al fine di promuovere la liberalizzazione del settore energetico, il Governo è delegato ad emanare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi, per dare attuazione alla direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e a ridefinire conseguentemente tutti gli aspetti rilevanti del sistema elettrico nazionale*».

¹⁵⁴ È noto infatti come il mercato della somministrazione di energia elettrica abbia subito, a partire dagli anni Novanta, una graduale liberalizzazione, soprattutto in virtù dell'obbligo di recepimento di direttive comunitarie. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a SCLAFANI – ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, p. 351 ss.

¹⁵⁵ Così l'art. 1 stabilisce infatti che «*le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono libere nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico contenuti nelle disposizioni del presente decreto*»; attribuisce poi una riserva allo Stato delle attività di trasmissione e dispacciamento, attribuite in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale; infine affida l'attività di distribuzione dell'energia elettrica ad un regime di concessione rilasciata dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato. Sul punto si rinvia a TELESE, *Il mercato dell'energia elettrica in Italia dalla nazionalizzazione alla graduale apertura alla concorrenza*, in *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, a cura di AMMANNATI, Milano, Giuffrè, 2005, p. 3 ss.

della trasmissione e del dispacciamento dell'energia elettrica, oppure la sua distribuzione agli utenti finali.

Ai fini di promuovere al meglio lo sviluppo della libera concorrenza nel mercato elettrico, viene quindi individuato un “doppio mercato” dal lato della domanda: un mercato “vincolato”, formato da clienti finali obbligati a concludere il contratto di fornitura elettrica esclusivamente con il distributore locale e basato su un sistema di tariffa unica¹⁵⁶, ed un mercato “libero”, formato invece dai c.d. clienti “idonei”¹⁵⁷.

Nell'ambito della procedura di progressiva liberalizzazione del mercato vincolato, l'art. 1, co. 2, del d.l. n. 73 del 2007, convertito con modificazioni nella l. n. 125 del 2007, ha dettato le fasi successive per la completa liberalizzazione del mercato e la conseguente

¹⁵⁶ L'art. 2, comma 6 del d.lgs. 79/99 qualifica come cliente vincolato «il cliente finale che, non rientrando nella categoria dei clienti idonei, è legittimato a stipulare contratti di fornitura esclusivamente con il distributore che esercita il servizio nell'area territoriale dove è localizzata l'utenza». Al fine di assicurare che gli interessi dei clienti vincolati non venissero pregiudicati dall'apertura del mercato elettrico alla concorrenza, viene prevista l'istituzione dell'Acquirente Unico, una società per azioni, costituita dal Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale, il cui compito è quello di stipulare e gestire contratti di fornitura di energia elettrica «al fine di garantire ai clienti vincolati la disponibilità della capacità produttiva di energia elettrica necessaria e la fornitura di energia elettrica in condizioni di continuità, sicurezza ed efficienza del servizio nonché di parità del trattamento, anche tariffario». A tale scopo l'Acquirente Unico acquista energia elettrica dai produttori secondo piani previsionali della domanda e stipula con i distributori locali contratti di fornitura di elettricità, in base ai quali gli stessi distributori hanno l'obbligo di rifornire nelle rispettive aree di competenza, i clienti vincolati a condizioni non discriminatorie e secondo una tariffa unica nazionale fissata dall'AEEGSI. Sul punto si vedano VIOLATI, *Il sistema elettrico in Italia prima e dopo la riforma*, in *Energia*, 2001, 2, p. 35 ss.; DI PORTO, *Il Decreto Bersani (D.lgs. n. 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Concorrenza e mercato*, 2000, p. 407 ss. e specialmente p. 436.

¹⁵⁷ L'art. 2, comma 6 del d.lgs. 79/99 qualifica come cliente idoneo ogni «persona fisica o giuridica che ha la capacità di stipulare contratti di fornitura con qualsiasi produttore, distributore o grossista, sia in Italia sia all'estero». L'art. 14 del d.lgs. 79/1999 individuava poi nello specifico una serie di categorie di clienti idonei; in via di estrema semplificazione, oltre ad una serie di soggetti a cui la qualifica spettava ex lege (così i distributori e gli acquirenti grossisti, limitatamente all'energia elettrica destinata a clienti idonei connessi alla propria rete o consumata da clienti idonei con cui hanno stipulato contratti di vendita; i soggetti cui sia stata conferita da altri Stati la capacità giuridica di concludere contratti di acquisto o fornitura di energia elettrica scegliendo il venditore o il distributore, limitatamente all'energia consumata al di fuori del territorio nazionale; le Aziende speciale per l'energia delle province di Trento e Bolzano) la qualifica di cliente idoneo dipendeva dalla domanda energetica del soggetto, essendo state fissate delle soglie di consumo, che sono andate diminuendo nel tempo, al di sotto delle quali non era possibile accedere al mercato libero. Successivamente, l'art. 1, comma 30 legge 23 agosto 2004, n. 239 («Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia» – c.d. legge Marzano) ha proceduto nel completamento del processo di liberalizzazione dei mercati energetici; da una lato ha infatti previsto, a decorrere dalla data di entrata in vigore, l'estensione della categoria dei clienti idonei «ogni cliente finale, singolo o associato, il cui consumo, misurato in un unico punto del territorio nazionale, destinato alle attività esercitate da imprese individuali o costituite in forma societaria, nonché le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2 del d.lgs 30 marzo 2001, n. 165, è risultato, nell'anno precedente, uguale o superiore a 0,05 GWh»; dall'altro ha disposto che, a partire dal 1° luglio 2004, diventa cliente idoneo ogni «cliente finale non domestico» e, a partire dal 1° luglio 2007, ogni cliente finale, compresi quelli domestici, determinando così la definitiva apertura del mercato elettrico. Viene inoltre attribuito a nuovi clienti idonei il diritto di recedere dal preesistente contratto di fornitura, con le modalità stabilite dall'AEEGSI. Infine, qualora tale diritto non sia esercitato, la fornitura ai suddetti clienti idonei continua ad essere garantita dall'Acquirente unico Spa.

eliminazione del mercato vincolato; si è dunque attribuita, infatti, a decorrere dal 1° luglio 2007, ai clienti finali domestici il diritto di recedere dal preesistente contratto di fornitura di energia elettrica come clienti vincolati, secondo modalità definite dall'AEEGSI, e di scegliere un fornitore diverso dal proprio distributore; in mancanza di scelta, l'erogazione del servizio di somministrazione di energia elettrica rimane garantita, per i clienti finali domestici non riforniti di energia elettrica sul mercato libero, dall'impresa di distribuzione, anche attraverso apposite società di vendita, mentre la funzione di approvvigionamento continua ad essere svolta dall'Acquirente Unico S.p.a. (c.d. *Servizio di maggior tutela*). Viene inoltre previsto un passaggio automatico al Servizio di maggior tutela per le imprese connesse in bassa tensione, aventi meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo non superiore a 10 milioni di euro.

Inoltre, l'art. 1, comma 4 attribuisce all'Autorità un potere di proposta nei confronti del Ministro dello sviluppo economico per l'adozione di un provvedimento recante la disciplina del c.d. «*Servizio di salvaguardia*» per i clienti finali che abbiano autocertificato di non avere titolo a fruire del servizio di maggior tutela e che per qualsiasi ragione non abbiano un fornitore, nel senso che si trovino senza un esercente la vendita nel mercato libero o non abbiano proceduto a sceglierne uno¹⁵⁸.

In sostanza, a partire dal 1° luglio 2007 il mercato al dettaglio dell'energia elettrica ha assunto una forma unitaria con l'eliminazione del segmento del mercato vincolato. A favore di famiglie e piccole imprese è stato istituito il servizio di maggior tutela e per gli altri clienti è stato istituito il servizio di salvaguardia. Entrambi i servizi costituiscono una forma di tutela di prezzo, necessaria fino a quando il mercato al dettaglio non diventerà sufficientemente concorrenziale e liquido da presentare margini di intermediazione commerciale aderenti ai costi e tali da consentire di cambiare fornitore in qualsiasi circostanza e a bassi costi di transazione¹⁵⁹.

¹⁵⁸ In base all'art. 1, comma 4 del d.l. 73/2007 infatti «*il Ministro dello sviluppo economico emana indirizzi e, su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, con proprio decreto adotta disposizioni, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, per assicurare il servizio di salvaguardia ai clienti finali che abbiano autocertificato di non rientrare nel regime di cui al comma 2 senza fornitore di energia elettrica o che non abbiano scelto il proprio fornitore, attraverso procedure concorsuali per aree territoriali e a condizioni che incentivino il passaggio al mercato libero, secondo criteri di gradualità. Fino all'operatività di tale servizio, la continuità della fornitura per tali clienti è assicurata dalle imprese di distribuzione o dalle società di vendita collegate a tali imprese, a condizioni e prezzi resi pubblici e non discriminatori*».

¹⁵⁹ Tale sistema è stato successivamente confermato dall'art. 35, comma 2 del d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93 («*Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE*»), in base al quale «*i clienti finali civili e le imprese connesse in bassa tensione con meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo non*

Tale passaggio non ha tuttavia fatto venir meno l'efficacia del provvedimento qui in esame; ciò emerge innanzitutto da alcune disposizioni contenute nella delibera del 27 giugno 2007, n. 156/07 contenente il "*Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas per l'erogazione dei servizi di vendita dell'energia elettrica di maggior tutela e di salvaguardia ai clienti finali*"; l'art. 39 prevede, come disposizione transitoria e finale che «*a valere dall'1 luglio 2007 si applicano al servizio di vendita di maggior tutela, se compatibili con il presente provvedimento, le disposizioni dell'Autorità in vigore fino al 30 giugno 2007 con riferimento al mercato vincolato*»; inoltre l'art. 13 stabilisce che «*gli esercenti la maggior tutela applicano le disposizioni in tema di condizioni contrattuali, trasparenza dei documenti di fatturazione e del servizio di vendita adottate dall'Autorità*».

Passando ora all'analisi del contenuto del provvedimento 200/1999¹⁶⁰ l'AEEGSI ha definito le condizioni «*minime inderogabili*» dei contratti di fornitura dell'energia elettrica conclusi, all'interno del mercato vincolato, tra gli esercenti ed i loro clienti, con esclusione, tuttavia, dei clienti alimentati in alta tensione, nonché quelli che utilizzano l'energia elettrica per fini di pubblica illuminazione¹⁶¹.

Si tratta di una serie di regole che disciplinano le condizioni di erogazione dei servizi di distribuzione e vendita dell'energia elettrica, e, nello specifico, regolano¹⁶²: *a*) tempi e modi di lettura del contatore (art. 3); *b*) tempi e modi della fatturazione (artt. 4 e 5); *c*) forme e tempi per l'emissione ed il pagamento della bolletta, prevedendo, tra l'altro, che il fornitore debba offrire almeno una modalità gratuita non gravata da oneri di riscossione di pagamento della bolletta (artt. 6 e 7); *d*) disposizioni in relazione alla morosità del cliente (art. 7); *e*) modalità e tempi di sospensione della fornitura (art. 8); *f*) disposizioni relative alla

superiore ai 10 milioni di euro che non scelgano un fornitore sul mercato libero, sono riforniti di energia elettrica nell'ambito del regime di tutela di cui all'articolo 1, comma 2 del d.l. 73/2007».

¹⁶⁰ Nel suo testo in vigore dal 1 gennaio 2017, frutto delle diverse modifiche intervenute con le deliberazioni 14 luglio 2006, n. 148/06; 25 gennaio 2008, ARG/elt 04/08; 11 dicembre 2009, ARG/elt 191/09; 29 maggio 2015, 258/2015/R/com e 463/2016/R/com.

¹⁶¹ Inizialmente l'AEEGSI aveva previsto l'esclusione dell'applicazione della disciplina anche dei contratti conclusi dai clienti idonei sulla base della circostanza che «*tali clienti sono generalmente in grado di trattare su di un piano di parità con i soggetti esercenti le condizioni contrattuali*». Tale riferimento è stato eliminato con la delibera, vista la coincidenza del cliente idoneo con ogni cliente finale.

¹⁶² Occorre sottolineare come sia frequente il richiamo a disposizioni contenute in altre delibere dell'AEEGSI; in particolare ai: *Testo integrato delle disposizioni per l'erogazione del servizio di misura dell'energia elettrica per il periodo 2017-2019* (TIME), approvato con deliberazione dell'Autorità 4 agosto 2016, 458/2016/R/eel; *Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico in materia di fatturazione del servizio di vendita al dettaglio per i clienti di energia elettrica e di gas naturale* (TIF), approvato con deliberazione dell'Autorità 4 agosto 2016, 463/2016/R/com; *Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'erogazione dei servizi di vendita dell'energia elettrica di maggior tutela e di salvaguardia ai clienti finali ai sensi del decreto legge 18 giugno 2007, n. 73/07* (TIV), approvato la delibera dell'Autorità 157/2007, come successivamente modificato e integrato.

ricostruzione dei consumi a seguito del malfunzionamento del gruppo di misura (artt. 9-11); g) forme e condizioni di rateizzazione del pagamento del corrispettivo di fornitura (artt. 12 e 13); h) disposizioni relative al deposito cauzionale o a prestazioni di equivalente garanzia (artt. 14-16); i) modalità e procedure di reclamo (artt. 17-18)¹⁶³.

Tali condizioni, come detto, rappresentano sono le condizioni minime che devono essere rispettate dal somministrante; esse sono inoltre derogabili *in melius*, purché però nel rispetto del principio di non discriminazione fra i clienti (art. 2, comma 1).

Nel determinare autoritativamente una parte significativa del contenuto del contratto, l'AEEGSI muove, infatti, dalla constatazione che *«attualmente i rapporti di fornitura di energia elettrica tra i soggetti esercenti il servizio ed i clienti vincolati sono disciplinati da contratti di diritto privato contenenti condizioni generali predisposte unilateralmente dai soggetti esercenti medesimi»*; tali contratti trovano come unico vincolo normativo la disciplina – a carattere prettamente dispositivo – del codice civile, circostanza che ha dato luogo a rapporti contrattuali fortemente squilibrati a danno dei clienti finali. L'Autorità ha dunque ritenuto opportuno elaborare delle condizioni minime inderogabili per la fornitura dell'energia elettrica *«al fine di assicurare una efficace tutela degli interessi dei clienti [precedentemente] vincolati e di garantire una maggiore equità contrattuale nei rapporti di fornitura tra tali clienti e i soggetti esercenti il servizio»*.

Nella stessa relazione l'AEEGSI prosegue ricordando come l'emanazione di provvedimenti dell'Autorità, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2, comma 12, lettera h) e comma 37 della legge n. 481/95, ha l'effetto di modificare i contratti di fornitura con i clienti, senza che tali contratti vengano nuovamente sottoscritti dai clienti stessi, in applicazione della previsione dell'articolo 1339 del codice civile.

4. La delibera 18 ottobre 2001 n. 229 (“Direttiva concernente le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali attraverso reti di gasdotti locali”).

La delibera 229/2001 rappresenta di fatto l'analogo della direttiva 200/1999 nel mercato di fornitura del gas naturale. Definisce infatti le *«condizioni inderogabili»* per i contratti di vendita di gas naturale conclusi da due tipologie di clienti: la prima è costituita dai clienti finali¹⁶⁴ che

¹⁶³ Così come affermato nella Relazione tecnica (*“Presupposti e fondamenti di direttiva concernente l'erogazione dei servizi di distribuzione e di vendita dell'energia elettrica ai clienti del mercato vincolato”*) le condizioni di erogazione dei servizi di distribuzione e di vendita di energia elettrica sopra elencate, con l'esclusione della periodicità e delle modalità di fatturazione, non trovano una specifica regolamentazione civilistica ed amministrativa.

¹⁶⁴ L'art. 1, lett. g) della delibera definisce come cliente finale *«il consumatore che acquista gas per uso proprio»*.

hanno diritto ad usufruire del Servizio di tutela¹⁶⁵, così come individuati dall'art. 4, comma 4.1 del *Testo Integrato delle attività di vendita al dettaglio di gas naturale e gas diversi* (TIVG), e cioè: (i) i clienti domestici, cioè le persone fisiche che utilizzano il gas naturale per alimentare applicazioni in locali adibiti ad abitazioni a carattere familiare e locali annessi o pertinenti all'abitazione adibiti a studi, uffici, laboratori, gabinetti di consultazione, cantine o garage, purché l'utilizzo sia effettuato con un unico punto di riconsegna; (ii) i condomini, con consumo non superiore a 200.000 Smc/anno e purché il gas non sia utilizzato per lo svolgimento di attività produttive e il titolare del punto di riconsegna non sia una persona giuridica, salvo il caso in cui esso svolga le funzioni di amministratore del condominio. La seconda categoria è invece costituita dai clienti finali di servizi di vendita di gas effettuati attraverso reti di gasdotti locali senza accesso consentito a soggetti terzi.

Rimane salva in ogni caso la possibilità di deroga *in melius*, potendo l'esercente introdurre nei contratti di vendita in modo trasparente condizioni più favorevoli per i clienti nel rispetto del principio di non discriminazione.

Tale delibera individua dunque una serie minima di clausole contrattuali da inserire nel contratto; in particolare regola¹⁶⁶: *a*) le modalità di utilizzo dei dati di misura (art. 3); *b*) gli effetti della mancata lettura del contatore (art. 4); *c*) la periodicità della fatturazione e la modalità di calcolo dei consumi (artt. 5-6); *d*) forme e tempi per l'emissione ed il pagamento della bolletta, prevedendo, tra l'altro, che il fornitore deve offrire almeno una modalità gratuita non gravata da oneri di riscossione di pagamento della bolletta (art. 7); *e*) disposizioni in relazione alla morosità del cliente (art. 8); *f*) modalità e tempi di sospensione della fornitura

¹⁶⁵ Analogamente al mercato dell'energia elettrica, anche in quello del gas è sorta la necessità di prevedere disposizioni a tutela dei clienti finali durante il processo di liberalizzazione, intrapreso con i d.lgs. 625 del 1996, con riferimento alle attività di prospezione, ricerca e coltivazione di petrolio e gas naturale, e 164/2000 (c.d. Decreto Letta), in base al quale le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale, in qualunque sua forma e comunque utilizzato, sono libere. Il «*Servizio di tutela*» è stato introdotto dall'articolo 1, comma 3 del d.l. 18 giugno 2007, n. 73, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2007 n. 125 («*Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia*»); esso attribuisce all'AEEGSI il potere di indicare le condizioni standard di erogazione del servizio e di definire transitoriamente, in base ai costi effettivi del servizio, prezzi di riferimento per le forniture di gas naturale ai clienti domestici, che le imprese di distribuzione o di vendita, nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico, comprendono tra le proprie offerte commerciali. Tale Servizio è stato poi espressamente regolato dalla delibera 28 maggio 2009 – ARG/gas/64/09 e successive modificazioni.

¹⁶⁶ Anche in questo caso sono numerosi i rimandi ad altre delibere dell'AEEGSI; ed in particolare: al Testo integrato delle attività di vendita al dettaglio di gas naturale e gas diversi da gas naturale distribuiti a mezzo di reti urbane (TIVG), di cui alla deliberazione dell'Autorità 28 maggio 2009, ARG/gas 64/09; Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico in materia fatturazione del servizio di vendita al dettaglio per i clienti di energia elettrica e di gas naturale (TIF), approvato con la delibera 4 agosto 2016, 463/2016/R/com.

(art. 9); *g*) rateizzazione del pagamento dei corrispettivi per la vendita di gas (art. 10); *h*) disposizioni relative al deposito cauzionale o a prestazioni di equivalente garanzia (artt. 11-14); *i*) modalità e procedure di reclamo (art. 15).

5. La delibera 27 luglio 2017 n. 555/2017/R/com (“Offerte “a prezzo libero a condizioni equiparate di tutela” (offerte P.L.A.C.E.T.) e condizioni contrattuali minime per le forniture ai clienti finali domestici e alle piccole imprese nei mercati liberi dell’energia elettrica e del gas naturale”).

La legge 4 agosto 2017, n. 124 (“*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*”) ha infine compiuto l’ultimo passaggio per la completa liberalizzazione del mercato energetico; con gli articoli 59 e 60 ha infatti disposto, a decorrere dal 1° luglio 2019, il venir meno del Servizio di tutela, per il mercato del gas, e del Servizio di maggior tutela, per il mercato dell’energia elettrica. Tale modificazione conduce, dunque, per entrambi i settori, ad un assetto che prevede, da un lato, che la normale fornitura di energia elettrica e gas naturale abbia luogo tipicamente nell’ambito del mercato libero e, dall’altro lato, che sia garantita la continuità della fornitura del servizio per i clienti che si trovino senza un contratto sul mercato libero attraverso l’applicazione rispettivamente del servizio di salvaguardia¹⁶⁷ o di ultima istanza¹⁶⁸.

È da tale evoluzione che l’Autorità deduce la necessità di una revisione della disciplina delle condizioni contrattuali attualmente praticabili per la fornitura di energia elettrica e gas

¹⁶⁷ L’art. 60 attribuisce infatti all’AEEGSI il potere di adottare le disposizioni necessarie per assicurare, a partire dal 1° luglio 2019, il servizio di salvaguardia ai clienti finali domestici e alle imprese connesse in bassa tensione con meno di cinquanta dipendenti e un fatturato annuo non superiore a 10 milioni di euro che siano prive di fornitore di energia elettrica, attraverso procedure concorsuali per aree territoriali e a condizioni che incentivino il passaggio al mercato libero.

¹⁶⁸ Il servizio di ultima istanza è stato introdotto dall’art. 1, comma 46 della l. Marzano, che ha stabilito che «*al fine di assicurare la fornitura di gas naturale ai clienti finali allacciati alla rete, con consumi inferiori o pari a 200.000 s.m.c.a, che, anche temporaneamente, sono privi di un fornitore o che risiedono in aree geografiche nelle quali non si è ancora sviluppato un mercato concorrenziale nell’offerta di gas, l’Autorità per l’energia elettrica e il gas provvede a individuare, mediante procedure a evidenza pubblica, una o più imprese di vendita del gas che si impegnino ad effettuare detta fornitura nelle indicate aree geografiche*»; la fornitura deve inoltre essere effettuata a condizioni di mercato dalle imprese individuate, in base ad indirizzi stabiliti dal Ministro dello Sviluppo economico, sentita l’Autorità. Inoltre, l’articolo 22, del decreto legislativo 164/00 prevede che, con decreto del Ministero dello Sviluppo Economico, anche in base a quanto stabilito all’articolo 30, commi 5 e 8, della legge 99/09, siano individuati e aggiornati i criteri e le modalità per la fornitura di gas naturale nell’ambito del servizio di ultima istanza, a condizioni che incentivino la ricerca di un nuovo fornitore sul mercato, per tutti i clienti civili e i clienti non civili con consumi pari o inferiori a 50.000 metri cubi all’anno, nonché per le utenze relative ad attività di servizio pubblico e nelle aree geografiche nelle quali non si è ancora sviluppato un mercato concorrenziale nell’offerta di gas naturale, ai sensi dell’articolo 1, comma 46, della legge 239/04. La disciplina del servizio di ultima istanza è oggi contenuta nel titolo IV del TIVG.

naturale nel mercato libero e nei regimi di tutela¹⁶⁹, tenendo conto delle esigenze concrete ed effettive dei vari tipi di clienti finali e delle tipicità di ciascun settore. Il superamento infatti degli attuali regimi di tutela richiede interventi volti ad assicurare e facilitare la possibilità, per i clienti finali di piccole dimensioni di trovare, nell'ambito del mercato libero, offerte basate su condizioni contrattuali adatte alle loro necessità.

Con delibera del 27 luglio 2017, n. 555/2017/R/com¹⁷⁰ l'AEEGSI ha provveduto ad introdurre la disciplina delle c.d. Offerte PLACET (Offerte a Prezzo Libero A Condizioni Equiparate di Tutela) nonché a completare le condizioni contrattuali minime per tutti i contratti di mercato libero dell'energia elettrica e del gas naturale¹⁷¹.

Sulla base dell'assunto che le condizioni contrattuali costituiscono parte integrante e distintiva delle offerte di un venditore rispetto ad un altro, l'Autorità ritiene che sia necessario porre i clienti nelle condizioni di essere adeguatamente informati per una scelta consapevole e capacitata del proprio fornitore; alla luce dunque dell'evoluzione dei regimi di tutela, la rivalutazione delle condizioni contrattuali minimi è apparsa necessaria.

¹⁶⁹ Nell'ambito del servizio di maggior tutela, nel settore elettrico, e del servizio di tutela, per il settore del gas, infatti, le attuali condizioni contrattuali sono state regolate dall'Autorità considerando principalmente l'esigenza di tutela di un piccolo consumatore ancora scarsamente capacitato, anche rispetto agli aspetti rilevanti di un contratto di vendita. L'evoluzione dei regimi di tutela verso il servizio universale/di ultima istanza comporterà che il ricorso a tale servizio sarà tipicamente transitorio, di durata anche breve, in quanto principalmente connesso a temporanei fallimenti delle forniture di mercato libero. La necessità di tutela connessa a questo rapporto contrattuale risulterà pertanto non più legata alla scarsa conoscenza del mercato da parte dei clienti finali o al cattivo funzionamento dei meccanismi concorrenziali, ma principalmente all'esigenza di garanzia della continuità del servizio in momenti critici.

¹⁷⁰ Tale provvedimento trae origine dalla deliberazione 4 agosto 2016, 463/2016/R/com (*“Disposizioni relative alla fatturazione di periodo, indennizzi a carico dei venditori e delle imprese di distribuzione e ulteriori obblighi in capo alle suddette imprese in tema di misura”*), in cui è stato stabilito di «avviare un procedimento per la revisione della disciplina delle condizioni contrattuali non economiche finalizzata, tra l'altro, alla definizione dell'offerta standard». Questa decisione è frutto delle osservazioni pervenute in merito al documento per la consultazione 405/2015/R/com, da cui ha avuto origine il successivo documento per la consultazione 216/2016/R/com, che ha analizzato nel dettaglio la necessità dell'intervento dell'Autorità.

¹⁷¹ È interessante qui rilevare le differenze che intercorrono tra il nuovo approccio regolativo adottato dall'Autorità e il precedente modello della *“Tutela SIMILE”*: introdotto con la delibera del 7 luglio 2016 369/2016/r/eel (*“Riforma dei vigenti meccanismi di mercato per la tutela di prezzo dei clienti domestici e delle piccole imprese nel settore dell'energia elettrica. Istituzione della tutela simile al mercato libero. Ulteriori obblighi per le imprese di distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale”*) esso aveva l'obiettivo di “traghetare” gradualmente i clienti appartenenti all'abrogando mercato vincolato verso il mercato libero. Oltre a prevedere una serie di condizioni minime inderogabili, obbligatorie ed omogenee per tutti i venditori, e condizioni economiche analoghe al Servizio di maggior tutela, il contratto di Tutela SIMILE deve avere una durata massima di 12 mesi, non rinnovabile, al termine del quale il cliente è libero di scegliere se rimanere con lo stesso fornitore sottoscrivendo una nuova offerta di mercato libero oppure stipulare un contratto di mercato libero con un fornitore diverso. Ciò che qui preme sottolineare è, oltre alla facoltatività per i fornitori di offrire questo servizio, è che gli stessi sono ammessi a redigere lo schema di contratto da proporre al cliente finale, purché rechi le condizioni generali indicate dall'AEEGSI nell'Allegato A alla delibera.

Obiettivi di tale revisione sono: (i) la promozione della concorrenza valutando, da un lato, l'introduzione di misure che non risultino eccessivamente onerose per i venditori e, dall'altro lato, mantenendo in ogni caso in capo ai medesimi la possibilità di definire offerte con opzioni contrattuali differenziate, su cui fondare la propria strategia competitiva, anche al fine di sviluppare soluzioni innovative; (ii) la tutela dei clienti finali, agevolando la comprensione e la comparazione delle offerte presenti sul mercato, sia in merito alle condizioni economiche che contrattuali, in modo da aumentare la capacità del cliente finale di assumere scelte consapevoli nel mercato. Tutto nell'ottica di garantire il buon funzionamento del mercato.

Particolare rilievo assume il fondamento legislativo di tale deliberazione, che viene ricondotto alla norma sopra esaminata, contenuta nell'art. 2, comma 12, lett. h) della l. 481/1995. In sede di consultazione tuttavia tale scelta era stata oggetto di perplessità, che l'AEEGSI ha prontamente risolto, affermando che *«gli interventi prospettati [...] si collocano nel quadro di una consolidata attività di regolazione che investe le pratiche contrattuali dei soggetti che operano nel mercato libero che ha trovato realizzazione in svariati altri provvedimenti dell'Autorità (si pensi, ad esempio, al Codice di condotta commerciale) ed è pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza anche della Corte di Cassazione»*.

5.1. Le offerte PLACET.

Si è visto dunque che due sono le linee di intervento prospettate dall'Autorità. La prima concerne la definizione delle offerte PLACET: si tratta di un'offerta contrattuale, che deve essere obbligatoriamente inserita, da ciascun operatore del mercato libero, nel proprio catalogo di offerte commerciali rivolte ai clienti di piccola dimensione¹⁷², con riferimento a

¹⁷² L'art. 2 dell'Allegato A dispone che le offerte PLACET debbano applicarsi a due differenti categorie di clienti finali: la prima è costituita dai clienti finali domestici, che siano titolari di punti di prelievo da cui è prelevata energia elettrica per alimentare applicazioni: (i) in locali adibiti ad abitazioni a carattere familiare o collettivo, con esclusione di alberghi, scuole, collegi, convitti, ospedali, istituti penitenziari e strutture abitative similari; (ii) relative all'alimentazione di infrastrutture di ricarica private per veicoli elettrici, o in locali annessi o pertinenti all'abitazione ed adibiti a studi, uffici, laboratori, gabinetti di consultazione, cantine o garage o a scopi agricoli, purché l'utilizzo sia effettuato con unico punto di prelievo per l'abitazione e i locali annessi e la potenza disponibile non superi 15 kW. La seconda, invece, si identifica con i punti di prelievo in bassa tensione: (i) da cui è prelevata energia elettrica per alimentare pompe di calore, anche di tipo reversibile, per il riscaldamento degli ambienti nelle abitazioni e per alimentare ricariche private dei veicoli elettrici, quando l'alimentazione sia effettuata in punti di prelievo distinti rispetto a quelli relativi alle applicazioni di cui sopra; (ii) per tutti gli usi differenti da quelli già elencati e non riferibili all'illuminazione pubblica. Nell'eventualità in cui il cliente finale abbia stipulato un contratto di fornitura per più punti di prelievo/riconsegna (c.d. *cliente multisito*), l'offerta PLACET non si applica qualora: (i) almeno un punto non ricada nell'ambito di applicazione di cui al comma 2.2; (ii) pur rientrando nella categoria di cui al comma 2.2. siano titolari di forniture destinate alle amministrazioni pubbliche.

tutte le aree territoriali in cui opera il venditore. Inoltre non può essere offerta dagli esercenti il servizio di maggior tutela dell'energia elettrica nell'ambito dell'erogazione di tale servizio.

Per quanto riguarda il contenuto normativo del contratto, l'Autorità assume il compito di definire le condizioni contrattuali, sulla base degli elementi e delle informazioni acquisite nell'ambito di un Tavolo di lavoro permanente a tal fine istituito con rappresentanti delle imprese e dei clienti finali; le condizioni così definite devono essere inserite all'interno di un modello, che deve essere pubblicato sul sito dell'AEEGSI¹⁷³, che costituisce il modello contrattuale di riferimento per gli operatori. È fatta tuttavia salva la libertà per le imprese, che non vogliano adottare il modulo così predisposto, di elaborare condizioni contrattuali autonome¹⁷⁴, purché però nel pieno rispetto «della legislazione e della regolazione dell'Autorità relativa al mercato retail in generale, e alla disciplina delle offerte PLACET in particolare», costituendo il modulo stesso il parametro di riferimento da utilizzare in sede di monitoraggio da parte dell'Autorità (monitoraggio le cui modalità saranno definite mediante il supporto del medesimo Tavolo di lavoro) sulle offerte PLACET eventualmente predisposte dai fornitori in modo autonomo. Le condizioni così predisposte non possono contemplare *addenda* economici e condizioni contrattuali aggiuntive, anche se contenuti in contratti separati che facciano riferimento alla medesima fornitura oggetto del contratto di offerta PLACET; devono inoltre formulate distintamente con riferimento al settore dell'energia elettrica e al settore del gas naturale (divieto di offerte *dual fuel*).

Viene invece fatta salva la determinazione delle condizioni economiche, nell'ambito della struttura di prezzo definita in maniera univoca per tutte le tipologie di cliente. È comunque fatto obbligo al venditore di proporre due formule di offerta, una a prezzo fisso e una a prezzo variabile.

¹⁷³ Ai sensi dell'art. 6.1., l'Autorità deve pubblicare sul proprio sito internet il modulo contenente le condizioni generali di fornitura, che costituisce il riferimento unico per la predisposizione delle condizioni generali di fornitura da parte dei venditori.

¹⁷⁴ In sede di consultazione infatti la maggior parte degli operatori ha dichiarato di preferire la predisposizione di un modulo facoltativo, rispetto al quale il venditore dovrà poter inserire clausole aggiuntive (ad esempio relativamente al rilascio del consenso da parte del cliente per consentire l'accesso dell'impresa distributrice per lettura e/o interventi sull'apparato di misura), purché non in contrasto con la disciplina delle offerte PLACET, pur ritenendo comunque utile l'avvio di un Tavolo di lavoro per la sua predisposizione e manutenzione; l'adozione di un modulo delle condizioni generali di fornitura di tipo obbligatorio è stata invece preferita da parte delle associazioni dei clienti finali domestici e non domestici. L'Autorità ha qui ritenuto che, per quanto un modulo di tipo obbligatorio rappresenti lo strumento che garantirebbe nel modo più efficiente l'effettiva e piena comparabilità per i clienti finali, il mantenimento in capo al venditore della facoltà di adottare un modulo differente, anche in ragione della tempestiva operatività del provvedimento, sia sufficiente a permettere di assicurare un elevato livello di confrontabilità e, allo stesso tempo, risulti di più agile implementazione.

L'obbligo di offerta scatterà, per tutti i venditori del mercato libero¹⁷⁵, a partire dal 1° gennaio 2018.

Le condizioni minime dell'offerta PLACET sono infine contenute nell'allegato A e rappresentano parte integrante e sostanziale della delibera; vengono così disciplinati: *a)* l'obbligo dei venditori di offrire l'offerta PLACET, formulata distintamente per l'energia elettrica ed il gas naturale, in tutte le aree territoriali in cui operano con riferimento ai predetti clienti, in aggiunta alle proprie offerte commerciali, con il divieto di includervi la fornitura di servizi o di prodotti aggiuntivi, nonché di clausole non contemplate tra le condizioni generali di fornitura; con l'ulteriore precisazione che i venditori sono tenuti a dare pubblicità dell'offerta PLACET, nonché ad informare il cliente che tra le proprie offerte commerciali sono comprese una offerta a prezzo fisso e una offerta a prezzo variabile, fornendo in modo trasparente, completo e non discriminatorio, le informazioni relative alle proprie offerte contrattuali, ed adottando ogni ragionevole misura per soddisfare le esigenze di informazione e assistenza dei clienti nella valutazione di tali offerte (art. 3); *b)* il contenuto della documentazione predisposta dal venditore (art. 4); *c)* le modalità di conclusione del contratto (art. 5); *d)* le condizioni generali di fornitura dell'offerta PLACET, con la facoltà del venditore di non adottare il modulo predisposto dall'AEEGSI (art. 6); *e)* le modalità di attivazione della fornitura e la previsione di durata indeterminata del contratto, fatta salva la facoltà di recesso (art. 7); *f)* i contributi fissi applicati in caso di richiesta di prestazione relativa a voltura (art. 8); *g)* le garanzie ed il deposito cauzionale (art. 9); *h)* le modalità di fatturazione e di pagamento, rese disponibili al cliente, di cui una deve essere gratuita (art. 10); *i)* le modalità di rateizzazione delle somme dovute (art. 11); *l)* gli interessi di mora (art. 12); *m)* la disciplina delle condizioni economiche, in cui non possono essere previsti corrispettivi, oneri, maggiorazioni o sconti, detrazioni deduzioni aggiuntivi, con l'obbligo per il venditore di proporre una offerta PLACET a prezzo fisso e una a prezzo variabile, senza discriminazione tra clienti localizzati in zone diverse del territorio e tra clienti oggetto di applicazione dell'offerta PLACET e appartenenti alla medesima tipologia contrattuale di cui al comma 2.3 del TIV e di cui al comma 2.3 del TIVG (Servizio di tutela e di ultima istanza) (art. 13) ; *n)* il

¹⁷⁵ Inoltre, per la fornitura elettrica è previsto un raccordo con i contratti di *Tutela SIMILE* che giungono al loro naturale termine di 12 mesi. A seguito di un preavviso del venditore non inferiore a 3 mesi rispetto alla scadenza del contratto, e in assenza di una diversa scelta da parte del cliente, il contratto di *Tutela SIMILE* proseguirà per un altro anno alle medesime condizioni contrattuali ed economiche (ma senza lo sconto *una tantum* iniziale non ripetibile) e successivamente, sempre in assenza di diversa scelta del cliente, sarà prevista l'applicazione di una offerta PLACET.

rinnovo delle condizioni economiche (art. 14); o) la determinazione dei corrispettivi applicati con riferimento al gas naturale (artt. 15-17) e all'energia elettrica (artt. 18-20).

5.2. *Segue. La seconda linea di intervento.*

La seconda linea di intervento concerne invece la revisione della disciplina delle condizioni contrattuali minime inderogabili nell'ambito di tutte le offerte del mercato libero diverse dalle offerte PLACET; si tratta dunque di clausole che l'Autorità afferma essere «*immodificabili da parte del venditore*» e che pertanto devono «*essere inserite obbligatoriamente in tutti i contratti di mercato libero*». Nell'ambito di tali limiti rimane salvo il diritto del venditore di definire il contenuto delle offerte del mercato libero, fermo tuttavia restando l'adempimento delle disposizioni contenute dal Codice di condotta commerciale disciplinanti i criteri per la redazione dei contratti di fornitura e il contenuto degli stessi, nonché le previsioni legislative in tema di trattamento dei dati personali e in materia fiscale, le norme dettate dal Codice del Consumo e quanto previsto per i clienti che si trovano in situazioni di disagio economico e/o fisico¹⁷⁶. L'Autorità ha dunque deliberato di stabilire le condizioni contrattuali inderogabili¹⁷⁷ per le offerte di mercato libero per i settori di energia elettrica e di gas naturale rivolte alle medesime fasce di clienti dell'offerta PLACET, prevedendo inoltre che: (i) dette

¹⁷⁶ In fase di consultazione sono state sollevate dagli operatori alcune perplessità circa la fissazione di clausole non derogabili da applicare in tutti i contratti di mercato libero «*in ragione della necessità di salvaguardare la flessibilità delle offerte del mercato libero*». Perplessità che l'PAEEGSI ha ritenuto non fondate poiché tale linea di intervento «*costituisce, di fatto, il mero completamento del percorso intrapreso dall'Autorità, in un'ottica di garanzia e rafforzamento del potere contrattuale dei clienti finali, in linea con le misure già adottate ad esempio con il TIF e con la deliberazione 302/2016/R/com ("Modalità e tempistiche relative alla disciplina del recesso dai contratti di fornitura")*».

¹⁷⁷ In particolare il documento di consultazione 216/2016/R/COM prevede che i primi passi dell'Autorità saranno volti ad esaminare e definire le principali condizioni contrattuali relative ai "capitoli": a) deposito cauzionale (casi di applicazione e casi di esenzione; importo; modalità di versamento a favore del venditore, incluse eventuali modalità di rateizzazione; cause di esazione; conseguenze del mancato versamento; modalità di restituzione al cliente); b) fatturazione (periodicità e termine di emissione, trasparenza dei documenti di fatturazione sia di periodo che di chiusura; indicazione della possibilità di ricorrere alla bolletta elettronica e sua disciplina); c) dati di consumo usati ai fini della fatturazione e autoletture (priorità di utilizzo dei dati di misura effettiva con cui contabilizzare i consumi; modalità di stima dei consumi in assenza dei dati di misura del distributore; acquisizione delle autoletture con modalità e termini di acquisizione); d) pagamenti (modalità di pagamento; costi eventualmente addebitati al cliente finale; termini di pagamento); e) rateizzazione (casi di rateizzazione; termini e modalità per la richiesta di rateizzazione; caratteristiche minime del piano di rateizzazione; costi eventualmente applicati al cliente finale, incluso il tasso di interesse); f) ritardo di pagamento o mancato pagamento (interessi di mora, modalità e tempi di costituzione in mora; tempistiche di richiesta di sospensione della fornitura); g) qualità commerciale (gestione dei reclami e delle richieste di informazione, tempi di risposta al cliente finale; modalità e tempistiche di funzionamento dei servizi telefonici); h) recesso e durata del contratto (modalità e tempistiche di presentazione del recesso da parte del cliente finale, durata contrattuale; modalità di rinnovo del contratto; comunicazione delle variazioni contrattuali).

condizioni siano definite da ciascun venditore nel rispetto della legislazione e della regolazione dell'Autorità per il mercato libero; (ii) in relazione alle modalità di conclusione dei contratti e di fatturazione trovino applicazione le medesime condizioni stabilite dell'offerta PLACET¹⁷⁸.

In conseguenza di tale assetto, tutte le offerte di mercato libero proposte dal venditore sono caratterizzate da: clausole inderogabili, definite dall'Autorità e riportate come tali in tutte le offerte praticate dai venditori, e clausole derogabili, che possono essere oggetto di contrattazione tra le parti e dunque strumento strategico di differenziazione tra i diversi venditori.

6. Il titolo IV del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali.

Con la deliberazione ARG/com 104/10 dell'8 luglio 2010¹⁷⁹, l'AEEGSI ha approvato il nuovo testo del «*Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali*»¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Rispettivamente l'art. 5 e l'art. 10.5 dell'Allegato A («*Disciplina delle offerte PLACET (offerte a Prezzo Libero A Condizioni Equiparate di Tutela) per i settori dell'energia elettrica e del gas naturale*»), nonché le disposizioni del TIF.

¹⁷⁹ Il Codice di condotta commerciale è contenuto nell'allegato A di tale deliberazione, così come successivamente integrato e modificato dalle deliberazioni ARG/com 239/10, ARG/gas 99/11 e ARG/elt 104/11, dall'Allegato A alla deliberazione 153/2012/R/com, dalle deliberazioni 388/2012/R/com, 67/2013/R/com, 266/2014/R/com, 269/2015/R/COM, 118/2016/R/efr e 413/2016/R/com.

¹⁸⁰ La delibera trova il proprio fondamento nell'art. 21 della l. 23 luglio 2009, n. 99 («*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*»), in base al quale l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas – nonché quella per le garanzie nelle comunicazioni – predispongono le disposizioni regolamentari necessarie perché i gestori dei servizi possano fornire «*all'utente indicazioni trasparenti circa le offerte proposte sul mercato, affinché sia possibile per il cliente interessato [...] effettuare valutazioni e confronti, anche in relazione ad eventuali offerte alternative di altri gestori*».

Già con la deliberazione ARG/com 34/08 del 18 marzo 2008, l'Autorità aveva avviato un procedimento di revisione dei Codici di condotta commerciale per la vendita di gas naturale e di energia elettrica; l'avvio di tale procedimento traeva infatti origine dalla necessità di semplificare ed armonizzare i Codici di condotta commerciale vigenti, adeguando gli stessi all'evoluzione del quadro normativo e regolatorio in materia di vendita di gas naturale e di energia elettrica, nonché migliorando alcune delle previsioni alla luce delle segnalazioni ricevute da Associazioni di consumatori, esercenti l'attività di vendita e clienti finali. In data 25 marzo 2010, dunque, l'Autorità aveva diffuso il documento di consultazione DCO 4/10; finalità ultima era quella di imporre in capo ai fornitori obblighi informativi più stringenti in fase precontrattuale al fine di prevenire tutte quelle condotte commerciali pregiudizievoli per i clienti finali e denotanti non solo una carenza di informazioni adeguate in capo al cliente finale, ma anche un frequente ricorso ad informazioni inesatte, se non false. Il nuovo Codice di condotta commerciale è pertanto uno strumento funzionale al rafforzamento della conoscenza, da parte dei clienti finali, dei meccanismi di mercato, con conseguente riduzione delle asimmetrie informative esistenti e sviluppo di un maggior livello di concorrenza tra i diversi operatori.

Si è così proceduto alla unificazione dei precedenti codici di condotta, che separatamente regolavano la fornitura di energia elettrica¹⁸¹ e di gas naturale¹⁸².

Destinatari del provvedimento sono i fornitori di energia elettrica e di gas, qualora offrano al cliente finale, identificato come il soggetto che acquista energia elettrica o gas naturale per uso proprio e a cui siano riconducibili punti di riconsegna esclusivamente alimentati in bassa tensione e/o consumi di gas naturale complessivamente non superiori a 200.000 Smc/anno, un contratto di fornitura per uno o più punti di prelievo/riconsegna¹⁸³.

Finalità di tale provvedimento è quello di dettare una serie di obblighi – prettamente di carattere informativo – in capo ai fornitori al fine *«sia di assicurare ai clienti finali interessati una*

¹⁸¹ La prima adozione di un Codice di condotta commerciale per il mercato dell'energia elettrica è stata realizzata con la delibera del 30 maggio 2006 n. 105/06; a differenza del Codice relativo al mercato del gas, in questo caso mancava una specifica attribuzione legislativa di potere, che veniva quindi radicato all'interno della legge 481/1995. Tale codice contiene una serie di disposizioni dirette a garantire la correttezza dei rapporti, nonché le informazioni minime e la chiarezza e la trasparenza dei testi. Afferma inoltre esplicitamente di non limitare *«la possibilità, per gli esercenti, di definire liberamente le proprie offerte, in quanto non incide sul contenuto delle offerte contrattuali ed economiche, ma fissa garanzie di trasparenza e di ampia informazione a beneficio dei clienti finali a cui è rivolto»*. Campo di applicazione erano i contratti conclusi dai clienti idonei finali alimentati in bassa tensione.

¹⁸² L'adozione di un Codice di condotta ha rappresentato da tempo una costante della regolazione del mercato del gas. Infatti già l'art. 18, comma 3 del d.lgs. 164/2000 attribuiva all'AEEGSI il potere di stabilire *«un codice di condotta commerciale in cui sono determinate le modalità e i contenuti delle informazioni minime che i soggetti che svolgono l'attività di vendita devono fornire ai clienti stessi»*; con la delibera del 28 dicembre 2000 n. 237/00 (*«Definizione di criteri per la determinazione delle tariffe per le attività di distribuzione del gas e di fornitura ai clienti del mercato vincolato»*) l'Autorità ha dunque elaborato la prima versione del codice di condotta commerciale.

A seguito della completa liberalizzazione del mercato del gas, era sorta tuttavia l'esigenza, anche su impulso dei principi dettati dalla direttiva comunitaria 2003/55/CE, di innalzare il livello di tutela dei clienti, prevedendo anche la definizione del *«contenuto minimo essenziale dei contratti sottoscritti dai clienti finali»*, che, in ogni caso, non precludeva la possibilità di definire su base volontaria e di offrire in modo trasparente e nel rispetto del principio di non discriminazione, ulteriori garanzie a beneficio dei clienti finali. Si è arrivati così alla deliberazione n. 126/04 del 22 luglio 2004 che ha introdotto un nuovo Codice di condotta commerciale, che ha abrogato interamente il testo precedente; l'ambito di applicazione del nuovo Codice di condotta era esteso a tutti i contratti di fornitura, con unica eccezione di quelli conclusi dai clienti rientranti nelle categorie elencate dall'art. 22, comma 1 del d.lgs. 164/00 (i.e. imprese che acquistano il gas per la produzione o la cogenerazione di energia elettrica e calore; clienti, consorzi e società consortili con consumo superiore a 200.000 Smc all'anno; clienti che utilizzano il gas nel mare territoriale e nella piattaforma continentale italiana; i clienti grossisti e le imprese di distribuzioni per il volume di gas naturale consumato dai loro clienti nell'ambito del loro sistema di distribuzione). Non veniva invece accolta la proposta avanzata in fase di consultazione di non imporre agli esercenti l'obbligo di offrire le condizioni contrattuali definite dall'Autorità con deliberazione n. 229/01.

¹⁸³ L'AEEGSI ha infine successivamente chiarito come le disposizioni contenute nel Codice di condotta si applichino solamente ai contratti conclusi all'interno del mercato libero. Tale limitazione al solo mercato libero era infatti già prevista dai precedenti Codici di condotta commerciale, sia di energia elettrica che di gas naturale.

Viene infatti affermato nella delibera che si è ritenuto opportuno, innovando rispetto ai testi precedenti, prevedere che *«siano applicate a favore dei soli clienti finali aventi diritto alla applicazione delle condizioni economiche relative al servizio di maggior tutela nel settore elettrico e al servizio di tutela nel settore del gas naturale le specifiche previsioni in materia di passaggio al mercato libero e di applicabilità di condizioni contrattuali regolate»*.

sempre maggior conoscenza e consapevolezza in merito alle offerte di energia elettrica e di gas naturale presenti sul mercato sia di garantire la correttezza delle pratiche adottate dagli esercenti la vendita nella direzione di un mercato sempre più concorrenziale». Vengono così regolate: a) le modalità di diffusione delle informazioni relative alle offerte contrattuali, che devono essere fornite in modo trasparente, completo e non discriminatorio, con adeguata evidenza del tipo di servizio o attività esercitata (se rivolta solo al mercato libero o anche al servizio di maggior tutela) nonché delle modalità di attivazione dei servizi di risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 3); b) gli obblighi di adeguata formazione del personale commerciale (art. 4); c) i criteri di comunicazione dei prezzi di fornitura del servizio e delle informazioni relative alla spesa complessiva (artt. 5-6); d) gli obblighi relativi alla promozione delle offerte contrattuali, comprese le informazioni minime nelle comunicazioni a scopo commerciale, da fornire utilizzando modalità idonee ad assicurarne una chiara percezione e fatte salve le previsioni in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, la riconoscibilità del personale commerciale e specifici obblighi di comportamento a cui sono tenuti nel caso in cui contattino il cliente in luoghi diversi dalla sede o dagli uffici commerciali dell'esercente la vendita (artt. 7-8); e) le informazioni che devono essere necessariamente comunicate al cliente finale prima della conclusione del contratto (art. 9); f) i criteri per la redazione dei contratti di fornitura preliminari alla conclusione (art. 10); g) il contenuto dei contratti di fornitura (art. 11); h) la consegna del contratto su supporto cartaceo o su altro mezzo durevole e il diritto di ripensamento (art. 12); i) termini e modalità di preavviso per la variazione unilaterale delle condizioni contrattuali (art. 13); l) i casi e le modalità di corresponsione dell'indennizzo automatico (art. 14); m) i criteri generali di compilazione delle schede di confrontabilità da consegnare al cliente finale all'atto della proposta contrattuale e contenute negli Allegati 1, 2, e 3 (artt. 15-22).

Ai fini dell'analisi qui condotta ciò che rileva, però, è la norma contenuta nell'art. 11, rubricato «*Contenuto dei contratti di fornitura*», che elenca una serie di clausole che i contratti predisposti dai soggetti esercenti la vendita devono contenere. Rimane tuttavia salva la possibilità che il contratto presenti un contenuto ulteriore rispetto a quello disciplinato dall'Autorità¹⁸⁴. In particolare il contratto di fornitura deve dunque contenere: a) l'identità, l'indirizzo delle parti e l'indirizzo della fornitura; b) l'indicazione delle prestazioni oggetto del

¹⁸⁴ L'art. 11 prevede infatti che i contratti di fornitura predisposti dagli esercenti la vendita e consegnati o trasmessi ai clienti finali ai sensi del successivo articolo 12 «*contengono almeno*» le clausole di seguito elencate.

contratto, con precisazione delle condizioni tecniche di erogazione del servizio, della data di attivazione della fornitura, della durata del contratto, ivi comprese le eventuali modalità di rinnovo oltre alle modalità e tempistiche per l'esercizio del diritto di recesso da parte del cliente finale, delle eventuali prestazioni accessorie; *c*) le condizioni economiche di fornitura del servizio; *d*) le modalità per la determinazione delle eventuali variazioni e/o adeguamenti automatici dei corrispettivi, nonché le condizioni economiche delle prestazioni accessorie; *e*) le forme di garanzia eventualmente richieste nonché ogni altro onere posto a carico del cliente finale in relazione alla conclusione o all'esecuzione del contratto; *f*) le modalità di utilizzo dei dati di lettura ai fini della fatturazione, specificando, per la fornitura di gas naturale, anche le modalità di informazione circa l'eventuale esito negativo del tentativo di lettura e le sue conseguenze; *g*) le modalità di fatturazione e di pagamento del servizio, con specificazione della periodicità dell'emissione delle fatture, del criterio adottato per la stima dei consumi, ove previsto, delle modalità e termini per il pagamento; *h*) le conseguenze per il ritardo nel pagamento, precisando le penali o gli interessi di mora dovuti, le procedure di messa in mora e di sospensione della fornitura, e i relativi costi, in accordo con quanto previsto dal TIMOE e TIMG; *i*) livelli specifici e generali di qualità commerciale relativi alle prestazioni di competenza dell'esercente la vendita e gli indennizzi automatici previsti in caso di mancato rispetto dei predetti livelli; *j*) le modalità per l'inoltro scritto di richieste di informazioni e reclami, nonché le modalità di attivazione delle eventuali procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie; *k*) con riferimento alla fornitura di energia elettrica, il mandato per la sottoscrizione dei contratti di trasmissione, distribuzione e dispacciamento di cui all'articolo 4 dell'Allegato A alla deliberazione n.111/06 e gli obblighi che ne conseguono per l'esercente la vendita e per il cliente finale.

7. La morosità nel mercato dell'energia e del gas e gli interventi normativi dell'AEEGSI.

Negli ultimi anni, complice anche la crisi economica, il fenomeno dell'inadempimento, da parte degli utenti finali, alle obbligazioni discendenti dai contratti di somministrazione del gas e dell'energia elettrica – ed in particolare il mancato pagamento delle fatture relative alla fornitura di energia elettrica e gas – ha assunto una consistenza notevole, costringendo in più occasioni il regolatore ad intervenire sulla materia.

Diversi, e di non agevole contemperamento, sono però gli interessi in conflitto che l'AEEGSI è stata chiamata a conciliare. Da un lato, infatti, vi sono gli interessi dei

somministranti, i quali mirano ad avere piena disponibilità, quanto meno, degli ordinari strumenti di reazione all'inadempimento nei contratti a prestazioni corrispettive; dall'altro lato, tuttavia, vi sono gli interessi degli utenti finali, i quali, in quanto fruitori di un servizio essenziale, richiederebbero una limitazione dell'utilizzo, in autotutela, di rimedi tradizionali, che avrebbero l'effetto di portare a conseguenze drastiche, quale la interruzione della somministrazione¹⁸⁵. Accanto a tale conflitto, poi, si accompagna quello tra il somministrante e il distributore, i quali, a seguito della liberalizzazione del settore, rappresentano oggi due figure distinte, e portatrici di interessi spesso confliggenti: di fronte alla morosità del somministrato, infatti, all'interesse del fornitore di attivare ogni rimedio, anche in autotutela, idoneo ad assicurare l'adempimento del cliente finale, si contrappone quello del distributore, il quale, provvedendo materialmente alla somministrazione dell'energia elettrica o del gas, è gravato della "fisica" attuazione di ogni attività necessaria alla sospensione della fornitura.

Conscia della necessità di operare un bilanciamento tra interessi tra loro contrastanti, l'Autorità, sin dai primi provvedimenti emanati al fine di regolare al meglio le situazioni di morosità del cliente, ha perseguito la finalità di mettere il somministrante nella condizione di effettuare una migliore gestione e tutela del proprio credito (mediante gli strumenti a tal fine previsti), tutelando, però al contempo, il cliente finale contro eventuali azioni improprie e potenzialmente prevaricatrici dei fornitori stessi¹⁸⁶. È infatti opinione del regolatore che una migliore gestione del credito, attraverso l'attribuzione al somministrante, con il necessario coinvolgimento delle imprese di distribuzione, di strumenti efficaci per contrastare l'inadempimento del cliente finale, abbia un impatto positivo sullo sviluppo della concorrenza nel mercato *retail* e nonché determini una riduzione dei prezzi per tutti i clienti finali.

7.1. L'art. 19 del Testo Integrato Morosità Gas (TIMG): Le clausole negoziali da inserire nel contratto di vendita.

Con la deliberazione 21 luglio 2011 - ARG/gas 99/11, l'AEEGSI ha approvato il Testo Integrato Morosità Gas (TIMG); esso disciplina la regolazione dei servizi di distribuzione e vendita nei casi di morosità del cliente finale, categoria che comprende i soggetti che

¹⁸⁵ Sul tema si veda D'ADDA, *L'autotutela del creditore nel mercato dell'energia e del gas: i limiti all'eccezione di inadempimento*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 79 – 99.

¹⁸⁶ Così si esprime l'AEEGSI nel preambolo iniziale del provvedimento del 29 maggio 2015 258/2015/r/com recante i "primi interventi in materia di morosità nei mercati *retail* dell'energia elettrica e gas naturale e revisione dei tempi dello *switching* nel settore del gas naturale".

acquistano gas naturale per uso proprio, ivi compresi gli impianti di distribuzione di metano per autotrazione¹⁸⁷, e definisce gli obblighi informativi in capo agli esercenti la vendita, qualora si presenti una situazione di morosità.

Premiamente rilievo, ai fini dell'analisi qui condotta, assume il titolo III del TIMG, rubricato «*Obblighi in capo agli esercenti la vendita*»; esso contiene, all'art. 19, un catalogo di clausole negoziali da inserire nei contratti di vendita di gas naturale predisposti dagli esercenti la vendita. In particolare, in base al comma 1 dell'art. 19, tali contratti devono contenere «*espressa indicazione*»: *a)* del termine ultimo che intercorre tra la scadenza di pagamento indicata nei documenti di fatturazione e l'attivazione delle procedure previste in caso di morosità del cliente; *b)* dei differenti termini per provvedere al pagamento, decorso il quale l'esercente la vendita può richiedere la sospensione della fornitura; *c)* delle modalità di comunicazione da parte del cliente all'esercente la vendita dell'avvenuto pagamento in caso di solleciti; *d)* del diritto dell'utente del servizio di distribuzione, di richiedere all'impresa distributrice, in caso di morosità del cliente, la chiusura del punto di riconsegna per sospensione della fornitura per morosità; *e)* del diritto dell'esercente la vendita di richiedere al cliente finale il pagamento del corrispettivo di sospensione e di riattivazione della fornitura nel limite dell'ammontare previsto dall'Autorità; *f)* degli indennizzi automatici previsti in caso di mancato rispetto della regolazione in materia di costituzione in mora e sospensione della fornitura; *g)* dei documenti che il venditore è tenuto a trasmettere all'impresa di distribuzione, in caso di impossibilità di interruzione dell'alimentazione al fine dell'attivazione della procedura di cessazione amministrativa per morosità; *h)* dell'assunzione, da parte del cliente finale, dell'obbligazione a consentire all'impresa di distribuzione di accedere ai locali in cui è ubicato l'impianto di misura al fine di poter disalimentare il punto di riconsegna in caso di inadempimento del cliente medesimo.

Il secondo comma dell'art. 19 prevede poi l'obbligo in capo all'esercente la vendita, che non sia anche utente del servizio di distribuzione¹⁸⁸, di darne atto all'interno del contratto di fornitura con il cliente finale; il contratto deve inoltre contenere una condizione risolutiva

¹⁸⁷ L'art. 1 del TIMG, oltre a contenere alcune definizioni specifiche in tema di morosità, opera un rinvio generale, ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione delle disposizioni ivi contenute, alle definizioni contenute nell'art. 2 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, nonché quelle di cui all'articolo 1 della deliberazione 29 luglio 2004, n. 138/04 («*Adozione di garanzie per il libero accesso al servizio di distribuzione del gas naturale e di norme per la predisposizione dei codici di rete*») e all'articolo 1 del TIVG.

¹⁸⁸ La delibera n. 138/2004 qualifica come utente del servizio di distribuzione colui che abbia titolo ad usufruire del servizio di trasporto di gas naturale attraverso le reti di gasdotti locali, al fine di immettere e prelevare gas naturale per uso proprio e per cessione ad altri.

per l'ipotesi in cui si verifichi un inadempimento dell'esercente la vendita, con conseguente applicazione dell'art. 27-*bis* della delibera 138/2004¹⁸⁹. Si precisa tuttavia che il contratto di fornitura continuerà a essere eseguito in coerenza coi termini previsti dall'articolo 27-*bis* e che la fornitura verrà comunque garantita, qualora il cliente non abbia trovato un altro esercente la vendita, nell'ambito dei servizi di ultima istanza.

Infine l'art. 19, comma 3 impone una serie di obblighi in capo all'esercente la vendita nel caso venga avviata la procedura c.d. di *switching*¹⁹⁰, che si verifica quando l'impresa di distribuzione riceva una richiesta di accesso per sostituzione nella fornitura, formulata da un utente il servizio di distribuzione che intenda cominciare una nuova fornitura presso un punto di riconsegna fornito, sul quale operava, sino alla data di sostituzione, da un altro utente¹⁹¹.

L'art. 8 del TIMG prevede che l'impresa di distribuzione, qualora riceva tale richiesta, in cui sia manifestata anche la volontà di avvalersi della possibilità di esercizio di revoca di cui al comma 8.2, sia tenuta a comunicare al richiedente, una serie di informazioni relative al punto di riconsegna; correlativamente l'art. 19, comma 3 stabilisce che «*l'esercente la vendita deve prevedere espressamente, nel contratto di fornitura, che l'impresa di distribuzione è tenuta a mettere a disposizione dell'utente il servizio di distribuzione*» le informazioni di cui all'art. 8.

7.2. L'art. 16 del Testo integrato morosità elettrica (TIMOE): Le clausole negoziali da inserire nel contratto di vendita.

Con la deliberazione del 29 maggio 2015, 258/2015/r/com («*Primi interventi in materia di morosità nei mercati retail dell'energia elettrica e gas naturale e revisione dei tempi dello switching nel settore del gas naturale*»), l'AEEGSI ha, tra le altre misure, sostituito completamente l'Allegato A di

¹⁸⁹ Norma che regola gli obblighi dell'utente del servizio di distribuzione e dell'esercente la vendita in caso di inadempimento di quest'ultimo, stabilendo che, ove si verifichi l'inadempimento, l'utente della distribuzione non ha diritto a chiedere la chiusura del punto di riconsegna, ma deve comunicare al venditore la propria volontà di risolvere il contratto. Resta in ogni caso obbligato, in solido con l'esercente la vendita, a tutte le prestazioni necessarie ad assicurare la continuità della fornitura ai clienti finali associati ai suddetti punti di riconsegna.

Entro e non oltre due giorni dalla risoluzione, l'esercente la vendita comunica a ciascun cliente finale interessato: (i) che il contratto di fornitura è risolto per avveramento della condizione risolutiva, prevista dall'art. 19 comma 2 del TIMG; (ii) la data di cessazione dell'esecuzione del contratto di vendita; (iii) che la fornitura al cliente finale verrà comunque garantita, qualora il cliente non abbia trovato un altro esercente la vendita, nell'ambito dei servizi di ultima istanza.

¹⁹⁰ La procedura di *switching* è disciplinata nel dettaglio dall'art. 14 della delibera 138/2004.

¹⁹¹ Il punto di riconsegna è il punto di confine tra l'impianto di distribuzione e l'impianto del cliente finale, dove l'impresa di distribuzione riconsegna il gas naturale per la fornitura al cliente finale (art. 1 della delibera 138/2004).

cui alla deliberazione ARG/elt 4/08 con un nuovo Allegato A, recante il «*Testo integrato della morosità elettrica*» (TIMOE), inserendo *ex novo* una previsione – l'art. 16 – rubricato «*Clausole negoziali da inserire nel contratto di vendita*».

Tale norma è contenuta all'interno del Titolo II del TIMOE, che disciplina i servizi di dispacciamento e di trasporto nei casi di morosità dei clienti finali disalimentabili¹⁹²; ed individua dunque le clausole negoziali da inserire nei contratti di vendita di energia elettrica, predisposti dalle controparti commerciali¹⁹³.

Questi contratti devono contenere espressa indicazione: *a)* del termine ultimo che intercorre tra la scadenza di pagamento indicata nei documenti di fatturazione e l'attivazione delle procedure previste in caso di morosità del cliente; *b)* dei differenti termini per provvedere al pagamento, decorso il quale l'esercente la vendita può richiedere la sospensione della fornitura; *c)* delle modalità di comunicazione, da parte del cliente alla controparte commerciale, dell'avvenuto pagamento in caso di solleciti e di costituzione in mora; *d)* del diritto di richiedere all'impresa distributrice, in caso di morosità del cliente, la sospensione della fornitura di energia elettrica per uno o più punti di prelievo, qualora sia decorso un termine comunque non inferiore a 3 giorni lavorativi dalla scadenza del termine di pagamento; *e)* del diritto di richiedere al cliente finale il pagamento del corrispettivo di sospensione e di riattivazione della fornitura nel limite dell'ammontare previsto dall'Autorità; *f)* degli indennizzi automatici previsti in caso di mancato rispetto della regolazione in materia di costituzione in mora e sospensione della fornitura;

Il comma 2 dell'art. 16 prevede che, qualora la controparte commerciale non sia anche utente del trasporto e del dispacciamento¹⁹⁴, questa ne debba dare atto nell'ambito del

¹⁹² I clienti finali disalimentabili sono individuati *a contrario* tra coloro che sono qualificati dall'art. 23 del TIMOE come «*non disalimentabili*», ovverosia coloro che appartengono ad una delle seguenti categorie: *a)* i clienti finali identificati ai sensi del Piano di emergenza per la sicurezza del servizio elettrico della delibera CIPE n. 91 del 6 novembre 1979 e s.m.i.; *b)* i clienti con disagio fisico di cui all'art. 2, comma 2, lett. b del *Testo integrato delle modalità applicative dei regimi di compensazione della spesa sostenuta dai clienti domestici disagiati per le forniture di energia elettrica e gas naturale* (TIBEG), a cui è riconosciuta la compensazione della spesa per la fornitura di energia elettrica e che non sono identificati come interrompibili; *c)* tutti gli altri clienti finali per i quali, in relazione alla funzione di pubblica utilità svolta dai medesimi, non è stata prevista da parte della medesima impresa distributrice la sospensione della fornitura.

¹⁹³ L'art. 1 del TIMOE definisce come «*controparte commerciale*» alternativamente, l'esercente il servizio di maggior tutela e di salvaguardia, nonché il soggetto che sottoscrive il contratto per la vendita di energia elettrica con il cliente finale nell'ambito del mercato libero.

¹⁹⁴ L'art. 1 del TIMOE identifica «*l'utente del trasporto e dispacciamento*» con il soggetto che sottoscrive il contratto per il servizio di trasporto con l'impresa distributrice e il contratto per il servizio di dispacciamento con Terna (i.e. la società responsabile in Italia della trasmissione e del dispacciamento dell'energia elettrica sulla rete ad alta e altissima tensione su tutto il territorio nazionale) per i punti di prelievo serviti nel mercato libero o nel servizio di salvaguardia.

contratto di somministrazione col cliente finale; tale contratto inoltre deve contenere anche una clausola che ne condizioni risolutivamente l'efficacia, nell'ipotesi, disciplinata dall'art. 22, comma 3, in cui l'utente del trasporto e dispacciamento risolve il contratto con la controparte commerciale, per inadempimento di quest'ultima, precisando altresì che, in tal caso, il contratto di somministrazione continuerà a essere eseguito in coerenza coi termini previsti dall'Allegato B alla deliberazione 487/2015/R/eel, recante “*Disposizioni funzionali all'effettiva risoluzione di un contratto di fornitura e all'attivazione dei servizi di ultima istanza*” e che la fornitura verrà comunque garantita da parte dell'esercente la maggior tutela ovvero dell'esercente la salvaguardia.

L'art. 16, comma 3 dispone, poi, che, con riferimento ai clienti finali connessi in bassa tensione, il contratto di somministrazione debba altresì indicare che, qualora sussistano le condizioni tecniche del misuratore, prima della sospensione della fornitura, verrà effettuata una riduzione della potenza ad un livello pari al 15% della potenza disponibile e che, decorsi 15 giorni dalla riduzione della potenza disponibile, in caso di mancato pagamento da parte del cliente finale, verrà effettuata la sospensione della fornitura.

Il comma 4 regola infine, gli effetti dell'esercizio di *switching*, in maniera analoga al TIMG: prevede infatti che, ai fini dell'esercizio della facoltà di revoca della richiesta di *switching*, l'esercente la vendita debba espressamente prevedere all'interno del contratto di fornitura che siano messe a disposizione dell'utente del trasporto e del dispacciamento una serie di informazioni relative al punto di prelievo oggetto della richiesta di *switching*, elencate dalla stessa norma; deve inoltre contenere l'espressa previsione che, qualora l'utente del trasporto e del dispacciamento che ha presentato richiesta di *switching*, eserciti la facoltà di revoca, a seguito delle informazioni ricevute, non verrà dare esecuzione al contratto di fornitura concluso con il cliente finale e che gli effetti del recesso dal contratto con il precedente fornitore verranno meno.

8. Brevi osservazioni conclusive.

A conclusione di questa breve panoramica sull'attività dell'AEEGSI pare possibile affermare come la scelta di disciplinare – in via generale, o su aspetti specifici – il contenuto del contratto rappresenti una tecnica normativa che l'Autorità di vigilanza utilizza con una certa frequenza. Se però, almeno inizialmente, essa trovava ragion d'essere nella necessità di tutela dell'utente finale nella fase di transizione dal mercato soggetto a monopolio ad uno aperto alla libera concorrenza, maggiori dubbi sorgono quando la medesima tecnica venga

utilizzata per i contratti conclusi nel mercato libero. Non è tuttavia questa la sede più adatta per analizzare se possa profilarsi l'illegittimità dell'attività normativa qui esaminata per contrasto con la riserva di legge che disciplina il diritto dei contratti e che viene comunemente fatta derivare dall'art. 41, 3 co. Cost.¹⁹⁵

Dal punto di vista sistematico, invece, preme sottolineare come l'intento perseguito dall'AEEGSI, con i provvedimenti sopra analizzati, sia volutamente quello di determinare, grazie all'automatica modificazione del regolamento di servizio dettata dall'art. 2, comma 37

¹⁹⁵ È noto infatti come la libertà contrattuale non trovi espresso riconoscimento all'interno della Carta Costituzionale. La dottrina maggioritaria, suffragata da alcune risalenti pronunce della Corte Costituzionale, fa infatti derivare una forma di tutela costituzionale – in via indiretta – dall'art. 41 Cost., qualificando la libertà di iniziativa economia privata come referente costituzionale dell'autonomia privata. La libertà contrattuale dunque trova tutela costituzionale solo indirettamente, in quanto strumentale all'esercizio dell'autonomia privata, con la diretta conseguenza che i limiti che il legislatore pone all'esercizio della libertà di impresa si ripercuotono inevitabilmente sulle concrete manifestazioni dell'autonomia privata. L'autonomia contrattuale, pertanto, risulta garantita solamente nel momento in cui risulti funzionale al perseguimento di altri valori che trovino tutela diretta – e nei limiti in cui trovino riconoscimento – nella Costituzione, quali l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e la proprietà privata (art. 42 Cost.). Tali affermazioni hanno infine trovato autorevole riconoscimento nella giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale, la quale, in una serie di pronunce depositate a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, ha riconosciuto espressamente «*l'autonomia contrattuale in materia economica è strumentale rispetto all'iniziativa economica*», con la conseguenza che «*ogni limite posto alla prima si risolve in un limite della seconda, ed è legittimo, perciò, solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti dalla Costituzione*»; in questo senso la pronuncia più nota è quella del 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. Cost.*, 1965, p. 283 ss. (con nota di SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*); Altra parte della dottrina, invece, ritiene – analogamente alla dottrina e giurisprudenza tedesca – preferibile ricollegare la tutela della libertà contrattuale alla clausola generale contenuta all'art. 2 Cost., qualificandola come strumento necessario per lo sviluppo della personalità umana. In questo senso, si veda BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 31 ss.; SACCO, *Il contratto*, Utet, Torino, 2016, p. 27 ss. La Corte Costituzionale, con la pronuncia del 21 marzo 1968, n. 16, ha tuttavia espressamente negato la possibilità di sussumere l'autonomia contrattuale all'interno dell'art. 2 Cost. posto che tale diritto «*operando nell'ambito di quelli più generali della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà terriera, è specificatamente tutelato [...] da altre norme costituzionali, le quali autorizzano il legislatore ordinario ad imporre adeguati limiti per soddisfare preminenti interessi di carattere generale e sociale*» Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss.; GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di «ragionevolezza» delle norme speciali?*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 82 ss.; MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)* [voce], in *Enc. dir. – Annali*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 61 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.; ID. *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, p. 1 ss.; RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, p. 3 ss.; ID. *I contratti in generale*, in *Diritto Civile. III. Il contratto in generale*, diretto da LIPARI e RESCIGNO, Milano, Giuffrè, 2009, p. 24 ss. Sostiene sempre la tutela indiretta dell'autonomia privata, ma ne esclude la strumentalità alla libertà di iniziativa economica, GALGANO, *Negoziio giuridico* [voce], in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 948. Per analisi di diritto comparato e dell'esperienza europea, si rinvia, rispettivamente, a COLOMBI CIACCHI, *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*, in *European Review of Contract Law*, 2010, VI, p. 303 ss. e RABELLO, – SARCEVIC, *Freedom of Contract and Constitutional Law. Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (IALS/UNESCO) held in Jerusalem, September 1994*, Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law – The Hebrew University of Jerusalem, Jerusalem, Hamaccabi Press, 1998; BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, in *European Review of Private Law*, 2008, VI, p. 901 – 923.

della l. 481/1995, la conformazione del singolo contratto concluso dal fornitore con l'utente finale¹⁹⁶. Si tratta dunque di un intervento, fortemente limitativo della autonomia contrattuale delle parti, nella specifica accezione della libertà di determinare il contenuto del contratto (la c.d. *Inhaltsfreiheit*); si aggiunga poi che questa incidenza non è limitata alla regolazione di specifici aspetti critici della relazione negoziale (come la morosità del cliente finale), ma si estende invece alla disciplina dell'intero regolamento negoziale, così come accade con l'art. 11 del Codice di condotta commerciale.

¹⁹⁶ L'AEEGSI si esprime, come abbiamo visto, in questo senso già nella relazione alla delibera 200/1999, dove afferma che l'automatica modificazione del contratto concluso con l'utente finale avviene attraverso l'applicazione dell'art. 1339 c.c., senza la necessità che «*tali contratti vengano nuovamente sottoscritti dai clienti stessi*».

Capitolo II

GLI EFFETTI DELL'ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE SUL CONTRATTO. UNA POSSIBILE RICOSTRUZIONE SISTEMATICA.

INDICE: 1. L'incidenza dei poteri normativi attribuiti alle Autorità amministrative indipendenti sulla conformazione dei contratti. Le differenti posizioni offerte dalla dottrina; – 2. La genesi storica dell'art. 1339 c.c.; – 3. L'inquadramento dell'art. 1339 c.c. tra degradazione del contratto a mera realtà di fatto o conservazione della sua natura. Le differenti ricostruzioni sistematiche avanzate; – 4. La riconduzione a sistema dell'art. 1339 c.c.: il dibattito circa la qualificazione della norma come ipotesi speciale di nullità, o come ulteriore applicazione dell'art. 1374 c.c.; – 5. *Segue:* l'art. 1339 c.c. come ipotesi speciale di nullità e i rapporti con l'art. 1419 c.c.; – 6. *Segue.* L'art. 1339 c.c. come strumento sanzionatorio del comportamento delle parti tenuto in violazione della disciplina normativa; – 7. Le condizioni di applicabilità dell'art. 1339 c.c.: l'identificazione della norma impositiva. Le conseguenze dell'accoglimento della nozione di legge in senso formale o sostanziale.; – 8. L'individuazione delle norme impositive. La superfluità dell'espressa previsione della sostituzione; – 9. *Segue.* L'assenza della previsione di ulteriori sanzioni diverse dall'invalidità.; – 10. Sul significato del termine «clausola».; – 11. Il problema dello *Ius superveniens*. La possibile rilevanza della nullità sopravvenuta.; – 12. *Segue.* La fideiussione *omnibus*.; – 13. *Segue:* il problema dello *Ius superveniens* con riferimento al fenomeno dell'usura sopravvenuta.; – 14. Il problema delle sopravvenienze normative: brevi osservazioni sulla nullità sopravvenuta.; – 15. *Segue.* Brevi osservazioni sulla categoria della nullità sopravvenuta.

1. L'incidenza dei poteri normativi attribuiti alle Autorità amministrative indipendenti sulla conformazione dei contratti. Le differenti posizioni offerte dalla dottrina.

L'analisi delle diverse modalità di intervento attraverso cui si realizza l'attività delle Autorità amministrative offre diversi spunti di indagine circa le possibili forme di incidenza dei poteri normativi delle Autorità sul contenuto del contratto¹⁹⁷. Presupposto implicito di queste nuove forme di intervento sul contratto è il nesso di interdipendenza funzionale che lega il contratto ai meccanismi di funzionamento del mercato, da cui il naturale corollario che la regolazione del mercato – ragione della istituzione, nonché scopo primario a cui tende tutta l'attività delle Autorità indipendenti – inevitabilmente si riflette sulla disciplina del

¹⁹⁷ La pervasività dell'attività normativa svolta dalle Autorità indipendenti è tale che non sia «più lecito dubitare dell'esistenza di poteri normativi [...] in grado di incidere sul «se», il «con chi» ed il «come» concludere un contratto; il fenomeno significativo non è quindi che le Autorità abbiano un potere normativo, o regolamentare, e che, conseguentemente, i contratti trovino la loro disciplina (anche) nei regolamenti delle Autorità indipendenti, bensì che qualunque dichiarazione dell'Autorità Indipendente viene considerata come norma per chi deve svolgere un'attività soggetta a quella Autorità indipendente», così DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, I, p. 58

contratto¹⁹⁸, e, per converso, che regolare il contratto determini dei benefici in termini di operatività del mercato.

Nonostante la normativa prodotta dalle Autorità di settore presenti, come si è cercato di evidenziare nel capitolo precedente, intensità e contenuti variegati¹⁹⁹, appare significativo rilevare, in via di prima approssimazione, come solo raramente il legislatore ordinario individui le conseguenze in caso di violazione alle prescrizioni emanate²⁰⁰, demandando così alla dottrina e alla giurisprudenza il difficile compito di elaborare una ricostruzione sistematica degli effetti che il mancato rispetto delle prescrizioni amministrative riverbera sul contratto²⁰¹.

¹⁹⁸ Corollario logico è che «la disciplina dei contratti bancari e finanziari non sta scritta solo nel TU bancario e nel TU della finanza, ma anche in regolamenti o altri atti normativi della Banca d'Italia, del CICR, del Ministero del tesoro, della Consob»; così «i provvedimenti dell'ISVAP possono concorrere e disciplinare i contratti di assicurazione vita e danni; e provvedimenti dell'Autorità per le comunicazioni e dell'Autorità per l'energia possono introdurre regole sui contratti per l'erogazione dei servizi pubblici di pertinenza dell'una o dell'altra Authority», così ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Politica del diritto*, IV, 2001, p. 541-542.

Sull'idea del mercato come «*locus artificialis*» che la legge «*costruisce e governa, orienta e controlla*» cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza ed., Roma, 2003, p. 98; P.A. prosegue quindi classificando le regole del mercato in «*norme proibitive*», «*norme attributive*» e «*norme conformative*»: le prime e le seconde hanno la funzione di identificare, per ogni singolo mercato, «*i soggetti legittimati, i beni commerciabili, i negozi stipulabili*» (p. 46), le ultime, invece, sono «*quelle che, disciplinando i negozi, danno al mercato una peculiare fisionomia*» (p. 47).

¹⁹⁹ PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, II, p. 95. Per ulteriori riferimenti circa i tentativi di classificazione degli interventi delle Authorities in relazione ai diversi livelli di incidenza sulla disciplina dei contratti si segnalano: ALPA, *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti*, in *Istituzioni, mercato, democrazia. Liber amicorum per gli 80 anni di Alberto Predieri*, a cura di AMOROSINO – MORBIDELLI – MORISI, 2002, p. 22 ss.; MAUGERI, *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in AA. VV., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale. Atti del VI Convegno Nazionale SISDIC*, Esi, Napoli, 2012, p. 299 ss. Rileva come la varietà delle denominazioni utilizzate (provvedimenti, regolamenti, delibere, decisioni, autorizzazioni...) rifletta l'eterogeneità della produzione normativa TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 27.

²⁰⁰ Un esempio, a questo proposito, è rintracciabile nell'art. 117, co. 8 t.u.b., che sanziona con la nullità i contratti che presentino un contenuto difforme rispetto quello disciplinato dalla Banca d'Italia.

²⁰¹ D'altronde la prospettiva rimediaria rappresenta un «punto di vista privilegiato» da cui osservare l'attitudine degli atti delle autorità amministrative indipendenti a conformare contenuto e struttura del contratto, e, sullo sfondo, la relazione tra autonomia privata e regolazione. Così BIANDRINO, *Tipi contrattuali e vincoli regolatori nel settore dell'energia*, in *Dialoghi sul diritto dell'energia. II. Contratti dell'energia e regolazione*, a cura di M. DE FOCATIS – A. MAESTRONI, Giappichelli, Torino, 2015, p. 61. La notevole frammentazione della attività delle Autorità indipendenti, sia per quanto riguarda la portata che gli ambiti applicativi, ha poi scoraggiato la praticabilità di soluzioni unitarie; così ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit. p. 158.

In via di estrema semplificazione è possibile guardare al fenomeno²⁰² attingendo alla tradizionale, ancorché non sempre condivisa²⁰³, bipartizione tra regole di validità e regole di condotta²⁰⁴. Da un lato infatti le prescrizioni imposte dalle Autorità possono essere agevolmente ricondotte alla categoria degli obblighi di comportamento rilevanti, in caso di violazione, come fonte di responsabilità per il risarcimento dei danni sofferti dalla controparte. Accogliendo questa impostazione deriva dunque che in nessun caso la semplice inottemperanza alle prescrizioni emanate dall’Autorità di settore sia in grado determinare un effetto invalidante sul contratto che presenti elementi difformi rispetto a quanto statuito. In senso opposto, le medesime prescrizioni, avendo come oggetto la struttura, la forma ed il contenuto del futuro atto negoziale, possono essere analizzate attraverso la lente fornita dalla categoria delle regole di validità; da ciò deriva che, ove violate, si viene a determinare un fenomeno di invalidità del contratto.

²⁰² Che si tratti dell’approccio al tema qui in esame più comune lo evidenzia anche l’alternarsi degli orientamenti della giurisprudenza in tema di limite massimo di finanziabilità nella disciplina del credito fondiario, di cui si rimanda alla breve descrizione svolta nel capitolo precedente. Condivide questo approccio anche PRUSSIANI, *op. cit.*, p. 95, benché, però, in modo implicito: l’A., infatti, mossa dalla necessità di delimitare l’ambito dell’indagine da svolgere, sceglie di riservare «particolare attenzione ai patti che vengano predisposti in modo difforme dai contenuti minimi prescritti» dalle Autorità di vigilanza, inquadrandoli all’interno della categoria dei contratti conclusi «in spregio ai requisiti oggettivi o soggettivi previsti dalle norme cc.dd. attive (o regole di validità) deliberate dalle autorità indipendenti», preferendo, invece, «non entrare nella disamina delle questioni sollevate dal primo ordine di disposizioni (cc.dd. regole di condotta)».

²⁰³ Da ultimo si veda l’opera di G. PERLINGIERI, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Esi, Napoli, 2013.

²⁰⁴ La distinzione tra regole di validità e regole di condotta trova la sua più classica esposizione nell’opera di PIETROBON, *L’errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1963, poi riedita, a distanza di quasi trent’anni con differente titolo: cfr. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1990. Per i contributi più recenti si rimanda a: CASTRONOVO, *Vaga ‘culpa in contrahendo’: invalidità responsabilità e la ricerca della ‘chance’ perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 4 ss.; D’AMICO, *‘Regole di validità’ e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 599 ss. Per un’ampia bibliografia sul tema, cfr. CICERO, *Regole di validità e di responsabilità*, in *Dig. Civ.*, Agg., Utet, Torino, 2014, p. 539 ss.

È noto infine come la distinzione tra regole di condotta e regole di validità sia stata recentemente ripresa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. Tra i vari commenti si segnalano: ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell’attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss.; COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni e un elogio ai giudici*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 244 ss.; FEDERICI, *Giudizio di validità e contratto giusto*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 417 ss.; GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 1 ss.; GOBBO, *Le sanzioni applicabili alle violazioni delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*, in *Contratti*, 2008, p. 221 ss.; MARICONDA, *L’insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 230 ss.; ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza di Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 536ss.; SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro It.*, 2008, p. 784 ss.; VETTORI, *Regole di validità e responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contratti*, 2008, p. 104 ss.

Ai fini della analisi che verrà qui svolta, si è scelto di privilegiare – sia sulla base di alcuni interventi della Corte di cassazione specifici sul tema²⁰⁵, che su alcuni indici testuali, benché non risolutivi²⁰⁶ – l’approccio interpretativo che enuclea le disposizioni normative emanate dalle Autorità indipendenti nella categoria generale delle regole di validità; con conseguente applicazione, in caso di violazione, della sanzione della nullità²⁰⁷. La questione qui affrontata

²⁰⁵ In particolar modo la giurisprudenza della Corte di Cassazione relativa alla capacità integrativa di una delibera dell’AEEGSI che verrà analizzata nel capitolo successivo.

²⁰⁶ Esemplificativa a questo proposito era la delibera dell’AEEGSI n. 78/1999, emanata in esecuzione dell’art. 6, 1° co. del d. lgs. 16 marzo 1999, n. 79, il quale demandava all’Autorità il potere di provvedere alla stesura di «*clausole negoziali e di regolamentazioni tecniche indispensabili al corretto funzionamento dell’intero sistema elettrico, da inserire nei contratti con i clienti idonei*». L’art. 1 di questa delibera individuava così le clausole negoziali, che: (i) riconoscevano alle parti la facoltà di recedere unilateralmente dal contratto, salvo preavviso non superiore a sei mesi per il cliente idoneo e ad un anno per il fornitore; (ii) prevedevano la risoluzione di diritto del contratto nel caso in cui venisse meno in capo alla parte acquirente il diritto alla qualifica di cliente idoneo; (iii) attribuivano alle parti del contratto bilaterale alcuni diritti, oneri e obbligazioni derivanti dal contratto relativo al servizio di vettoriamento dell’energia elettrica. Maggior rilievo assume tuttavia l’art. 2 della delibera cit., in base a cui i contratti di fornitura di energia elettrica dovevano contenere «*una previsione che ne consenta la modificazione di diritto mediante l’inserimento di clausole negoziali e regolamentazioni tecniche che l’Autorità per l’energia elettrica e il gas, ai sensi dell’articolo 6 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, definisca successivamente all’entrata in vigore della presente deliberazione*». Chiamata ad interpretare questa disposizione, la dottrina si è espressa in due orientamenti contrapposti: secondo alcuni autori, infatti, la mancanza dell’espressa previsione della nullità ad opera dell’art. 6 d.lgs 79/1999 esclude che ci si trovi di fronte ad un fenomeno di eteronormazione; ci si troverebbe infatti di fronte all’imposizione di un obbligo suscettibile di adempimento o inadempimento, con la conseguenza che la validità della clausola pattizia parrebbe non risentire della difformità rispetto alla clausola autoritativa incapace di prevalenza su quella privata incompatibile (così ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GIÒTTI, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 82).

Altri autori, invece, hanno sostenuto l’applicabilità dell’art. 1339 c.c.; così qualifica la clausola di rinvio prevista dalla del. 78/1999 come «*superflua*», ai fini civilistici, data l’applicabilità diretta dell’art. 1339 c.c., BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell’energia*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 58 ss., il quale sottolinea come tale clausola sia servita, nei primi anni del processo di liberalizzazione, a «*segnalare la volontà del regolatore di importare nel settore elettrico il meccanismo della sostituzione automatica*», assumendo così quasi «*la funzione di promemoria, serve cioè a ricordare alle parti il carattere fortemente instabile delle relazioni contrattuali nel settore elettrico*».

Sostiene la possibilità di applicazione dell’art. 1339 c.c. anche DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti*, cit. p. 45 ss., che fa, invece, leva su: (i) il criterio logico-sistematico della l. istitutiva n. 481/1995, in base al combinato disposto dell’art. 2, 2° co., lett. h) e 37° co., che attribuisce alle direttive dell’AEEGSI il potere di modificare o integrare il regolamento di servizio; (ii) il criterio teleologico-assiologico, per effetto del quale assume rilevanza centrale la considerazione congiunte, da un lato, della funzione assolta dall’art. 1339 c.c., e, dall’altro, della peculiare qualità e rilevanza degli interessi sottesi al potere di regolazione affidato all’Autorità; se, infatti, si ritiene che tale disposizione si ponga come «*modello di reazione all’abuso della dominanza di una parte del contratto*», ovvero operi quando il legislatore intenda non disapprovare *tout court* un patto, bensì correggere il contratto per riequilibrarlo in favore del contraente pregiudicato (richiamandosi in merito D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. p. 238; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 175 e ss.), allora la stessa disposizione si attaglierebbe perfettamente alle ipotesi in esame, alla luce del perseguimento da parte della regolazione autoritativa di obiettivi di rilevanza essenziale, quale la fruibilità del servizio, la realizzazione della concorrenza e la tutela degli interessi degli utenti, la cui effettiva garanzia postula la necessità di un’intrinseca forza integrativo-modificativa della suddetta regolazione.

²⁰⁷ Ciò appare anche in linea con la definizione tradizionale che la dottrina propone delle regole di validità, intese come quelle regole che «*attengono alla fattispecie del contratto (alla sua struttura)*», individuando

si interseca così con il tema delle “*nuove nullità*”, aprendo però una prospettiva di indagine più specifica, orientando la riflessione verso il fenomeno della conformazione del contratto²⁰⁸.

Dall’analisi sin qui svolta, dunque, è possibile ricavare una prima distinzione a seconda che la fonte primaria individui espressamente una sanzione in caso di inottemperanza al provvedimento emanato dalle Autorità indipendenti; caso emblematico, a questo proposito, è l’art. 117, co. 8 t.u.b., il quale, come visto in precedenza, commina la nullità per i contratti aventi contenuto difforme da quello disciplinato dalla Banca d’Italia. Qui, in particolare, si deve evidenziare come l’interprete debba svolgere un percorso ermeneutico di segno eguale e contrario rispetto a quello delineato dall’art. 1418, 1° co. c.c.²⁰⁹: l’impianto codicistico infatti prevede che, di fronte alla violazione della norma (e quindi del precetto testuale), l’interprete debba esaminarne il possibile carattere imperativo, da cui discende la nullità (virtuale), che risulta essere effetto normale della violazione, salvo che «*la legge non disponga diversamente*». Detto in altri termini, il modello codicistico prevede che, alla testuale individuazione della fattispecie contrattuale vietata, non faccia seguito un altrettanto testuale cominatoria della nullità di essa, la quale discende, invece, dalla qualificazione come norma imperativa della disposizione violata²¹⁰.

Diversamente, nell’ipotesi regolata dall’art. 117, co. 8 t.u.b., l’interprete si trova di fronte solamente la previsione espressa e testuale della sanzione, senza, però, alcuna indicazione del comando, dalla cui violazione discende la nullità lì comminata; egli deve dunque muoversi alla ricerca del precetto, genericamente individuato dalla norma attraverso la tecnica del rinvio ad altra determinazione, con la conseguenza che la vera fonte determinativa della nullità non è più la legge, bensì il provvedimento dell’Autorità. Si tratterebbe dunque di un’ipotesi di nullità testuale «*a fattispecie virtuale*» – contrapposta alla fattispecie testuale, a

le condizioni rispettate le quali l’atto assume carattere vincolante per le parti (così D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit. p. 43); da ciò discende l’esigenza di una rigorosa formalizzazione di queste regole, la cui funzione diretta ed immediata è quella di garantire «*la certezza sull’esistenza di fatti giuridici*» e solo mediatamente tutela la giustizia dei traffici, poiché «*anche la certezza serve a tutelare la buona fede*» (così PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, op cit., p. 118).

²⁰⁸ AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, a cura di G. GITTI, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 218.

Per un quadro delle recenti riflessioni sul tema della nullità e delle c.d. “nuove nullità” si rinvia a: D’AMICO – PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2015; AA.VV. *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di BELLAVISTA e PLAIA, Milano, Giuffrè, 2011, ed in particolare il saggio di FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, p. 329 ss.; VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell’evoluzione del sistema. I. Nullità e inesistenza*, Milano, Giuffrè, 2004, e gli altri autori citati alla nota 35.

²⁰⁹ AMADIO, op. ult. cit.

²¹⁰ AMADIO, op. ult. cit.

nullità virtuale disciplinata dall'art. 1418, 1 co. c.c. – o anche di “nullità in bianco”²¹¹, in cui il precetto, dalla cui violazione discende la dichiarazione di invalidità, non è individuato dalla stessa norma, che commina la sanzione, né testualmente (come accade nelle fattispecie di nullità testuale, ex art. 1418, 3 co. c.c.), né implicitamente, attraverso l'uso della categoria generale delle norme imperative; ma viene individuato *aliunde*, attraverso il generico rimando ai provvedimenti dell'Autorità di vigilanza.

Appurato ciò, rimane in ogni caso aperta la questione relativa all'estensione della dichiarazione di nullità; se ogni difformità – anche minima – determini la nullità dell'intero contratto, o se, invece, possa applicarsi l'istituto della nullità parziale ed il meccanismo della sostituzione automatica di clausole²¹².

Esaminata, dunque, la nullità testualmente sancita dalla fonte primaria in ordine a fattispecie determinabili *per relationem* dall'atto normativo dell'autorità, occorre ora domandarsi quale valutazione riservare all'ipotesi di semplice rinvio operato dalla legge alla regolamentazione effettuata dall'Autorità senza alcuna previsione di sanzioni²¹³. Nell'ipotesi descritta, l'orientamento dominante intravede il configurarsi di un caso di nullità del contratto ex art. 1418, 1 co. c.c.²¹⁴. Assume però carattere pregiudiziale stabilire se: (i) il provvedimento emanato dall'Autorità possa essere qualificato come atto normativo; (ii) la norma imperativa invocata dall'art. 1418, 1 comma c.c. debba necessariamente rivestire rango primario.

²¹¹ AMADIO, op. ult. cit.

²¹² Si vedano gli autori citati alla nt. 36 del precedente capitolo.

²¹³ Il riferimento qui corre all'ipotesi in cui la legge rinvii al regolamento dell'autorità indipendente per la determinazione dei contenuti minimi del contratto. Un esempio in tal senso si rinviene nell'art. 28 del d.l. 1/2012, sopra analizzato, che ha attribuito all'IVASS il potere di determinare i contenuti minimi del contratto di assicurazione connesso all'erogazione di mutui immobiliari e di credito al consumo.

²¹⁴ In questo senso ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione dei contratti*, p. 175 ss.; DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. di diritto privato*, p. 520 ss.; VITI, *Il contratto e le Autorità indipendenti*, cit. p. 110 ss.;

Si segnala tuttavia l'opinione di chi ritiene che «la nullità non è l'unico strumento possibile per contrastare la violazione di norme imperative: l'esplicita salvezza dei casi nei quali la “legge” o il “sistema” dispongano diversamente [...] denota che il contratto contrario a norme imperative non è colpito da nullità virtuale quando questa costituisce sanzione sovrabbondante rispetto all'attuazione d'interessi che possono essere salvaguardati attraverso un rimedio più congruo», così G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2010, p. 94 ss.

In senso dubitativo circa la possibilità di far ricorso ad «una disposizione di legge tanto ampia come l'art. 1418, comma 1, c.c.» si esprime RICCIUTO, *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Esi, Napoli, 2008, p. 1627, il quale si domanda se sia sufficiente la generica attribuzione di compiti di garanzia e guida del mercato verso rilevanti interessi generali a qualificare come imperativa la disciplina dei contratti posta dalle Autorità; o se, invece, sia necessario che il legislatore definisca quanto meno i principi che le singole Autorità devono rispettare nel porre regole alla cui contravvenzione consegue l'invalidità degli atti.

Quanto al primo quesito, si segnala come vi sia un acceso dibattito, all'interno della dottrina amministrativistica, circa la natura di atto normativo dei provvedimenti delle Autorità indipendenti²¹⁵, essendo incerta la collocazione dei provvedimenti delle amministrazioni indipendenti fra gli atti normativi o piuttosto fra gli atti amministrativi a contenuto generale concreto, ma non normativo o, ancora, fra gli atti normativi meramente interni (e dunque non fonti del diritto per l'ordinamento generale)²¹⁶. L'individuazione concreta della linea di demarcazione fra l'una e l'altra tipologia di atti amministrativi si presenta non semplice per una pluralità di ragioni. Innanzitutto, da un punto di vista meramente definitorio, occorre notare come difetti il principale criterio formale di identificazione delle fonti legali²¹⁷, qual è quello del *nomen iuris*, considerato come il legislatore utilizzi con estrema disinvoltura ed in senso non univoco termini quali «regolamento», «direttiva», «provvedimento», «delibera», «determinazione», «autorizzazione», ecc.²¹⁸. È dunque necessario fare ricorso a criteri di natura sostanziale; in particolare, è stato evidenziato come caratteristica principale di un atto amministrativo avente carattere normativo sia la capacità di «*innovare l'ordinamento giuridico*»²¹⁹, ovvero sia di introdurre «*modificazioni o completamenti nel sistema normativo preesistente*» attraverso l'adozione di provvedimenti che rispondano ai requisiti della generalità e dell'astrattezza: generali, perché il provvedimento deve rivolgersi ad un numero di destinatari, indeterminabili non solo *a priori* ma anche *a*

²¹⁵ Sulla problematica distinzione tra atti normativi e atti amministrativi generali, nonché sulla concreta rilevanza della stessa, atteso il diverso regime giuridico che caratterizza gli uni rispetto agli altri, la bibliografia è estesa; si vedano, recentemente, FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002; NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova, 2002; TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, 1, p. 1 ss.; ID. *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012.

²¹⁶ Non si tratta di una qualificazione di secondaria importanza, poiché solamente gli atti normativi secondari sono partecipi del novero delle fonti del diritto, godendone così del relativo *status* giuridico, quale, ad esempio, l'applicazione del principio *iura novit curia*, dei principii sulla interpretazione ex art. 12 disp. prel. cod. civ., del principio *nemo jus ignorare censetur*, e della ricorribilità in Cassazione (art. 360 cod. proc. civ. e art. 111 Cost.) per mancata o falsa applicazione. In questo senso, si veda TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, cit. p. 9 ss.

²¹⁷ Sull'utilizzo di criteri formali e sostanziali ai fini dell'individuazione delle fonti normative, cfr. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1998, p. 124 ss.; ID. *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 39 ss.

²¹⁸ Non a caso, è stato notato come «*delle 50 norme che attribuiscono alla Banca d'Italia il potere di emanare provvedimenti a contenuto generale, nessuna parla di «regolamenti», e soltanto quattro di «istruzioni»: tutte le altre usano una terminologia varia*», così MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in *Osservatorio sulle fonti*, a cura di CARETTI, Torino, 1996, p. 243.

²¹⁹ SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro It.*, 1954, IV, p. 217 ss. (lo stesso scritto è riprodotto in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, Cedam, 1957, p. 449 ss.).

*posteriori*²²⁰; astratti, perché il provvedimento deve essere idoneo a regolare una serie indefinita di fattispecie. Solamente la presenza di entrambi i requisiti – la forza innovativa e la capacità normativa – determina l’acquisizione, in capo al provvedimento dell’Autorità, del rango di fonte di produzione (secondaria) del diritto.

Quanto, invece, al secondo dei quesiti prospettati, la dottrina maggioritaria ritiene che una norma imperativa possa essere integrata anche da un provvedimento di rango secondario, purché, però, questo trovi titolo e legittimazione in una previsione di legge²²¹. L’imperatività della norma, infatti, non può dipendere né risentire della collocazione gerarchica della fonte che la pone, ben potendo essere individuata non solo nelle norme cogenti poste dalla legge ordinaria, bensì anche da fonti ad essa sovraordinate, subordinate o equiparate²²². Il carattere dell’imperatività, dunque, in nessun caso potrebbe essere un attributo *ex se* dell’atto dell’Autorità garante, né quest’ultima potrebbe autonomamente conferire carattere imperativi ai propri provvedimenti²²³, ma deve apprenderlo da una fonte sovraordinata. Si prospetta, così, che anche i provvedimenti di rango secondario possano

²²⁰ In questo senso si è espressa la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha qualificato come atto normativo «*quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell’astrattezza)*», mentre l’atto amministrativo generale «*ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti*», così Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 9, in *Giur. cost.*, 2012, 3, p. 2409 ss., con nota di PUGIOTTO.

²²¹ Così VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 114 ss., secondo cui ciò che risulta precluso alla potestà dell’amministrazione è di incidere sull’autonomia privata con un atto di normazione «*indipendente*»; non quando «*le norme di origine amministrativa [...] vengono delegate dalla legge ordinaria a regolamentare*» quella medesima autonomia. In questo senso, con specifico riferimento ai provvedimenti delle Autorità, cfr. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, p. 180 ss.

²²² DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008, p. 429. La tesi che esclude che un provvedimento avente rango secondario possa essere qualificato come norma imperativa si ritrova in DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 524 ss.; GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, in *Diritto civile e commerciale*, a cura di GALGANO, Cedam, Padova, 1990, p. 261 ss.; ID. *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1991, p. 234, e ivi alla nota 6; ID. *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Comm. Scialoja-Brancati*, artt. 1418 – 1446, Bologna-Roma, 1998.

²²³ Analogamente, la dottrina esclude che lo stesso provvedimento amministrativo, oltre a dettare il precetto, possa comminare, per il caso di violazione, la sanzione della nullità. Cfr. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, p. 522; VIII, *Il contratto e le Autorità indipendenti*, p. 119; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, p. 111 e ss., spec. nota 101, individua come ipotesi rientrante in questo ambito la norma contenuta all’art. 12 del regolamento emanato dalla Consob con delibera 10 luglio 1985, n. 1739 («*Approvazione del regolamento concernente le sollecitazioni del pubblico risparmio effettuate mediante attività, anche di carattere promozionale, svolte in luogo diverso da quello adibito a sede legale o amministrativa principale dell’emittente, del proponente l’investimento o del soggetto che procede al collocamento*»), in tema di sollecitazioni del pubblico risparmio a mezzo di collocazione di titoli “porta a porta”, il quale stabiliva la sanzione, rispettivamente, della nullità e dell’inefficacia per i contratti conclusi e le proposte formulate in violazione del regolamento.

integrare quelle «*norme imperative*», la cui violazione porta alla nullità del contratto ex art. 1418 c.c..

Una volta accolta la tesi dell'applicabilità della nullità del contratto – che sia testuale o virtuale, per violazione di norme imperative – rimangono tuttavia ulteriori problemi aperti; tra questi, quello decisivo attiene, senza dubbio, alle conseguenze post-invalidazione: in una parola all'ammissibilità e alle tecniche di sostituzione del regolamento contrattuale²²⁴. Nelle ipotesi in cui, infatti, l'Autorità provveda, con disposizioni di carattere cogente, alla determinazione dei contenuti minimi del contratto, la nullità *tout court* pare essere destinata a rimanere un'ipotesi residuale: viene infatti in gioco la disciplina dettata dagli artt. 1339 e 1419, 2 co. c.c., la quale prevede che la caducazione di una o più clausole non si esaurisca in sé stessa, ma vada di pari passo con il meccanismo integrativo-sostitutivo, che assicuri così la conservazione del contratto, favorendo un adeguamento di diritto del contenuto negoziale alle prescrizioni deliberate dalle autorità di settore.

La possibilità di fare applicazione dell'art. 1339 c.c. non è però da tutti condivisa in dottrina, anche in considerazione delle difficoltà interpretative di ricondurre l'attività di regolazione delle Autorità di vigilanza all'interno della fattispecie ivi disciplinata. In particolare, secondo una parte della dottrina, la determinazione autoritativa del contenuto negoziale farebbe sorgere in capo alle parti un obbligo di convenire una o più clausole secondo il contenuto previsto dall'Autorità indipendente, obbligo la cui inottemperanza si risolverebbe in un mero inadempimento, non in grado di intaccare la validità e l'integrità del regolamento contrattuale²²⁵.

Il meccanismo di sostituzione, infine, può operare solamente su dimensioni limitate e ristrette del contratto, trattandosi solitamente di sostituzione di *parti* o di *clausole*. Diversa è invece l'ipotesi in cui la difformità riguardi porzioni più estese del contratto: se alcuni hanno

²²⁴ AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, p. 231 ss.

²²⁵ In questo senso ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, p. 82 ss., il quale argomenta sul dato letterale fornito dagli artt. 1 e della delibera dell'AEEGSI n. 78/1999 cit., che prevede che i contratti stipulati dai fornitori di energia elettrica con i clienti idonei «*dovranno contenere determinate clausole negoziali*», e 2, secondo cui i contratti così disciplinati «*dovranno contenere una previsione che ne consenta la modificazione di diritto mediante l'inserimento di clausole negoziali e regolamentazioni tecniche*» emanate anche successivamente dall'AEEGSI. Sulla base di questa formulazione, l'a. deduce che non si tratta di un fenomeno di eteronormazione, ma solamente dell'imposizione in capo alle parti contraenti di un obbligo di «*convenire la clausola, secondo il contenuto determinato dall'autorità*»; obbligo quindi suscettibile di inadempimento, ma che in nessun caso sarebbe in grado di influenzare la validità della clausola pattizia. L'a. riconosce in ogni caso che il legislatore ordinario ben avrebbe potuto comminare espressamente la nullità delle clausole difformi; ma in mancanza di una espressa previsione, tale ipotetica ed eccezionale causa di nullità parziale non si traduce in norma applicabile; ed il contratto difforme finisce per conservarsi valido.

parlato di una sorta di «sostituzione del tipo»²²⁶, la soluzione non potrebbe che essere quella della nullità che investa l'intero negozio, salva l'eventuale possibilità di applicare l'istituto della conversione.

Tanto premesso, l'analisi qui condotta si concentrerà sull'esame del contenuto precettivo dell'art. 1339 c.c. al fine di individuarne gli specifici presupposti applicativi. Può certamente apparire singolare attribuire una rilevanza centrale all'art. 1339 c.c., tradizionalmente considerato come la norma chiave delle politiche di programmazione economica messe in atto durante gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso; è altresì innegabile che questa abbia vissuto una "rinascita" anche grazie all'attività di regolazione del mercato operata dalle Autorità indipendenti²²⁷. È stato così affermato che, nell'epoca dello stato regolatore, l'art. 1339 c.c. abbia perso il ruolo svolto in precedenza di strumento di controllo e compressione dell'autonomia privata; assumendo invece la funzione di promozione delle condizioni necessarie per lo sviluppo della concorrenza²²⁸.

2. La genesi storica dell'art. 1339 c.c.

Nei rapporti tra contratto e integrazione *ab externo* un ruolo fondamentale viene assunto dall'art. 1339 c.c.: tale disposizione, infatti, nello stabilire che «*le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti*» rappresenta lo strumento che per eccellenza è stato considerato – e dalla dottrina e dalla giurisprudenza – la chiave di accesso per la modificazione del contenuto del contratto.

²²⁶ AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, p. 231 ss., soprattutto con riferimento al potere di cui all'art. 117, co. 8 t.u.b. Lo strumento della sostituzione legale del tipo non parrebbe tuttavia utilizzabile in assenza di una testuale autorizzazione legislativa. Esempi di questo tipo sono stati individuati nell'art. 1, 5 co., della l. 23 ottobre 1960, n. 1369 («*Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi*»), secondo cui «*i prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni*», e nell'art. 13 della l. 15 settembre 1964, n. 756 («*Norme in materia di contratti agrari*»), in base al quale veniva stabilito, oltre al divieto di concludere contratti agrari di concessione di fondi rustici che non appartengano ad alcuno dei tipi di contratti regolati dalle leggi in vigore, l'applicabilità delle norme ivi previste anche ai contratti agrari non appartenenti ai tipi suddetti.

²²⁷ La dottrina civilistica infatti non si è occupata con frequenza del tema della sostituzione automatica di clausole. La lettura specifica sull'art. 1339 c.c. infatti non risulta essere particolarmente ampia: a quanto consta, infatti, vi sono solamente i tre contributi monografici di CASELLA (*Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, Giuffrè, 1974), RODOTÀ (*Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè,) e SARACINI (*Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, Giuffrè, 1971) i quali – non a caso – si collocano nel medesimo arco temporale, a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso. Recentemente, però, si veda SACCO, *Sostituzione delle clausole contrattuali*, in *Dig. Civ.*, 2012, p. 996 ss.

²²⁸ In questo senso BELLANTUONO, *op. cit.*, p. 59.

L'art. 1339 c.c. costituisce inoltre un *unicum* nel panorama del diritto privato europeo, non esistendo – almeno con riferimento alla disciplina generale del contratto²²⁹ – alcuna norma di analogo tenore negli altri ordinamenti europei. Essa rappresenta molto bene quello «spirito eclettico» che caratterizza il codice civile del '42, «che non ha sposato alcun dogma ma ha cercato di contemperare [...] la tutela della libertà individuale e quella dell'interesse sociale»²³⁰.

Poco si sa dell'origine storica di tale disposizione²³¹: essa non trova alcun antecedente storico nel codice civile del 1865 né compare nei primi progetti del libro delle obbligazioni. Il primo riferimento si trova infatti all'art. 174 della seconda edizione del Progetto del libro quarto, che disponeva che «le norme collettive che impongono determinate clausole o pattuizioni sono di diritto inserite nel contratto, anche in sostituzione delle clausole eventualmente difformi apposte dalle parti». Questa previsione fu successivamente oggetto di ampie modifiche, come risulta dall'art. 171 – rubricato *Efficacia delle norme corporative* – del libro quarto del codice civile approvato con R.D. del 30 gennaio 1941 n. 16, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 5 febbraio 1941²³², in base

²²⁹ La sostituzione di clausole contrattuali era infatti è un fenomeno noto sia nell'ordinamento tedesco che in quello francese, ove, tuttavia, risultava limitato alle leggi calmieratrici oppure a norme contenute in leggi aventi finalità lato senso protettive (così la disciplina del contratto di lavoro). Sul punto si rimanda a SARACINI, *Nullità e sostituzione*, p. 107, n. 1 e ivi per ulteriori riferimenti.

²³⁰ Così affermato da ASQUINI, come riportato da MAUGERI, *L'autonomia privata nel pensiero di Luigi Cariota Ferrara (Pomigliano d'Arco 1908 – Napoli 1994)*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, I, p. 373. Lo stesso Cariota Ferrara ricorda, nella sua prolusione al corso di Istituzioni di diritto privato, letta all'Università di Napoli il 15 gennaio 1949, dal titolo “*L'obbligo di trasferire*”, raccolta in *Le prolusioni dei civilisti*, III, Napoli, Esi, 2012, p. 2521 ss., come l'eclettismo che pare caratterizzare il neonato codice civile sia frutto del demerito (o merito?) del legislatore.

²³¹ Ricorda FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 340 – 341, nt. 362 che «la sua inserzione [i.e. l'art. 1339 c.c. n.d.a.] nel codice civile avvenne nell'ultima fase dei lavori di riforma, e rappresentò più una cristallizzazione di un certo indirizzo politico (soprattutto ricollegabile alla legge sul blocco dei prezzi del 1940), che una vera e propria esigenza dogmatica. Tanto che nessun cenno alla portata costruttiva di questo articolo e alla sua relazione con gli altri principi del contratto viene fatto nella Relazione al codice civile». In questo senso anche MESSINEO, *Contratto* [voce], in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 942.

Lo studio della genesi storica dell'art. 1339 c.c. è complicata anche dalla lacunosità e frammentarietà dei lavori preparatori al codice civile; come ricorda VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1960, p. 612, nt. 1, infatti, «una compiuta e ordinata documentazione manca, né sarà agevole ricostruirla, molte determinazioni essendo state prese dal Ministro della giustizia nelle conferenze con i principali collaboratori». Ancora più decisa l'opinione di FERRI, in *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del Libro delle obbligazioni*, Padova, Cedam, 1990, p. 1 ss., secondo il quale, «a quasi cinquanta anni dall'entrata in vigore del codice civile, la documentazione dei complessi e lunghi lavori svolti dai Sottocomitati che attesero alla riforma dei codici precedenti, resta ancora, in gran parte sconosciuta» nonché “andata forse irrimediabilmente perduta” in occasione del trasferimento, dopo il 1943, del Ministro di Grazie e Giustizia nel territorio della Repubblica di Salò.

Per una ricognizione generale, si veda ora *I lavori preparatori dei codici italiani. Una bibliografia*, predisposta nel 2013 dalla Biblioteca centrale giuridica del Ministero della Giustizia, reperibile al seguente link: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_22_4_1.page.

²³² Sulla singolare retrodatazione della data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, potendo il libro quarto essere ultimato solo nel luglio dello stesso anno, si veda FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli*, p. 20 ss.

al quale «*le clausole o pattuizioni, le tariffe di servizi o i prezzi di beni imposti dalla legge o da norme corporative sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti*».

Come è evidenziato nello schema qui sotto riportato, le diverse formulazioni letterali, che l'art. 1339 ha ricevuto nel corso del susseguirsi dei diversi progetti del futuro libro delle obbligazioni, hanno comportato effetti di non scarso rilievo.

ART. 174	ART. 171	ART. 1339
<p><i>Le norme collettive che impongono determinate clausole o pattuizioni sono di diritto inserite nel contratto, anche in sostituzione delle clausole eventualmente difformi apposte dalle parti.</i></p>	<p><i>Le clausole o pattuizioni, le tariffe di servizi o i prezzi di beni imposti dalla legge o da norme corporative sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti.</i></p>	<p><i>Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti.</i></p>

Innanzitutto l'ambito di applicazione dell'attuale art. 1339 c.c. risulta essere più vasto rispetto alla prima formulazione dell'art. 174, che autorizzava il meccanismo di sostituzione automatica solo nel caso di *norme collettive* che imponessero determinate clausole o pattuizioni²³³; scompare quindi il riferimento alle *pattuizioni imposte*²³⁴ e compare invece il riferimento prima alle *tariffe*, e infine ai soli *prezzi* di beni o servizi²³⁵.

Infine con il R.D. 16 marzo 1942, n. 262 («*Approvazione del testo del Codice civile*»), l'art. 1339 c.c. diventa parte integrante dell'attuale disciplina del diritto dei contratti; non di meno

²³³ Come già rilevato da FERRI, *Causa e tipo*, p. 333, nt. 354, tale disposizione si sarebbe dovuta applicare ai soli rapporti di lavoro e a quelli regolati da accordi economici collettivi (contratti di agenzia). Ciò deriva anche dalla circostanza per cui l'antecedente storico dell'art. 174 è rappresentato dall'art. 54 del R.D. 1 luglio 1926, n. 1130, contenente norme di attuazione della legge 3 aprile 1926, n.563 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro, il quale stabiliva che «*le clausole difformi dei contratti di lavoro individuali, preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo il caso che siano più favorevoli ai lavoratori*».

Il riferimento alle norme collettive non era tuttavia scomparso, rimanendo compreso nell'art. 5 delle disposizioni preliminari al codice civile in base al quale «*sono norme corporative le ordinanze corporative, gli accordi economici collettivi, i contratti collettivi di lavoro e le sentenze della magistratura del lavoro nelle controversie collettive*». In questo senso si veda anche MAUGERI, *Sub art. 1339*, in *Commentario del codice civile*, Utet, 2011, p. 509.

²³⁴ Lo stesso VASSALLI, nelle sue annotazioni al Progetto del Libro quarto del codice civile dell'aprile del 1941, riportate in FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del Libro delle obbligazioni*, p. 181, si chiedeva per l'appunto se esistessero *pattuizioni imposte da norme collettive*.

²³⁵ È plausibile ritenere che l'inserimento del riferimento alla sostituzione automatica dei prezzi di beni o di servizi sia dipeso da un orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi a partire dalla pronuncia della Corte di Cassazione, 19 maggio 1941, n. 1497, in *Foro It.*, 1942, I, p. 208, in base al quale l'inosservanza dei prezzi massimi di calmiera «*non importa nullità dell'intero contratto, ma unicamente la invalidità del patto che fissa il prezzo in misura superiore a quella consentita*». Per ulteriori riferimenti, cfr. MAUGERI, *Sub art. 1339*, p. 509.

l'inserimento di tale norma fu aspramente criticata dalla dottrina del tempo²³⁶. Tali critiche tuttavia non si concentrarono sulla previsione del meccanismo sostitutivo di per sé – già presente nel nostro ordinamento in alcune leggi speciali²³⁷ – bensì sull'inserimento di tale meccanismo all'interno del codice civile, che, nelle previsioni del legislatore, doveva rappresentare la *summa* dei principi fondamentali del diritto privato. Così, del «famigerato» art. 1339 c.c., si è parlato come di « *beffa dell'autonomia privata* »²³⁸, di norma che « *fa violenza alla volontà delle parti* », auspicandone l'abrogazione « *in tronco, pura e semplice* »²³⁹; o ancora di norma che « *stupisce non poco* », posto che ammettere che il legislatore possa ritenersi « *autorizzato anche ad ordinare quale debba essere il contenuto dell'atto, e per colmo ad obbligare le parti a tenere fermo il vincolo sorto altrimenti, finisce per dire alcunché di molto più grave e di molto più oneroso, e cioè: voi dovete contrattare così come io ho stabilito per fini miei, in difetto di che non potete nemmeno d'accordo liberarvi dal vincolo che vi stringe ma dovete eseguirne lo stesso gli obblighi, non come voi li avete voluti ma come io a mio talento ho determinato. In tale maniera l'obbligazione, da consensuale che dovrebbe essere giusta il mezzo tecnico scelto dalle parti per farla sorgere, diventa legale ad arbitrio del legislatore* »²⁴⁰; e ancora l'art. 1339 c.c. viene qualificato come « *una profonda deroga, forse la più grave, al principio dell'autonomia contrattuale, [...] in quanto le parti vengono ad essere limitate sia nella libertà di «determinare il contenuto del contratto», sia nella stessa libertà contrattuale, non potendo sottrarsi ad un vincolo che viene ad avere un contenuto diverso da quello che esse hanno determinato, ed anzi trovandosi impegnate da un regolamento dei loro interessi, diverso da quello che esse avevano autodeterminato* »²⁴¹. L'art. 1339 c.c. viene infine additato per essere l'artefice dell'annullamento « *la dimensione dell'autonomia contrattuale* », determinando, assieme al secondo comma dell'art. 1419 c.c., un'operazione di ortopedia contrattuale idonea a « *cancellare, in chiave dirigistica, gli originari caratteri del contratto* »²⁴².

²³⁶ ZICCARDI, in *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II; 1969, p. 141 – 142 sottolinea con stupore – e non condividendolo – il « *tono violentemente polemico assunto nei confronti della c.d. ratio della disposizione stessa, ispiratore piuttosto monocorde né poco pericolo di questi scritti* ».

²³⁷ Un elenco di queste disposizioni si può trovare in CASELLA, *Nullità parziale*, p. 115 ss.

²³⁸ DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 426, il quale afferma che è possibile « *concepire che norme del genere (sostitutive) trovino cittadinanza in leggi speciali e in particolare nelle leggi dirette a regolare il consumo e la circolazione di merci e servizi in eccezionali contingenze della vita economica o sociale della nazione [...]; ma nel codice civile, che non è destinato a contenere – per lo meno nella sua parte generale – eccezionali deviazioni dai principi per particolari contingenze, ma proprio i principi di carattere generale, consacrare come principi le deviazioni è un aberrare che legittima le critiche che gli si muovono* ».

²³⁹ RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 530 – 531.

²⁴⁰ STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947, p. XXIII (e ID., *Il negozio giuridico è atto di volontà*, in *Giur. It.*, 1948, IV, p. 41).

²⁴¹ MIRABELLI, *Sub art. 1339*, in *Commentario del Codice civile. Dei contratti in generale*, Utet, Torino, 1958, p. 87.

²⁴² FERRI, *Il codice civile italiano del 1942*, in *Europa e diritto privato*, 2012, II, p. 386 – 387.

Il timore avvertito e denunciato da parte della dottrina era che l'art. 1339 c.c. potesse affermarsi come principio di sistema antitetico rispetto a quello contenuto nell'art. 1372 c.c.²⁴³; una norma che desse dunque prevalenza al momento dell'autorità rispetto a quello della volontà espressa dalle parti contraenti²⁴⁴, con la conseguenza, in caso di applicazione generale e non limitata a casi eccezionali, di vanificare la portata del principio di autonomia contrattuale.

3. L'inquadramento dell'art. 1339 c.c. tra degradazione del contratto a mera realtà di fatto o conservazione della sua natura negoziale. Le differenti ricostruzioni sistematiche avanzate.

L'inserimento dell'art. 1339 c.c. ha portato dunque con sé vari problemi, non solo di ordine esegetico, ma anche – e soprattutto – di ordine sistematico. Una delle questioni più sentite dalla dottrina è stata infatti la riconduzione a sistema della disposizione in esame, la quale, anche per il suo carattere di novità rispetto al sistema previgente, ha costituito un complesso banco di prova per la sua ricostruzione dogmatica, in grado di toccare molte delle questioni centrali del diritto dei contratti, influenzando in particolare il dibattito circa l'estensione della categoria del negozio giuridico, e, più recentemente, sulla distinzione tra contenuto ed effetti del contratto.

Lo stesso A. si esprime però diversamente in *Causa e tipo*, p. 334 ss., secondo il quale l'art. 1339 c.c., lungi dall'essere una disposizione che nega l'autonomia privata delle parti contraenti, rappresenta uno strumento che «in un certo senso vuol riaffermare la validità» posto che tende ad assicurare l'equilibrio tra le posizioni giuridiche assunte dalle parti. Si tratta tuttavia, come si vedrà nel proseguo, di un contrasto solo apparente ove si consideri che, secondo l'A., l'operazione di ortopedia contrattuale messa in atto dall'art. 1339 c.c. è sì idonea a sanare gli squilibri determinati dalle differenti posizioni di forza contrattuale delle parti, ma determina anche un fenomeno di “degradazione” del contratto a mero atto giuridico in senso stretto. Più equanime, ma pur sempre critico, invece MESSINEO, *Contratto [voce]*, p. 943, il quale osserva come «la difesa, che di tale norma è stata tentata, in ossequio a una concezione puramente autoritaria della funzione del contratto, è stata efficacemente confutata di recente».

²⁴³ In questo senso, si vedano le parole di STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, p. XXVI, secondo cui «sorge allora spontaneo chiedersi: quale, tra i due, è il principio generale del diritto vigente? Se il diritto è un sistema, qual è il centro del nostro diritto? Per essere franchi, anche se non molto esatti: l'art. 1372 pr. o invece l'art. 1339?», quesito a cui l'A. rispondeva: «la risposta non è dubbia per chi ritenga – ed io sono fra costoro – che il diritto civile si fonda sulla volontà dei singoli».

²⁴⁴ Cfr. CRISCUOLI, *Nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 224 ss., secondo cui «posto che [...] il principio fondamentale su cui si basa tutto il nostro ordinamento giuridico è quello della libertà e della volontà, quale sua manifestazione (libertas est radix voluntatis), il principio opposto fissato dall'art. 1339 e ribadito dall'art. 1419, capoverso, c.c. non può che essere speciale ed eccezionale, nel senso che l'ordinamento giuridico deve, come suo scopo naturale, proteggere la libera determinazione dei contraenti e solo in casi particolari ed eccezionali può permettersi delle sostituzioni, imponendo che il regolamento di interessi ne risulti modificato in vita anche contro un palese intento delle parti».

Dal primo punto di vista, infatti, la dottrina si è posta l'interrogativo se la fattispecie disciplinata dall'art. 1339 c.c. rientrasse all'interno dei confini della nozione tradizionale di negozio giuridico, inteso come atto in cui la produzione degli effetti giuridici si ricollega direttamente ad una libera e discrezionale scelta della volontà²⁴⁵, o se invece dovesse essere qualificata come mero atto giuridico (in senso stretto)²⁴⁶.

Una parte della dottrina, al fine di mantenere inalterata la nozione di negozio giuridico, ha così sostenuto che, operante l'art. 1339 c.c., il contratto "degrada" a mera realtà materiale, a cui la legge riconduce il prodursi di determinati effetti, perdendo così la propria natura negoziale²⁴⁷.

Analogamente, per cercare di ovviare alle complesse problematiche che erano sorte nel tentativo di mantenere inalterata la nozione di negozio giuridico, è stato proposto di qualificare il contratto che avesse subito la sostituzione di clausole contrattuali all'interno di una terza categoria, intermedia tra l'atto giuridico in senso stretto ed il negozio giuridico, che ricomprendesse tutti i comportamenti privati che, a differenza dell'atto in senso stretto, esigono una regolamentazione dei modi di realizzazione dell'interesse perseguito, ma che, tuttavia, a differenza del negozio giuridico, non sono rilevanti ai fini della configurazione della disciplina²⁴⁸. Secondo questa impostazione, dunque, l'atto dei privati è assunto come il mero presupposto materiale ai fini dell'applicabilità della disciplina stabilita in via legislativa.

²⁴⁵ FERRI, *Causa e tipo*, p. 15. Così il SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (tr. it. di V. SCIALOJA), III, Utet, Torino, 1891, qualifica il negozio giuridico come «*quei fatti giuridici, che non solo sono atti liberi, ma tali che al tempo stesso la volontà dell'agente è diretta immediatamente alla costituzione o allo scioglimento di un rapporto giuridico*» (§114), specificando ancora come «*il fondamento di ogni dichiarazione di volontà è l'esistenza del volere*» (§130). In senso analogo anche WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (tr. it. di FADDA e BENSÀ), Torino, 1925, I, pp. 202-203, secondo cui «*il negozio giuridico è una dichiarazione privata di volontà, che mira a produrre un effetto giuridico; si dichiara di volere che abbia luogo un effetto giuridico, e l'ordine giuridico fa che questo effetto giuridico abbia luogo per ciò che esso è voluto dall'autore*».

²⁴⁶ La bibliografia relativa al negozio giuridico è notoriamente vasta; essenziali, tuttavia, sono i contributi di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, t. 2, II ed., Torino, 1950; ID. *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948 (ora anche in *Rist. della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Vol. 47, Esi, Napoli, 2011); SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2° ed., Napoli, 1969, (ed ora rist. Jovene, Napoli, 2008); STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, op. cit. Si vedano inoltre anche FERRI, *Negozio giuridico*, in *Dig. civ.*, XII, Torino, Utet, 1995; GALGANO, *Negozio giuridico, Diritto privato: a) Premesse problematiche e dottrine generali*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977; MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978; SACCO, *Negozio giuridico*, in *Dig. civ., Agg.*, I, Torino, Utet, 2014; SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico. Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.

²⁴⁷ In questo senso FERRI, *Causa e tipo*, p. 338; ID. *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 271 ss. e spec. 284 ss. Si vedano anche le caustiche osservazioni di STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, p. XXIII.

²⁴⁸ BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 294.

Queste classificazioni, benché dense di significato dal punto di vista dogmatico, appaiono oggi aver perso parte della loro utilità; esse infatti sono state formulate in un contesto storico caratterizzato da un acceso dibattito tra i sostenitori della necessità di mantenere la categoria del negozio giuridico²⁴⁹ e chi, di contro, la riteneva ormai superata²⁵⁰. Oggi, dunque, non appare più possibile sostenere che il contratto, che abbia subito l'inserzione o la sostituzione di clausole per effetto dell'art. 1339 c.c., perda la propria componente negoziale, venendo degradato a mero atto materiale a cui l'ordinamento ricollega il sorgere in capo alle parti di obbligazioni determinate²⁵¹; soprattutto nella prima delle fattispecie regolate dall'art. 1339 – quella dell'inserzione di clausole in assenza di un'espressa volontà delle parti a disciplinare il punto – difficilmente si può affermare che l'accordo raggiunto non abbia la dignità di assurgere alla qualificazione di contratto; pena in senso contrario dover affermare che ogni fenomeno di integrazione contrattuale sia idonea a determinare una degradazione dell'accordo negoziale a mero fatto giuridico²⁵².

4. La riconduzione a sistema dell'art. 1339 c.c.: il dibattito circa la qualificazione della norma come ipotesi speciale di nullità, o come ulteriore applicazione dell'art. 1374 c.c.

Appurato come il contratto completato o riordinato mediante inserzioni e sostituzioni coattive costituisce pur sempre un contratto così come qualificato dall'art. 1321 c.c., non avendo natura diversa dall'accordo autonomo; con l'effetto – quasi rassicurante – che ad esso sono applicabili tutte le norme sulla conclusione, sulla forma, sulla risoluzione e, così via, dei

²⁴⁹ *In primis* FERRI, *op. ult. cit.*

²⁵⁰ GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, 2 ed., Milano, Giuffrè, 2002.

²⁵¹ La tesi era già stata ampiamente criticata in passato poiché tradiva un atteggiamento di opposizione e di critica dell'intervento legislativo, così R. SCOGNAMIGLIO, *Sub art. 1339*, in *Commentario del codice civile. Dei contratti in generale*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna – Roma, Zanichelli ed. – Soc. ed. del Foro Italiano, 1970, p. 227. In questo senso si esprime anche SACCO, *Sostituzione delle clausole contrattuali*, p. 999.

²⁵² In questo senso argomenta RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, p. 56 ss., il quale evidenzia la gravità delle conseguenze tecniche che si determinerebbero in capo alle parti ove si accettasse la tesi della «qualificazione legale degli obblighi discendenti a carico dei privati», in particolare nell'impossibilità di fare ricorso al rimedio della risoluzione del contratto per inadempimento, poiché «l'imposizione legale degli obblighi farebbe venir meno la struttura dell'atto prevista dall'art. 1453».

Contesta questa argomentazione FERRI, *Causa e tipo*, p. 340 ss., affermando che la corrispettività delle prestazioni, su cui si fonda la risoluzione per inadempimento, riguarda gli effetti e non anche la fonte da cui questi effetti dipendono, con la conseguenza che l'assetto reciproco degli interessi non muta se trova la sua fonte immediata nella legge, anziché nel contratto. In questo senso si esprime anche BARCELLONA, *Intervento statale*, p. 277 ss.

contratti²⁵³, il dibattito si è quindi concentrato circa la riconduzione a sistema dell'art. 1339 c.c.

Secondo una prima tesi, questa disposizione rappresenta una manifestazione specifica dei limiti che l'art. 1322 c.c. pone all'autonomia privata, ove espressamente sono richiamati i limiti posti dalla legge²⁵⁴; la fattispecie ivi disciplinata risulterebbe pertanto riconducibile all'istituto dell'integrazione del contratto, così come disciplinato dall'art. 1374 c.c., dato che individua quelle ulteriori conseguenze a cui le parti sono obbligate per aver concluso il contratto.

Nell'ambito del generico e comune ricorso allo schema dell'integrazione, sussistono, tuttavia, divergenze di opinione nella determinazione delle specifiche modalità operative non solo dello strumento generale dell'integrazione, ma anche della fattispecie in esame. Così, secondo una parte della dottrina, la fattispecie di cui all'art. 1339 c.c. opererebbe a livello di formazione dell'accordo negoziale²⁵⁵, evidenziandosi così un concorso di fonti – aventi natura sia volontaria che legislativa²⁵⁶ – diretto a determinare il contenuto del contratto²⁵⁷. La fonte privata, in questo senso, rappresenta “*il motore del contratto*”²⁵⁸, nel senso che la sua mancanza, da un lato, impedisce una valida conclusione del contratto, dall'altro preclude la

²⁵³ SACCO, *Il contratto* (2016), p. 1520. In senso conforme, CASELLA, *Nullità parziale*, p. 165 ss..

In giurisprudenza si segnala la pronuncia del Tribunale di Lucca, 29 aprile 1991, in *Giustizia civ.*, 1992, I, p. 232 ss., in tema di applicazione del termine di prescrizione ex art. 2951 c.c. al contratto di trasporto, che aveva subito la sostituzione automatica dei prezzi concordati dalle parti con quelli fissati d'imperio, secondo cui, nonostante la sostituzione automatica ex art. 1339 c.c., «*il regolamento non cessa di “contrattuale” in quanto la sostituzione di diritto non fa venir meno la rilevanza delle determinazioni delle parti contraenti nella costruzione del regolamento contrattuale e solo comportano una “funzionalizzazione” di quest'ultimo per la contemporanea realizzazione di interesse di natura sociale*». In senso analogo, Trib. Milano, 13 novembre 1995, in *Giur. di merito*, 1997, I, p. 321 ss.

²⁵⁴ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, p. 34, secondo cui il rinvio che l'art. 1322 c.c. fa ai limiti imposti dalla legge deve essere inteso non solo in senso negativo, come «*compressione esterna dei poteri attribuiti alle parti*», ma anche in senso positivo, come possibilità di concretizzazione in «*modifiche interne*» alla vicenda contrattuale.

²⁵⁵ Secondo ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit. l'art. 1339 configura esattamente un'ipotesi di integrazione attinente al contenuto del contratto.

²⁵⁶ Si intende qui usare il termine “legislative” in senso improprio, non limitato alle sole leggi formali emanate dal Parlamento.

²⁵⁷ In questo senso, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, p. 53 ss. Seguono la medesima prospettiva del concorso di fonti concorrenti ad un unico risultato GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, p. 759 ss.; LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 730; PAVONE LA ROSA, *Autonomia privata e formazione eteronoma del regolamento contrattuale*, in *Riv. notariato*, 1970, p. 226. Pone il regolamento negoziale in una posizione intermedia tra il testo, concordato e voluto dalle parti, e gli effetti anche SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1964, p. 1360 ss. Qualche spunto si ritrova anche in SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, p. 10 (l'A. parla dell'autonomia privata e della legge come due possibili fonti di disciplina dei privati interessi).

²⁵⁸ Espressione di RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, p. 87.

possibilità di parlare di contratto in senso tecnico. Questa impostazione trova un ulteriore fondamento ove si consideri la collocazione sistematica dell'art. 1339, il quale è stato inserito all'interno della Sezione I del libro IV, dedicata all'accordo delle parti²⁵⁹.

Altra parte della dottrina, di converso, ricollega il fenomeno in esame all'integrazione degli effetti prodotti dal contratto²⁶⁰, integrazione che ben può essere operata dall'ordinamento a cui è, in generale, riservata la determinazione degli effetti giuridici derivanti dal negozio²⁶¹.

Non è tuttavia questa la sede opportuna per procedere ad un esame critico puntuale delle singole tesi avanzate, soprattutto ove si consideri come la distinzione tra contenuto dell'accordo ed effetti del contratto non sia accolta pacificamente in dottrina²⁶². Ci si limita tuttavia a sottolineare come le varie tesi avanzate trovavano la loro ragion d'essere all'interno del dibattito sulla concezione e sui risvolti applicativi della teoria del negozio giuridico²⁶³, che aveva polarizzato gli studi della dottrina italiana degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso. Così, i sostenitori della teoria della volontà vedevano negli artt. 1339 e 1374 c.c. limiti c.d. esterni allo libero svolgimento dell'autonomia privata, qualificando il momento di integrazione *lato sensu* inteso come successivo rispetto a quello della volontà, concretizzatasi nell'accordo contrattuale: in questo senso, il contratto viene concepito non solo come

²⁵⁹ Non si tratta tuttavia di un'argomentazione dirimente, soprattutto ove si consideri come la stessa norma contenuta all'art. 1340 c.c. viene pacificamente ricondotta al fenomeno della integrazione del contratto.

²⁶⁰ BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 449, secondo cui l'integrazione inderogabile in cui si concretizza l'art. 1339 c.c. deve intendersi con riguardo al rapporto, e non all'accordo, posto che la modifica *ex lege* non ne tocca il carattere negoziale, che rimane in ogni caso costituito da un atto di autonomia privata; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit. p. 148 ss. Sul punto cfr. anche MESSINEO, *Contratto*, [voce], p. 936, secondo il quale l'art. 1339 incide non tanto sul contenuto della fattispecie, quanto sulla misura e la quantità degli effetti.

²⁶¹ NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1975 (rist. anas. ad opera della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, n. 48, a cura di P. PERLINGIERI, Esi, Napoli, 2011), p. 126.

²⁶² Si rimanda in particolare all'opera di DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1967. Si veda anche CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, p. 68 ss.; recentemente ancora CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, ESI, Napoli, 2008, p. 212 ss.

Sulla perdurante validità e fondatezza della distinzione si esprime SACCO, *Il contratto* (2016), p. 1384, secondo cui l'unicità del complesso degli effetti giuridici derivanti dal contratto – che siano voluti dalle parti o imposti dalla legge – non impedisce all'interprete di distinguerli sia dal punto di vista della posizione che occupano nel ragionamento giuridico, sia della fonte cui possono essere attribuiti.

²⁶³ Per un'interessante ricostruzione storica di questo dibattito, anche in chiave dello scontro politico tra scienza giuridica e marxismo, si rinvia a MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni Settanta del diritto privato. Atti del Convegno. Palermo 7-8 luglio 2006*, a cura di L. NIVARRA, Milano, Giuffrè, 2008, p. 119 ss. (anche in

disciplina del rapporto tra le parti, ma anche come dato della realtà materiale²⁶⁴, di cui l'interprete è chiamato innanzitutto ad indagare il significato oggettivo del testo, poi il suo significato legale (interpretazione) e solo da ultimo operare tutte le quelle aggiunte, modificazioni e sostituzioni che costituiscono l'integrazione – suppletiva o repressiva – dell'accordo contrattuale²⁶⁵.

Di diverso avviso invece coloro che vedono nell'intervento conformativo del legislatore un limite interno²⁶⁶ all'autonomia contrattuale, qualificabile come una fonte che, assieme alla volontà dei privati, concorre alla definizione del regolamento negoziale, determinando così una «funzionalizzazione» del contratto diretta alla realizzazione di interessi di natura sociale²⁶⁷.

5. Segue: l'art. 1339 c.c. come ipotesi speciale di nullità e i rapporti con l'art. 1419 c.c.

Altra parte della dottrina ricollega, invece, l'art. 1339 c.c. all'istituto della conversione del contratto²⁶⁸: i due istituti avrebbero infatti in comune l'effetto di determinare la sostituzione di un regolamento contrattuale diverso rispetto a quello stabilito dalle parti; con la differenza, però, che il riferimento che l'art. 1424 c.c. fa a «ciò che le parti avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità» e il necessario «riguardo allo scopo perseguito dalle parti» offrono una minima tutela all'autonomia contrattuale, e almeno formalmente sono ben lungi «dall'impudenza» con cui gli artt. 1339 e 1419 c.c., gettata la maschera, affermano la prevalenza di ciò che vuole la legge rispetto a ciò che le parti vogliono accadere²⁶⁹.

Questa tesi è tuttavia rimasta minoritaria in dottrina, poiché basata su una concezione dell'istituto della conversione più estesa rispetto a quella comunemente accolta: essa, infatti, accogliendo la tesi oggettivistica del negozio giuridico²⁷⁰, riconduce la conversione ad un

²⁶⁴ In questo senso cfr. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, p. 141 ss., il quale, con specifico riferimento alla qualificazione delle norme di interpretazione oggettiva, afferma che «l'autonomia dell'ordinamento giuridico trova il suo naturale limite nella conformazione del dato fenomenico: che l'ordinamento può tenere in considerazione (anche solo sotto un particolare profilo), o meno, ma non può modificare».

In senso conforme anche BARCELLONA, *Intervento statale*, p. 161.

²⁶⁵ SACCO, *op. cit.*, p. 1384.

²⁶⁶ Sul punto v. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori (artt. 1374-1381)*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHELSINGER, 2. ed., Milano, Giuffrè, 2013, p. 3 ss.

²⁶⁷ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, p. 57.

²⁶⁸ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 487-488; DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, cit., p. 427

²⁶⁹ Il tono estremamente polemico con riferimento all'art. 1339 c.c. è proprio di DE MARTINI, *ult. op. cit.*

²⁷⁰ Anche con riferimento all'istituto della conversione si è accesa una discussione tra i sostenitori della concezione volontaristica del negozio giuridico (secondo cui, per aversi conversione, occorre avere riguardo non solo alla presenza dei requisiti di forma e di sostanza del contratto, ma anche all'intento pratico perseguito dalle parti, per risalire così alla volontà presunta ed ipotetica di concludere il contratto

fenomeno di integrazione del contratto in senso lato, poiché determina una sostituzione della volontà della legge alla volontà dei privati, senza che alcun peso possa essere dato alla volontà ipotetica della parti di concludere il diverso contratto frutto della conversione di quello invalido²⁷¹.

Altra parte della dottrina, invece, ha analizzato la norma alla luce della fattispecie della nullità parziale. L'esame dell'art. 1339 c.c. infatti richiama, quasi in forma obbligata, la fattispecie regolata dal secondo comma dell'art. 1419 c.c., secondo cui «*la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*».

L'analisi dei rapporti tra l'art. 1339 e l'art. 1419, 2 co. c.c. è estremamente dibattuta, e le soluzioni prospettate dalla dottrina non appaiono uniformi²⁷², a volte divergendo in maniera considerevole, altre volte differenziandosi per semplici sfumature²⁷³. Si è così affermato che l'art. 1339 c.c. rientra all'interno della previsione dell'art. 1419 c.c.²⁷⁴ o, all'opposto, che il 1419 costituisce «*un vassallo*» del 1339²⁷⁵ e ne costituisce una conferma²⁷⁶. Si è detto ancora che l'art. 1419 c.c. costituisce il presupposto del 1339, il quale avrebbe la funzione di individuare una delle ipotesi a cui il primo si riferisce, fino a rappresentarne una testuale

diverso) e quelli della teoria oggettivistica del negozio giuridico, secondo cui l'art. 1424 c.c. rientra nel novero delle disposizioni dirette ad integrare o sostituire la volontà privata con quella della legge, prescindendo non solo da una volontà della parti in questo senso orientata, ma anche dalla ricostruzione in via meramente ipotetica di una volontà diretta alla costituzione di un contratto diverso da quello effettivamente concluso.

Per una ricostruzione delle diverse qualificazioni offerte dalla dottrina in tema di conversione del contratto nullo, cfr. BIGLIAZZI GERI, *Conversione dell'atto giuridico* [voce], in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 528 ss.

²⁷¹ La tesi oggettivistica, benché autorevolmente sostenuta in dottrina, è infatti rimasta minoritaria sia in dottrina che in giurisprudenza. Sul punto si vedano le pronunce della Corte di Cassazione, 30 aprile 2012, n. 6633, in *Giust. civ. mass.*, 2012, p. 543 e 27 febbraio 2002, n. 2912, in *Contratti*, 2002, p. 879 ss., con nota di ZAFFARONI, secondo cui «*l'identità dei requisiti di sostanza e di forma tra negozio nullo e quello nel quale lo si voglia convertire non esaurisce i requisiti in presenza dei quali la conversione può essere attuata, essendo necessario anche che risulti la manifestazione di volontà delle parti propria del negozio diverso*».

Sulle diverse teorie proposte circa la nozione di volontà ipotetica, si rinvia a GIAIMO, *Conversione del contratto nullo (art. 1424 c.c.)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHELSINGER, Milano, Giuffrè, 2012.

²⁷² Il problema è stato specificamente affrontato da CASELLA, *Nullità parziale*, p. 108 ss.; CRISCUOLI, *La nullità parziale*, p. 215 ss.; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, Cedam, 1974, p. 172 ss.; SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, p. 107 ss.; TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)* [voce], in *Enc. del diritto*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, p. 905.

²⁷³ D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, p. 172 ss.

²⁷⁴ BOLOGNA, *Considerazioni sulla nullità parziale dei negozi giuridici*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, p. 1115.

²⁷⁵ MIRABELLI, *Del contratto in generale*, p. 388; ROPPO, *Nullità parziale e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 718.

²⁷⁶ SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, p. 107; CRISCUOLI, *La nullità parziale*, p. 226.

applicazione²⁷⁷ o ancora, al contrario, che è il 1419 a connettersi al 1339²⁷⁸, che risulterebbe così venire dalla prima norma completato.

La questione pare tuttavia essersi eccessivamente dilatata rispetto ai veri termini del problema²⁷⁹; pur costituendo lo spunto per approfondite riflessioni dogmatica, la *querelle* circa l'individuazione del rapporto esistente tra le disposizioni normative esaminate è priva di significativi riflessi pratici. Pare infatti preferibile considerare il combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, 2 co c.c. come una disciplina unitaria²⁸⁰, poiché le due disposizioni non fanno altro che disciplinare due lati della stessa medaglia: è chiaro infatti che l'art. 1419 c.c. – sia per la *sedes materiae* sia per il suo specifico contenuto precettivo – sia diretto a disciplinare il fenomeno della rilevanza, per l'intero contratto, della nullità di una sua clausola; e lo disciplina nel senso che la nullità di una clausola può, in un caso, determinare la nullità dell'intero contratto, qualora risulti “essenziale” per le parti e, in un secondo caso, qualora sia sostituita di diritto da una norma imperativa, non può mai estendersi all'intero contratto. Per converso l'art. 1339 c.c. – anche per la sua collocazione sistematica all'interno della Sezione I dedicata all'Accordo fra le parti – detta una norma che contempla l'inserzione “in sostituzione” di clausole contrattuali difformi dalle norme medesime²⁸¹.

La ragion d'essere dell'art. 1419 c.c. va quindi individuata proprio nella circostanza che esso è rivolto a risolvere il problema della validità del contratto nell'ipotesi di nullità di una specifica clausola contrattuale²⁸²; mentre l'art. 1339 c.c. disciplina in generale la sostituzione, regolando il «quando» del fenomeno sostitutivo²⁸³. Si tratta quindi non di norme sovrapponibili, né di norme che stanno tra loro in rapporto di continenza; bensì in rapporto

²⁷⁷ FERRI, *Causa e tipo*, p. 332.

²⁷⁸ MESSINEO, *Contratto* [voce], p. 942; ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, p. 142.

²⁷⁹ È infatti equivalente affermare che «la legge sostituendo l'accordo delle parti evita di renderlo nullo, come si può dire che la legge lo rende nullo e lo sostituisce», essendo le due configurazioni «entrambe logicamente corrette», così SACCO, *Il contratto*, p. 419.

²⁸⁰ L'espressione è suggerita da BARCELLONA, *Intervento statale*, p. 155. In senso analogo, NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, p. 129.

²⁸¹ In questo senso CASELLA, *Nullità parziale*, p. 100. Anche secondo MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, p. 123 l'integrazione ex art. 1339 ha luogo attraverso l'inserimento delle clausole previste dalla legge tra quelle previste dalle parti, od anche in sostituzione di queste.

²⁸² Accogliendo questa ricostruzione, si riesce così a fornire un'autonoma rilevanza all'art. 1419, 2 co. c.c., il quale non si limita quindi a ribadire il contenuto precettivo dell'art. 1339 c.c., ma «vi aggiunge di suo», a chiare lettere, che «resta irrilevante l'intento delle parti», impedendo così il ricorso al giudizio di nullità disciplinato dal primo comma (così DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Cedam, Padova, 2008, p. 107).

²⁸³ In questo senso, D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, p. 176.

di complementarità, disciplinando lo stesso fenomeno, una dal punto di vista della invalidità, l'altra di quello dell'integrazione²⁸⁴.

Tanto premesso, discende come naturale corollario che il combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, 2 co. c.c. è idoneo ad escludere ogni valutazione circa l'essenzialità della clausola sostituita per il regolamento contrattuale posto in essere dalle parti contraenti. A questo proposito, però, occorre domandarsi se il meccanismo sostitutivo possa comunque operare qualora le parti inseriscano nel contratto una clausola che statuisca che, «*se in questo contratto vi è qualcosa di non conforme a diritto, l'intero contratto si considera come non scritto e di nessun effetto*»²⁸⁵. Ora è evidente che, attraverso tale clausola, le parti contraenti hanno voluto richiamare in linea generale l'applicazione dell'art. 1419, 1 co. c.c., attribuendo ad ogni singola pattuizione quel carattere di essenzialità per l'equilibrio contrattuale necessario affinché la nullità della singola clausola possa estendersi all'intero contratto. A questo punto occorre chiedersi se tale clausola possa impedire il funzionamento del meccanismo sostitutivo.

La giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi solo in alcune occasioni attraverso *obiter dicta*: in generale tuttavia essa ha ritenuto irrilevante che le parti avessero convenuto che l'invalidità anche di una sola clausola contrattuale comportasse il venir meno dell'intero contratto, essendo in quel caso prevalenti gli interessi collettivi di preminente interesse pubblico di cui la norma imperativa si faceva espressione²⁸⁶.

²⁸⁴ D'ANTONIO, *op. ult. cit.*

A questo proposito è il caso di ricordare che, secondo un orientamento minoritario, le due norme non solo non si troverebbero in un rapporto di complementarità, ma avrebbero anche un diverso ambito di applicazione: l'art. 1419, 2 co. c.c. infatti sarebbe limitato ai soli contratti di diritto comune, mentre l'art. 1339 c.c. farebbe riferimento solamente a «*talune categorie o classi di contratti*»: inizialmente solo i contratti corporativi, e successivamente tutti quei contratti «*aventi per oggetto beni o servizi destinati a un gran numero di clienti e utenti, cui la legge assicura una disciplina uniforme*», vuoi «*per l'utilità sociale che essi rivestono*», vuoi «*perché conclusi da imprenditori in condizioni di privilegio*», vuoi infine «*perché destinati a soddisfare interessi collettivi uguali*». In questo senso cfr. CASELLA, *Nullità parziale*, p. 124.

²⁸⁵ Unico a porsi tale questione SACCO, già in *Il contratto*, 1975, p. 793 – 794 e successivamente in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, 1993, p. 409 e *ibidem*, 2016, p. 1387 – 1388.

²⁸⁶ Con riferimento all'art. 27 della l. 27 luglio 1978, n. 392, che stabilisce – anche dopo la novella operata dal d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 – una durata minima pari a sei anni per i contratti di locazione e sublocazione di immobili urbani adibiti ad attività industriali, commerciali, artigianali e di interesse turistico, si vedano: Cass. civ. 21 novembre 2014, n. 24843, in *Foro It. Rep.*, 2014, *Locazione* [voce], n. 85; ID. 26 aprile 2004, n. 7927, in *Riv. giur. ed.*, 2004, I, p. 1647 ss., con nota di DE TILLA; ID. 4 giugno 1991, n. 6308, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 485 ss., con nota di DE TILLA; ID. 25 agosto 1989, n. 3780, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 8-9.

6. Segue. L'art. 1339 c.c. come strumento sanzionatorio del comportamento delle parti tenuto in violazione della disciplina normativa.

Da ultimo è stato sostenuto che la fattispecie disciplinata dall'art. 1339 c.c. non configuri un'ipotesi né di invalidità né di integrazione del contratto, bensì regoli le conseguenze derivanti dalla violazione di norme inderogabili²⁸⁷; è stato così affermato che gli effetti derivanti dall'inserzione della disciplina legale, infatti, non dipendono dal contratto in quanto tale, né devono essere compatibili con il contenuto dell'operazione negoziale voluta dalle parti, ma discendono direttamente dal comportamento tenuto in violazione delle norme che impongono clausole o prezzi legali in relazione alla prestazione di determinati beni o servizi. L'art. 1339 c.c. pertanto assume una specifica rilevanza come strumento diretto al mantenimento coattivo del contratto rettificato²⁸⁸, alternativo alle sanzioni e ai rimedi previsti dagli artt. 1418, 1419, 1° co. e 1424 c.c.

A conclusione di questa breve panoramica delle differenti ricostruzioni offerte dalla dottrina, si ricava una prima impressione della complessità della riconduzione a sistema dell'art. 1339 c.c.. Questa difficoltà parrebbe infatti derivare da una caratteristica peculiare di questa norma: essa infatti disciplina due differenti fattispecie²⁸⁹. La prima riguarda l'inserzione di clausole o prezzi imposti qualora le parti non abbiano disposto, in presenza cioè di una lacuna contrattuale; in questo caso la fattispecie è perfettamente inquadrabile all'interno della disciplina dell'integrazione. Diverso è invece il caso della sostituzione delle clausole o prezzi imposti a quanto preventivamente concordato dalle parti: in questo caso infatti ci si trova di fronte ad un meccanismo che opera assieme all'art. 1419, 2° co. c.c.

Lo studio sin qui condotto, tuttavia, consente di isolare un *leit motiv* che accomuna la dottrina che si è occupata dello studio dell'art. 1339 c.c., ovvero sia il riconoscimento che il meccanismo della sostituzione automatica di clausole, introdotta dalla norma, determina una cospicua compressione della autonomia contrattuale delle parti, a cui viene autoritativamente imposta la conservazione del contratto così come modificato per intervento della disciplina normativa. Proprio il sorgere del conflitto con il principio di libertà contrattuale ha spinto la dottrina e la giurisprudenza a cercare di individuare con estrema precisione i presupposti applicativi della norma qui in esame.

²⁸⁷ BARCELLONA, *Intervento statale*, p. 152 ss. e specif. 168 ss.

²⁸⁸ BARCELLONA, *op. ult. cit.*

²⁸⁹ CRISCUOLI, *La nullità parziale*, p. 216; SARACINI, *Nullità e sostituzione*, p. 47.

7. Le condizioni di applicabilità dell'art. 1339 c.c.: l'identificazione della norma impositiva. Le conseguenze dell'accoglimento della nozione di legge in senso formale o sostanziale.

L'art. 1339 c.c. parla di clausole e prezzi imposti dalla *legge o da norme corporative*. Appurato che il riferimento a tale ultima categoria è da ritenersi implicitamente abrogato – vista l'abrogazione dell'ordinamento corporativo avvenuta con r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721 (*“Soppressione degli organi corporativi centrali, del Comitato interministeriale di coordinamento prezzi e del Comitato interministeriale per l'autarchia”*), convertito dalla l. 5 maggio 1949, n. 178 – rimane da affrontare quello che è stato definito come *«uno dei più ardui tra i molti problemi che offerti dall'art. 1339 c.c.»*²⁹⁰, che consiste nell'individuazione del significato del termine «legge». Sul punto, la dottrina risulta divisa²⁹¹, chiedendosi se con tale termine si debba far riferimento esclusivamente a disposizioni dettate da una legge in senso formale o dagli atti ad essa equiparati; o se, al contrario, la sostituzione automatica possa avvenire anche nel caso in cui la clausola o il prezzo imposto trovi la propria fonte in una norma regolamentare o anche in un provvedimento amministrativo.

Secondo la tesi più restrittiva, il termine «legge» ricomprende in sé solo le disposizioni aventi valore di legge in senso formale²⁹², con esclusione dunque di tutte le fonti sottordinate, i.e. i regolamenti, emanati dal potere esecutivo, nonché i provvedimenti amministrativi²⁹³.

²⁹⁰ SARACINI, *op. cit.*, p. 48.

²⁹¹ Ricorda ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, p. 148 come, nella *«definizione della fonte atta ad operare il tanto deprecato intervento nel vivo del regolamento contrattuale»* si passi *“da una soluzione estrema [...] a quella, all'opposto limite dell'arco, [...] e fra queste si possono situare tutte, o quasi, le opinioni intermedie, da quelle possibiliste, a quelle mediatrici, a quelle coraggiose ed originali, ma malcerte nella dimostrazione»*.

²⁹² Appare ormai anacronistica la tesi di STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, p. XXVIII, nt. 1 in base alla quale il termine «legge» indica solo la legge in senso formale, in quanto *“tipica fonte del diritto”*, secondo l'art. 1 disp. prel. c.c., con esclusione dei decreti legislativi luogotenenziali, perché *“tali decreti non sono leggi, ma potranno diventarlo se il parlamento voterà la conversione relativa”*. Tale approccio formalistico alla gerarchia delle fonti è stato infatti superato con l'introduzione nel 1948 della Carta costituzionale, che, alla legge in senso formale, ha nella gerarchia delle fonti parificato i c.d. atti aventi forza di legge, i.e. decreti legge e decreti legislativi.

Ritiene che quanto affermato da STOLFI sia *«frutto di un abbaglio perché il Decreto legislativo luogotenenziale era un atto avente forza di legge»* e che *«sostenerne la non equiparabilità a quest'ultima è una palese forzatura interpretativa»* MAUGERI, *L'autonomia privata*, p. 377.

²⁹³ Si era, inoltre, posta all'attenzione degli interpreti la possibilità che anche le leggi regionali potessero integrare il precetto normativo contenuto nell'art. 1339 c.c.; questa possibilità è stata tuttavia esclusa sulla base della considerazione che, stante la ripartizione delle competenze legislative dettata dall'art. 117 Cost., alle Regioni non è attribuito il potere di legiferare nel campo del diritto privato. Ed infatti la materia *“ordinamento civile”*, attribuita dall'art. 117, 2° comma lett. l) Cost. alla competenza esclusiva dello Stato, comprende anche gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussiste *«l'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati»*.

Idonei dunque ad attivare il meccanismo sostitutivo dettato dall'art. 1339 c.c. sarebbero solo le disposizioni normative, così come risultanti dal procedimento legislativo disciplinato dalla Carta costituzionale, e gli atti ad esse equiparati, ovverosia i decreti legge e i decreti legislativi. A sostegno della tesi della tassatività dell'elencazione prevista nell'art. 1339 c.c. si è spesso argomentato facendo applicazione del principio interpretativo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*; è stato infatti affermato che la categoria delle norme corporative, una volta abrogata, non sia stata sostituita da atti diversi da disposizioni di legge – ed in particolare da atti amministrativi – poiché tali categorie di fonti normative erano già esistenti al momento

In questo senso è copiosa la giurisprudenza della Corte costituzionale, sia anteriore che posteriore alla modifica del Titolo V della parte seconda della Costituzione, avvenuta con la l.c. 18 ottobre 2001, n. 1 (*“Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione”*), che fa applicazione del principio per cui l'ordinamento di diritto privato funge da limite alla legislazione regionale; al riguardo si vedano, *ex multis*, Corte Cost. 31 gennaio 2014, n. 17, *Foro It.*, 2014, p. 1484 ss., con nota di DE GÖTZEN; ID. 23 luglio 2013, n. 229, *ibid.*, 2014, I, p. 2350 ss., con nota di D'AURIA; ID. 23 gennaio 2013, n. 6, *ibid.*, 2013, I, p. 737 ss., con nota di BENEDETTI; in *Corr. giur.*, 2013, p. 1059 ss., con nota di CHIEPPA; in *Giust. cost.*, 2013, p. 158 ss., con nota di FARRI; ID. 14 giugno 2007, n. 189, in *Foro It.*, 2009, I, p. 1362 ss..

Da ultimo, in questo senso, si veda anche Cass. civ. 26 ottobre 2015, n. 21713, in *Foro It.* 2016, 4, I, p. 1360 ss., che, con riferimento alla l.r. n. 37 del 1994, che prevedeva l'accollo a carico del bilancio della Regione Sicilia della garanzie concesse a favore delle cooperative agricole dai loro soci, con automatica liberazione degli stessi, ha ribadito che *«la potestà legislativa delle Regioni incontra il limite cosiddetto del diritto privato, fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità sul territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati. Il limite dell'ordinamento civile, quindi, identifica un'area riservata alla competenza esclusiva della legislazione statale e ricomprende i rapporti tradizionalmente oggetto di codificazione. Non può revocarsi in dubbio, pertanto, che tale limite comporti l'inderogabilità, da parte del legislatore regionale, delle norme dettate dal codice civile per regolare l'esercizio dell'autonomia negoziale privata ed il diritto delle obbligazioni, sia che si tratti di norme imperative, sia che si tratti di norme destinate a regolare direttamente i rapporti tra soggetti in assenza di diversa volontà negoziale delle parti»*.

Appare invece più possibilista sul punto ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, II. ed., 2011, p. 86 secondo il quale tale *«preclusione non opera in modo così assoluto: di fatto qualche piccola norma sul contratto finisce per trovarsi anche in leggi regionali, che non necessariamente la Corte costituzionale dichiara per questo illegittime»*.

In generale, come ricorda ALPA, *Il diritto contrattuale nel sistema delle fonti*, in *Il contratto in generale. I. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, Giuffrè, 2014, p. 318 ss., i rapporti tra codice civile e diritto regionale non stati oggetto di ampio dibattito, e *«non si ha notizia di ricerche specifiche in materia»*; si vedano tuttavia i contributi monografici di BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2008 e GIOVA, *«Ordinamento civile» e diritto privato regionale. Un difficile equilibrio nell'unitarietà del sistema*, Napoli, Esi, 2008; nonché la voce di MUSIO, *Diritto privato regionale*, in *Digesto civ.*, VII agg., Torino, Utet, 2012, p. 354 ss. e gli articoli di ALPA, *Ordinamento civile e diritto privato regionale - Un aggiornamento sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Vita notarile*, 2009, p. 1279 ss., ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Politica del diritto*, 2002, p. 533 ss., VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni: il catalogo delle fonti dall'Europa al diritto privato regionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 747 ss., nonché alcuni brevi cenni in DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, I, p. 56 ss..

Infine, per ulteriori spunti si confrontino le relazioni raccolte in AA.VV., *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea. Atti del Convegno internazionale. Macerata, 30 settembre - 1 ottobre 2005*, a cura di E. CALZOLAIO, Milano, Giuffrè, 2006 e AA.VV., *L'ordinamento civile nel sistema delle fonti legislative. Atti del XIII Seminario. Milano, 30 novembre 2002*, a cura di N. LIPARI, Milano, Giuffrè, 2003.

dell'entrata in vigore dell'art. 1339 c.c. e, pertanto, evidentemente esclusi dal legislatore dal richiamo in essa contenuto²⁹⁴.

In senso contrario, si pone la tesi più estrema – rimasta tuttavia isolata – che, interpretando estensivamente il termine «legge», se non anche attraverso l'utilizzo dell'analogia, ritiene che possa attribuirsi efficacia sostitutiva *ex art.* 1339 c.c. a qualsiasi norma avente valore di legge in senso materiale, categoria che ben potrebbe ricomprendere non solo i regolamenti governativi²⁹⁵, ma anche i provvedimenti amministrativi aventi natura normativa²⁹⁶.

²⁹⁴ In questo senso RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, p. 36 ss.. In senso contrario, tuttavia, si è anche argomentato come proprio il riferimento alle norme corporative fosse indicativo della volontà del legislatore di estendere l'efficacia integrativa anche a provvedimenti normativi diversi ed ulteriori rispetto alla legge in senso formale: così ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, p. 148 ss., rileva come alcune norme corporative fissanti prezzi di calmiera possano essere assimilate a regolamenti ministeriali, con la conseguenza che se tale circostanza «non consente di concludere in forma sillogistica che l'art. 1339 conteneva, e solo sotto celate vesti, un esplicito richiamo ai regolamenti ministeriali [...] non è men vero che quanto esposto può permettere perlomeno interpretazioni non gratuite, né tali da rendere la norma praticamente inattuabile». In quest'ultimo senso, si veda anche SCOGNAMIGLIO, *Sub art. 1339*, p. 233. In giurisprudenza si veda la pronuncia della Corte di Cassazione 29 settembre 2004, n. 19531, in *DeJure*, secondo la quale, posto che la formulazione originaria dell'art. 1339 «prevedeva anche le norme corporative, le quali costituiscono una fonte oggi esaurita (di massima)», tale «richiamo appare indicativo di una tendenza legislativa a tener conto di altre fonti che possono con forza vincolante emanare disposizioni in materia».

²⁹⁵ Si ritiene di non poter condividere l'opinione di chi ritiene integrato il precetto di cui all'art. 1339 c.c. da qualsiasi norma avente valore di legge in senso sostanziale, ricomprendendovi in essa i regolamenti emanati dal potere esecutivo. Questo perché la potestà normativa del Governo, che si esprime anche nella facoltà di emanare regolamenti, così come disciplinata dall'art. 17 della l. 23 agosto 1988, n. 400 *Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, incontra in ogni caso il vincolo della riserva di legge.

A questo proposito si ritiene errato il riferimento, che viene frequentemente svolto a sostegno della tesi ivi criticata (*ex multis*, MAUGERI, *Sub art. 1339*, p. 516, nt. 39; MIRABELLI, *Sub art. 1339*, p. 106; RIZZO, *Sub art. 1339*, p. 518; SCOGNAMIGLIO, *Sub art. 1339*, p. 233) alla pronuncia della Corte d'Appello di Venezia, 27 maggio 1949, in *Foro Padano*, 1949, I, p. 641 ss.: per quanto infatti la massima della sentenza si limiti ad affermare che «la funzione correttiva ed integrativa ai sensi dell'art. 1339 cod. civ. non si riferisce soltanto alla legge formale, ma anche agli atti regolamentari, alla legge cioè in senso materiale con efficacia normativa», il ragionamento della Corte veneta appare invece molto più complesso; il *thema decidendum* riguardava infatti la possibilità che il decreto di fissazione dei prezzi di qualsiasi merce, in ogni fase di scambio, anche all'importazione ed all'esportazione, nonché i prezzi dei servizi e delle prestazioni, emanato dal Comitato Interministeriale dei prezzi (C.I.P.), ai sensi dell'art. 4 del d.l.l. 19 ottobre 1944, n. 347 («Istituzione del Comitato interministeriale e dei Comitati provinciali per il coordinamento e la disciplina dei prezzi»), potesse sostituirsi a quello fissato dalle parti contrattuali. Pareva dunque ritenere la Corte che la circolare emanata dal C.I.P., qualificabile formalmente come atto amministrativo, ed assimilabile – per quanto tale ravvicinamento non sia facile per la eccezionalità della materia e del periodo storico legislativo – ad un regolamento delegato, rappresentasse esplicitazione di poteri come sopra conferiti dalla legge, posto che il d.l.l. 347/1944 era stato qualificato come un vero e proprio atto avente forza di legge.

In senso conforme all'opinione sopra criticata, si veda SCOGNAMIGLIO, *Sub art. 1339*, p. 233.

²⁹⁶ Trib. Agrigento, 4 febbraio 1947, in *Foro It. Rep.*, 1947, *Concessione amministrativa* [voce], n. 10, in base al quale, in applicazione del principio analogico *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*, «l'art. 1339 può interpretarsi estensivamente nel senso che nelle concessioni di pubblici servizi deve ammettersi pure l'inserzione automatica delle disposizioni emanate dall'autorità amministrativa nei confronti del concessionario», vivacemente criticato in DE MARTINI – RUOPPOLO, *Sub art. 1339*, p. 208; ID. – GIANNATTASIO, *Sub art. 1339*, p. 117.

Non pare tuttavia che le tesi sopra citate siano perfettamente accoglibili. È infatti facilmente rilevabile come il termine legge raramente venga utilizzata dal legislatore in senso univoco, come riferito esclusivamente alle disposizioni legislative e agli atti ad esse equiparate²⁹⁷. Al fine di individuare la risposta al quesito qui in esame, conseguentemente, si può ipotizzare un'applicazione analogica dei principi in tema di riserva di legge²⁹⁸. È noto infatti come la dottrina e la giurisprudenza costituzionale abbiano identificato – con riferimento alla *ratio* della riserva e della materia che ne forma oggetto – due tipi di riserva: una assoluta, che si verifica quando la disciplina della materia è riservata alla legge del Parlamento e agli atti ad essa equiparati; l'altra relativa, la quale è soddisfatta quando il legislatore ordinario individui i principi fondamentali, a cui deve attenersi l'esecutivo nell'emanare la disciplina di dettaglio attraverso propri regolamenti.

In questo senso, ove si accolga la possibilità di applicare i principi elaborati con riferimento alla riserva di legge relativa all'art. 1339 c.c., il meccanismo sostitutivo ivi delineato sarebbe possibile anche ad opera di un provvedimento amministrativo, purché, però, sussista una legge in senso formale che determini preventivamente le linee essenziali della disciplina. Né si può aderire alla prima delle tesi qui formulate, ove si rammenti come la disciplina del contratto viene tradizionalmente ricondotta nel nostro ordinamento all'interno dell'art. 41 Cost., il quale contiene, nello stabilire che la legge determini i programmi ed i controlli opportuni affinché l'attività economia possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali, una riserva di legge in senso relativo: con la conseguenza, dunque, che non sia necessario che *«l'intera disciplina dei rapporti venga regolata con atto normativo del Parlamento»*, essendo invece sufficiente che *«questo determini i criteri e le direttive idonee a contenere in un ambito ben delineato l'esercizio tanto dell'attività normativa secondaria quanto di quella particolare e concreta di esecuzione affidate al Governo, evitando che esse si svolgano in modo assolutamente discrezionale»*²⁹⁹.

²⁹⁷ MARTINES, *Diritto costituzionale*, XIV ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 400-401.

²⁹⁸ In questo senso cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, p. 37.

²⁹⁹ Corte Cost. 6 febbraio 1962, n. 4, che prosegue ricordando come *«le determinazioni della legge possono essere diverse a seconda della natura dell'attività economica e dell'utilità sociale che si tende a perseguire, e può anche ammettersi che in talune ipotesi esse si presentino di complessità notevolmente minore che non in altre, ma non può esser dubbio che la loro totale mancanza significhi che il principio della riserva di legge non è rispettato»*. La giurisprudenza costituzionale è concorde sul tema: cfr. *ex multis* Corte Cost. 14 luglio 1958, n. 52; ID. 5 febbraio 1963, n. 1; ID. 9 marzo 1967, n. 24; ID. 20 dicembre 1968, n. 133. Recentemente v. Corte Cost. 21 luglio 1999, n. 3888.

In questo senso si è espressa a più riprese la giurisprudenza, in particolare con riferimento alle convenzioni, stipulate tra i singoli Comuni e i costruttori degli alloggi, titolari della concessione del diritto di superficie, rilasciata a contributo ridotto, determinative dei criteri per la determinazione del prezzo di cessione di tali alloggi³⁰⁰. A questo proposito si è ritenuto che, nel riferirsi alle clausole imposte dalla legge, l'art. 1339 c.c. non possa essere interpretato come limitato al caso in cui la legge individui, essa stessa, la clausola da interpolare all'interno del testo contrattuale, ma alluda anche all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione di tale clausola sia demandata ad una fonte secondaria, ma da essa autorizzata. Fonte secondaria che può essere ricercata tanto nell'atto amministrativo, quanto nella convenzione stessa, i quali traggono il carattere di imperatività, necessario ai fini dell'applicazione dell'art. 1339 c.c., proprio dalla predetta delega legislativa³⁰¹.

Il ricorso tuttavia alla fonte secondario non è illimitato: è infatti necessario che tale fonte, oltre ad essere stata debitamente autorizzata dalla fonte primaria³⁰², soddisfi i requisiti di

³⁰⁰ Tali convenzioni sono disciplinate dall'art. 35 della l. 22 ottobre 1971, n. 865 (*“Programmi e coordinamento dell'edilizia residenziale pubblica”*), che, nell'autorizzare il comune o il consorzio a concedere sulle aree espropriate il diritto di superficie per la costruzione di case di tipo economico e popolare e dei relativi servizi urbani e sociali, prevede che, con la medesima delibera del consiglio comunale o dell'assemblea del consorzio attributiva del diritto di superficie, venga determinato il contenuto della futura convenzione, da stipularsi per atto pubblico, e da trasciversi presso il competente ufficio dei registri immobiliari, tra l'ente concedente ed il richiedente, la quale, tra le altre cose, deve prevedere «i criteri per la determinazione e la revisione periodica dei canoni di locazione, nonché per la determinazione del prezzo di cessione degli alloggi, ove questa sia consentita».

³⁰¹ In questo senso si vedano Cass. civ. SS.UU. 16 settembre 2015, n. 18135, in *Riv. Not.*, 2015, 5, II, p. 1069 ss. e in *Riv. giur. ed.*, 2015, 5, I, p. 1065 ss.; Cass. civ. 10 febbraio 2010, n. 3018, in *Giust. civ.*, 2010, 4, I, p. 287 ss.; 29 aprile 2004, n. 19531, in *DeJure*; 22 dicembre 1994, n. 11032, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1237 ss., con nota di COSTANZA.

Nello stesso senso, ma con riferimento al corrispettivo della concessione del diritto di superficie, Cass. civ. 8 aprile 2016, n. 6928, in *Foro It.*, 2016, 9, I, p. 2839 ss.

³⁰² Appare infatti necessario che il rinvio integrativo venga espressamente disposto dalla norma primaria, attraverso la specifica attribuzione all'organo inferiore di poteri di emanare atti in grado di integrare il contenuto del contratto. In questo senso pare infatti esprimersi la Corte di Cassazione, nella pronuncia del 30 luglio 2009, n. 17746, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 7-8, 1166, chiamata ad esprimersi sulla possibile efficacia integrativa del decreto prefettizio di concessione della licenza per la prestazione, ad opera di privati, di servizi di vigilanza, ex art. 134 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773); in particolare l'art. 257 del regolamento di esecuzione del T.U. (R.D. 6 maggio 1940, n. 635), nel testo previgente alle modifiche apportate dal D.P.R. 4 agosto 2008, n. 153, prevedeva che la domanda per ottenere tale licenza dovesse contenere, tra gli altri requisiti, la *“tariffa per le operazioni singole o per l'abbonamento”*. Sostiene dunque l'attore ricorrente che tale provvedimento prefettizio sarebbe idoneo a derogare al contenuto contrattuale liberamente scelto dalle parti perché si concretizzerebbe in un atto di approvazione della singola tariffa presentata in sede di autorizzazione. Di diverso avviso invece è la Corte di Cassazione, secondo la quale libertà di iniziativa economica privata, «di cui è espressione l'autonomia negoziale della parti nel modellare il contenuto di un contratto», può essere limitata solo in forza di una disposizione di legge, insuscettibile di interpretazioni estensive; la Corte dunque implicitamente si conforma al principio secondo cui la riserva di legge dettata dall'art. 41 Cost., trattandosi di una riserva di legge relativa, possa essere soddisfatta anche da provvedimenti di rango inferiore, purché però a ciò debitamente ed espressamente

specificità e concretezza, mancanti i quali l'eteroconformazione del contenuto del contratto ex art. 1339 c.c. non può trovare applicazione³⁰³.

8. L'individuazione delle norme impositive. La superfluità dell'espressa previsione della sostituzione.

Appurato come l'art. 1339 c.c. faccia riferimento non solo alle leggi in senso formale e sostanziale, ma anche ai provvedimenti aventi natura secondaria, purché a ciò espressamente autorizzati, occorre domandarsi cosa debba intendersi per clausola o prezzo «*imposti*» dalla legge.

In via di prima approssimazione, si può affermare che non possano rientrare all'interno della fattispecie qui in esame le norme dispositive e suppletive, la cui funzione è quella di integrare le dichiarazioni delle parti, sempre che quest'ultime non manifestino una volontà contraria all'inserimento delle stesse nel contratto; volontà contraria che non può, invece, avere alcun rilievo nella fattispecie qui in esame. L'art. 1339 c.c. dunque fa necessario riferimento alle norme imperative, naturale conseguenza del fatto che l'art. 1339 c.c. opera assieme all'art. 1419, 2° c.c.

È altresì noto tuttavia come la distinzione tra norme dispositive e norme imperative, per quanto chiara in astratto, pone, invece, all'interprete un problema di non facile soluzione, quando si trovi in concreto a dover procedere alla qualificazione, tenuto conto che la qualità imperativa o dispositiva non rappresenta una qualità intrinseca della regola legale, capace di risultare in sede di analisi della norma³⁰⁴. Così, una parte della dottrina ha ritenuto che, dato

autorizzati da una norma primaria. Da ciò consegue, dunque, «*un principio di stretta interpretazione dell'art. 1339 c.c.; vieppiù giustificato da esigenze di tutela della concorrenza e del mercato, che verrebbero lese da una pratica di prezzi amministrati*».

Tanto non sarebbe avvenuto ad opera dell'art. 134 T.U.L.P.S., letto congiuntamente con l'art. 257 del regolamento di esecuzione, il quale non conferisce al prefetto il potere di dettare le tariffe dei servizi di vigilanza, ma che è semplicemente espressivo di «*un sindacato di congruità, avente natura di merito, del prezzo di una prestazione contrattuale*».

³⁰³ V. Cass. civ. 17 marzo 2015, n. 5209, in *DeJure*: nel caso di specie la Suprema Corte era chiamata a chiarire se il riferimento generale, vuoi all'interno del regolamento comunale per la distribuzione dell'acqua potabile ai privati, vuoi all'interno di vari provvedimenti emanati dal Comitato Interministeriale dei Prezzi e dal Comitato Provinciale dei Prezzi, di consumi minimi di acqua potabile, fosse idoneo ad integrare il contratto di fornitura concluso tra un condominio e il consorzio acquedottistico. Riteneva dunque la Corte che il criterio tariffario del c.d. minimo garantito fosse individuato solo attraverso disposizioni meramente programmatiche ed aspecifiche, e che proprio tale mancanza di concretezza – ritenendosi necessaria una specifica delibera comunale che stabilisse l'*an* e il *quantum* di tale criterio – rendesse tali previsioni, ed in particolar modo il regolamento comunale, inadeguate ad essere sussunte all'interno della fattispecie tipica dell'art. 1339 c.c. e, pertanto, incapace di determinare così l'eterointegrazione del contratto di fornitura per cui era causa.

³⁰⁴ SACCO – DE NOVA, *Il contratto* (2016), p. 1014.

il carattere di norma eccezionale dell'art. 1339 c.c., la sostituzione sia possibile solo nell'ipotesi in cui consegua a speciali norme altrettanto eccezionali, che affermino *expressis verbis*, oltre che dalla *ratio* normativa, la loro funzione sostitutiva³⁰⁵; né l'individuazione di capacità sostitutiva può essere rimessa al singolo interprete, sulla base del "maggior grado di imperatività" che caratterizza le norme sostitutive, posto che solamente «*l'ordinamento giuridico può arrogarsi il diritto di stabilire quando sussistano interessi generali tali che debbano essere soddisfatti con speciali norme sostitutive e pertanto di predisporre*»³⁰⁶.

Questo orientamento è stato tuttavia sconfessato da altra parte della dottrina sulla base del rilievo che, se una legge prevedesse già di per sé un meccanismo di sostituzione automatica, l'art. 1339 c.c. risulterebbe completamente inutile, posto che la sostituzione automatica avverrebbe sulla base della disposizione legislativa, senza alcun bisogno della mediazione dell'art. 1339; ed avverrebbe anche qualora l'art. 1339 mancasse. La previsione della sostituzione ad opera della norma in esame opera infatti «*in via generale*», senza la necessità che ogni singola disposizione di legge debba in concreto prevedere l'effetto sostitutivo; cosicché tale effetto si produce automaticamente ove sussista la difformità tra la previsione normativa ed il contenuto della clausola contrattuale³⁰⁷. Ed è proprio nella capacità di determinare l'automatica sostituzione anche quando non espressamente prevista dalla norma imperativa, che si coglie il valore ed il significato pratico, oltre che di principio dell'art. 1339 c.c.³⁰⁸.

Anche la giurisprudenza ha, da ultimo, accolto tale orientamento, affermando che la locuzione codicistica «*sono sostituite di diritto*» vada interpretata «*non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto, cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina*»³⁰⁹; nel caso di specie, poi, la Suprema Corte ha ritenuto di non poter aderire

³⁰⁵ Così CRISCUOLI, *Nullità parziale del negozio giuridico*, p. 226 ss.; STOLFI, p. XXVI.

³⁰⁶ CRISCUOLI, *ult. op. cit.*, pp. 226-227.

³⁰⁷ In questo senso RODOTÀ, *Le fonti*, p. 35. Si vedano anche DI STASO, *I contratti in generale*, p. 1663-1665; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, p. 24; MIRABELLI, *Sub art. 1339*, p. 106; G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, p. 241; SARACINI, *Nullità e sostituzione*, p. 49 ss. Recentemente si veda anche D'ADDA, *Nullità parziale*, p. 239.

³⁰⁸ ROPPO, *Il contratto*, p. 176.

³⁰⁹ Cass. civ. 21 agosto 1997, n. 7822, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1467.

Nel medesimo senso, ma con espresso riferimento all'art. 1339 c.c., si vedano Cass. civ. 21 dicembre 1994, n. 11032, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1237 ss., con nota di COSTANZA; Trib. Milano, 13 novembre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1820.

Espressamente nel senso che la norma suscettibile di inserzione automatica debba rivestire carattere imperativo, cfr. Cass. civ. 29 aprile 1981 n. 2630, in *Giust. civ.*, 1981, I, pp. 1554 ss.; ID. 6 febbraio 1978, n. 555, *ibidem*, 1978, I, p. 901 ss., con nota di CAPUTO.

all'orientamento precedentemente espresso dalla stessa corte di legittimità, che aveva limitato l'operatività del meccanismo di sostituzione previsto dall'art. 1419, 2 co. c.c. alle sole ipotesi in cui la sostituzione debba avvenire in forza di un'espressa disposizione di legge³¹⁰, qualificando tale interpretazione come ingiustificatamente restrittiva: argomentando così a partire dalla struttura complessiva della legge oggetto del suo scrutinio (i.e la l. n. 203 del 1982), nonché dalla sua *ratio* ispiratrice, dal principio di inderogabilità di tutte le norme disciplinanti l'affitto, la Suprema Corte ritiene che tutti questi elementi «*concorrono a favore della tesi dell'inserzione automatica delle norme imperative in luogo delle pattuizioni nulle, nonché ad interpretare l'espressione codicistica ("sono sostituite di diritto") non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma nel senso dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina*».

Appurata dunque la precisa funzione normativa dell'art. 1339 c.c. – che appunto risiederebbe nella di attivare il meccanismo di sostituzione in tutte le ipotesi in cui la legge

³¹⁰ Cass. 25 giugno 1979 n. 3551, in *Giust. civ. mass.*, 1979, fasc. 6, secondo cui l'art. 1419, 2° co. c.c. si riferisce alle ipotesi in cui «*in cui specifiche disposizioni, oltre a comminare la nullità di determinate clausole contrattuali, ne impongono anche la sostituzione con una normativa legale, al fine di eliminare la difformità di legge, mentre tale norma non si applica qualora il legislatore, nello statuire la nullità di una clausola o di una pattuizione, non ne abbia altresì prevista la sostituzione con una norma imperativa*», escludendo così che tale norma potesse essere applicata al caso di una vendita simulata, dissimulante un mutuo con patto commissorio, in quanto alla statuizione di nullità del patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c. non si accompagna la previsione di una disciplina legale volta a sostituire tale patto, con l'effetto che la dichiarazione di nullità aveva ad oggetto non solo tale patto, ma anche lo stesso contratto di mutuo, essendo risultato che quest'ultimo non sarebbe stato concluso senza il patto commissorio.

In questo senso si vedano anche: Cass. civ. 12 luglio 1965, n. 1464, in *Giur. it.* 1966, I, 1, 1154; ID. 4 settembre 1980, n. 5100, in *Dir. e giur. agr.*, 1981, p. 479 ss.; ID. 11 giugno 1981, n. 3783, in *Giust. civ. mass.*, 1981, fasc. 6; ID. 4 giugno 1991, n. 6308, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 485 ss., con nota di DE TILLA; Cass. civ. SS. UU. 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro It.*, 1983, I, p. 1081 ss.; Cass. civ. 2 settembre 1995, n. 9266, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 3625 ss., con nota di PANELLA.

A questo proposito, non rileva la sentenza più recente della Corte di Cassazione, 28 giugno 2000, n. 8794, *Giur. It.*, 2001, p. 1153 ss. e in *Contratti*, 2001, p. 236 ss., con nota di TUCCI, così massimata: «*l'inserzione automatica di norme imperative in sostituzione di una clausola contrattuale affetta da nullità può dirsi legittima, a norma dell'art. 1419, comma 2, c.c., soltanto se la sostituzione stessa debba avvenire "di diritto", in forza, cioè, di un'espressa disposizione di legge la quale, oltre a comminare la nullità di una determinata clausola, ne imponga anche la sostituzione con una normativa legale, mentre la predetta inserzione non è attuabile qualora il legislatore, nello stabilire la nullità di una clausola o di una pattuizione, non ne abbia espressamente prevista la sostituzione con una specifica norma imperativa*». Nel caso di specie, infatti, si verteva circa le conseguenze della nullità di una clausola di un contratto preliminare di compravendita di un immobile, in forza della quale la validità del contratto era subordinata alla accettazione, da parte del promissario acquirente, a che nel rogito fosse dichiarato un prezzo inferiore a quello effettivamente corrisposto; l'invalidità di questa pattuizione era comminata dall'art. 60 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634. La Suprema corte, pur confermandosi – seppur in via di *obiter dictum* – all'orientamento che richiede la norma imperativa preveda espressamente la sostituzione, decide la controversia sulla base del fatto che il combinato disposto degli artt. 41, 60 e 70 del D.P.R. n. 634/1972 non individuano «*l'elemento rigidamente predeterminato destinato a sostituirsi alla clausola contrattuale, affidandosi comunque alle parti contraenti la quantificazione e l'indicazione dell'esatto corrispettivo*». Nel medesimo senso, in una controversia analoga, cfr. Cass. civ. 7 novembre 1979, n. 5750, in *Giust. civ. mass.* 1979, 11.

non contempli espressamente la sostituzione automatica della clausola contrastante con il precetto inderogabile³¹¹ - rimane tuttavia aperto il quesito circa l'individuazione delle caratteristiche che deve possedere la norma imperativa per dare luogo alla sostituzione. È noto infatti come l'imperatività di una norma assuma due differenti fenotipi: da un lato, essa può disapprovare in modo immediato il contenuto di un contratto; dall'altro può indicare che la conclusione di un determinato accordo è repressa³¹². Solamente le prime possono determinare il funzionamento del meccanismo sostitutivo, posto che la norma che dichiara l'invalidità di un contratto concluso in difetto, ad esempio, di autorizzazione, non possiede alcun contenuto che può andarsi a sostituire a quanto le parti avessero in precedenza concordato.

Ciò che rileva, dunque, ai fini dell'individuazione della norma imperativa, agli effetti dell'art. 1339 c.c., è la capacità di applicarsi al contratto *in luogo* di una clausola contrattuale preventivamente pattuita.

9. Segue. L'assenza della previsione di ulteriori sanzioni diverse dall'invalidità.

Parte della dottrina e della giurisprudenza ha inoltre individuato un ulteriore requisito ai fini dell'applicabilità dell'art. 1339 c.c.: è stato così affermato che, qualora la disposizione normativa preveda sanzioni diverse o escluda espressamente l'operatività della sostituzione, quest'ultima non possa trovare applicazione³¹³. Presupposto di questo orientamento è che l'inserzione automatica di clausole, in sostituzione delle clausole contrattuali difformi, postuli che dal testo o dallo spirito della disposizione sia ricavabile la invalidità di ogni clausola contraria, invalidità che non è invece ipotizzabile nell'ipotesi in cui sia prevista, per l'inosservanza del precetto normativo, una sanzione diversa dalla sostituzione o dalla invalidità della clausola contrattuale difforme³¹⁴. Così, ad esempio, non si è provveduto all'applicazione dell'art. 1339 c.c. nell'ipotesi in cui le parti avessero concluso un contratto di gestione dei distributori automatici di carburante per autotrazione per una durata inferiore

³¹¹ G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, p. 248 ss.

³¹² SACCO – DE NOVA, *Il contratto* (2016), p. 1014.

³¹³ DE MARTINI – RUOPPOLO, *Sub art. 1339*, p.209; DI MARZIO, *La nullità del contratto*, p. 775; Di STASO, *I contratti in generale*, p. 1663-1665.

³¹⁴ In questo senso si vedano Cass. civ. 16 luglio 1946, n. 892, in *Foro It.*, 1947, I, c. 376; ID. 6 febbraio 1978, n. 555, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 901 ss., con nota adesiva di CAPUTO; ID. 17 marzo 1981, n. 1539, in *Rep. Foro It.*, 1981, *Contratto in genere* [voce], n. 255; ID. 29 aprile 1981, n. 2630, in *Giust. civ.* 1981, I,1554 e *Foro it.* 1981, I,1561, con nota critica di PARDOLESI; ID. 21 gennaio 1985, n. 224, in *Rep. Foro It.*, 1985, *Contratto in genere* [voce], n. 141.

alla durata minima novennale stabilita dalla legge, poiché il legislatore aveva espressamente previsto, come sanzione in caso di violazione, la decadenza del concessionario³¹⁵.

Si tratta, ad ogni buon conto, di un orientamento giurisprudenziale che, ove ribadito, potrebbe comportare nei fatti rilevanti problemi applicativi con riferimento ai provvedimenti emanati dalle Autorità. Nessun problema infatti per l'art. 117, 8 co. t.u.b che espressamente sancisce la nullità, e l'irrogazione di ulteriori sanzioni costituisce una semplice accentuazione del carattere imperativo. Maggiori perplessità sorgono invece nell'ipotesi in cui la nullità non sia espressamente prevista; si pensi, ad esempio, alla violazione di uno dei provvedimenti emanati dall'AEEGSI sopra analizzati. L'art. 2, co. 20, lett c) della l. n. 481/1995 attribuisce all'Autorità il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie «*in caso di inosservanza dei propri provvedimenti*». Se si aderisse alla ricostruzione dottrinale sopra riportata, la previsione della irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria sarebbe sufficiente ad escludere l'applicabilità dell'art. 1339 c.c.. Per ovviare a questa situazione parte della dottrina ha ritenuto di dover procedere all'analisi della *ratio* della norma che sanziona una determinata pattuizione: così se il legislatore ha inteso vietare una specifica determinazione, l'art. 1339 c.c. potrebbe trovare applicazione; diversamente ciò non potrebbe accadere qualora la finalità perseguita dal legislatore fosse sanzionare un certo comportamento³¹⁶.

10. Sul significato del termine «*clausola*».

Poiché l'art. 1339 c.c. fa esplicito riferimento a *clausole* che vengono inserite, anche in sostituzione di *clausole* difformi, all'interno del contratto, occorre soffermarsi sul significato da attribuire al termine *clausola*.

È noto come il legislatore, nell'assenza di una qualificazione normativa generale³¹⁷, abbia fatto uso di tale vocabolo attribuendogli i significati più diversi³¹⁸, rendendo quindi

³¹⁵ Cass. civ. 6 febbraio 1978, n. 555, cit.; ID. 29 aprile 1981, n. 2630, cit.; ID. 21 gennaio 1985, n. 224, cit.

³¹⁶ SCOGNAMIGLIO, *Sub art. 1339*, p.

³¹⁷ SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, Cedam, 2008, p. 2.

³¹⁸ Si veda a questo proposito TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 130 ss., che riporta una dettagliata elencazione di tutte le disposizioni normative che utilizzano il termine "clausole", evidenziandone le diverse finalità di impiego. Cfr. anche RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (La terminologia legislativa nella materia del contratto)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 10. Non sorprende quindi l'affermazione di COVIELLO JR., *In margine all'art. 1340 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 501 ss., secondo il quale il significato della voce «*clausola*» nella terminologia positiva «è esatto ed univoco, conforme al linguaggio extragiuridico», invece «altro è il senso specifico di *clausola contrattuale*» poiché è qui che «*si entra nel campo delle distinzioni*».

particolarmente ardua l'ipotesi di ricondurne ad unità la nozione³¹⁹. Tuttavia, ciò non ha in ogni caso dissuaso la dottrina dal cercare di rintracciare un minimo comune denominatore comune, elaborando così alcune classificazioni.

Secondo una prima classificazione, le clausole possono essere distinte a seconda che abbiano come contenuto quello di informare o chiarire, oppure quello di dettare norme o statuire, «destinato, cioè, nell'un caso, a enunciare alcunché di esistente ovvero, nell'altro, a disporre un dover essere per il futuro»³²⁰. Nella prima ipotesi quindi la dichiarazione dovrà qualificarsi come meramente enunciativa, avendo come funzione solamente quella di fornire una rappresentazione della realtà, presente o passata; nella seconda, invece, la dichiarazione assume una funzione precettiva o dispositiva, esprimendo una regola a cui le parti affidano la disciplina dei rispettivi e reciproci interessi, valendo dunque a disporre un dover essere per il futuro.

Da un punto di vista meramente linguistico, inoltre, per clausola deve intendersi una qualsiasi delle proposizioni sintatticamente autonome che compone il regolamento negoziale, rappresentando, quindi, (c.d. clausole–proposizione)³²¹, l'insieme dei segni linguistici utilizzati per la trasmissione di una determinata informazione. Questa è, ad esempio, l'accezione del termine clausola utilizzato dall'art. 1363 c.c.: nello stabilire infatti che le clausole del contratto debbano interpretarsi le une per mezzo delle altre, l'articolo in questione non può avere come riferimento alcun contenuto precettivo della clausola, il cui significato è ancora in corso di accertamento e a cui tale articolo in effetti mira³²². L'unica nozione ammissibile al fine di consentire l'operatività del meccanismo indicato dall'articolo in esame è pertanto quella di clausola-proposizione, e quindi di autonomia unicamente sintattica della clausola, potendosi poi procedere all'individuazione dell'autonomia precettiva delle singole clausole contrattuali soltanto all'esito del procedimento ermeneutico.

³¹⁹ Sostiene come da tale varietà di accezioni derivi la palese inopportunità del ricorso al termine clausola per designare il nucleo elementare del contenuto del contratto, CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, p. 184.

³²⁰ BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, p. 150 ss.

³²¹ GRASSETTI, *Clausola del negozio*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 185; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, Giuffrè, 1957, p. 477. Nel medesimo senso NATOLI, *Su una «rimeditazione» relativa al II comma dell'art. 1419 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, p. 547; BIGLIAZZI GERI, *Sul significato del termine "clausola" in relazione al II comma dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 688 (nonché in *Studi in onore di G.B. Funaioli*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 5 ss.), secondo cui la clausola deve identificarsi con la «determinazione relativa ad un punto qualsiasi del contratto»; SARACINI, *Nullità e sostituzione*, p. 2 ss.; CASELLA, *Nullità parziale*, p. 18 ss.

³²² GRASSETTI, *Clausola del negozio*, p. 185.

Qualora invece si ponga l'attenzione sull'aspetto voluto-precettivo della proposizione contrattuale, il termine «*clausola*» viene inteso come precetto negoziale autonomo, che costituisce di per sé «*una parte elementare, un imperativo giuridico inscindibile*»³²³, il quale può essere contenuto tanto in una singola proposizione (clausola semplice) o quanto in più proposizioni (clausola composta). Questo imperativo contrattuale sarebbe pertanto dotato di individualità rispetto al contenuto complessivo del contratto, configurando un «*patto*» autonomo³²⁴. Per designare le clausole nel senso da ultimo attribuito è stata così adottata la formula di «*clausola-precetto*»: esse possono legislativamente o socialmente tipiche³²⁵, e possono racchiudere indifferentemente precetti principali o accessori, dichiarazioni determinative dell'oggetto, delle modalità delle prestazioni, della durata di esse³²⁶.

Alla luce di queste classificazioni, occorre dunque individuare quale significato attribuire al termine clausola a cui fa riferimento l'art. 1339 c.c.. Innanzitutto è possibile escludere che, nella fattispecie ivi disciplinata, si faccia riferimento alla c.d. clausola-enunciazione: queste infatti mancano di contenuto precettivo, limitandosi ad attestare la sussistenza o la verità di determinate circostanze del presente o del passato³²⁷; di contro, il meccanismo disciplinato dall'art. 1339 c.c. pare inteso dal legislatore nel senso di sostituzione del precetto deciso e voluto dalle parti, che disciplina una determinata obbligazione, con quello stabilito dal legislatore. Ciò, tuttavia, non comporta che le clausole-enunciazione siano prive di una specifica rilevanza. L'osservazione della prassi permette infatti di rilevare come il contenuto del contratto possa essere distinto tra contenuto squisitamente precettivo e contenuto

³²³ GRASSETTI, *Clausola del negozio*, p. 185. In senso analogo CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, p. 182 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, Giuffrè, 1988, p. 45, secondo cui la clausola contrattuale si identifica con «*ogni determinazione volitiva inscindibile contenuta nel contratto, non frazionabile cioè in ulteriori determinazioni volitive a sé stanti*».

In questo senso, SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, 2016, p. 78, secondo cui il termine clausola indica «*una componente della dichiarazione contrattuale di dimensione più ridotte di quanto sia l'indicazione dell'intera prestazione posta a carico di una parte*».

Questa prospettiva appare essere accolta dalla dottrina maggioritaria: così si vedano FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 271; FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti tra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, p. 312; TAMPONI, *op. ult. cit.*, p. 145.

³²⁴ GRASSETTI, *Clausola del negozio*, p. 185

³²⁵ GRASSETTI, *Clausola del negozio*, p. 186, che individua, come esempi delle prime, la clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), la clausola penale (art. 1382 c.c.), la clausola di esclusiva nella somministrazione (artt. 1567-68 c.c.), la clausola di esonero della responsabilità (art. 1229 c.c.), la clausola *solve et repete* (art. 1462 c.c.); costituiscono invece esempi delle seconde le clausole monetarie, nelle loro diverse forme e denominazioni (clausola d'aggio, clausola corso, clausola valore, clausola oro, clausola numeri indici, etc.), nonché le clausole «*senza impegno*».

³²⁶ TAMPONI, *op. ult. cit.*, p. 139.

³²⁷ È stato così efficacemente detto che la clausola è disposizione e non comunicazione, FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole*, p. 317.

meramente enunciativo o esplicativo, per cui non sembra possibile eliminare qualunque profilo di rilevanza della clausola con valore dichiarativo³²⁸. Si può pensare al caso delle premesse, o preamboli, del contratto, vale a dire a quella parte iniziale del contratto, spesso nettamente separata dalla parte propriamente precettiva o dispositiva, che riporta una breve descrizione delle parti e dell'attività dalle stesse svolta, o che contiene le dichiarazioni delle parti circa le intenzioni o gli obiettivi che le stesse si prefiggono di realizzare mediante la stipula del contratto³²⁹. La rilevanza delle clausole-enunciazione ha poi trovato conferma anche ad opera della giurisprudenza, la quale ha in particolar modo avuto l'occasione di evidenziare come anche le clausole prive di efficacia precettiva (poiché, ad esempio, nulle) mantengano in ogni caso una propria funzione ai fini della ricostruzione del significato e della portata di altre clausole del regolamento contrattuale³³⁰.

Ai fini dell'applicabilità dell'art. 1339 c.c., esclusa ogni rilevanza della clausola meramente enunciativa, occorre dunque stabilire se la clausola sostituita debba essere identificata con la clausola-proposizione o con la clausola-precetto. A seconda dell'accoglimento dell'una o dell'altra interpretazione, l'ambito di operatività del meccanismo di sostituzione risulterà più o meno ampio.

Così, l'adesione alla prima tesi porta senz'altro a soluzioni maggiormente conservative, nel senso che la sostituzione deve essere limitata alla singola proposizione sintattica che in contrasto con la norma imperativa³³¹. L'interprete in questo caso sarebbe chiamato a

³²⁸ SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, p. 17.

³²⁹ All'analisi del preambolo del contratto è dedicata la monografia di FERROLUZZI, *Del preambolo del contratto. Valore ed efficacia del «premessato che» nel documento negoziale*, Milano, Giuffrè, 2004.

³³⁰ In questi termini Cass. civ., 18 gennaio 1978, n. 237, in *Mass. Giust. civ.*, 1978, p. 96; v. pure Cass. civ., 2 ottobre 1998, n. 9790, in *Mass. Foro it.*, 1998, voce «*Notai»*, n. 88. In dottrina SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 142 ss.

In senso contrario IRTI, *La sintassi delle clausole*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 427, nt. 10, secondo cui le clausole invalide cessano di far parte del testo e quindi dell'interpretazione sistematica ex art. 1363 c.c., ma rientrano nell'interpretazione come elementi del comportamento e quindi ex art. 1362, 2° co. c.c.

³³¹ Efficacemente infatti è stato affermato che le clausole-proposizione stanno alle clausole precetto come l'articolo di legge sta alla disposizione legislativa; se esistono articoli di legge che contengono più norme formulate dal legislatore, allo stesso modo esistono proposizioni che contengono più «*precetti*»; e viceversa, come una norma può costituire la risultante di più articoli di legge, così il «*precetto*» può risultare da più proposizioni formulate dalle parti, le quali, se prese singolarmente, non esprimerebbero una compiuta volontà degli autori del negozio. Così TAMPONI, *op. ult. cit.*, p. 142. Nella stessa direzione si vedano anche FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole*, p. 319; SARACINI, *Nullità e sostituzione*, p. 2 ss.; CASELLA, *Nullità parziale*, p. 18 ss. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, p. 182, il quale, pur rilevando l'inopportunità del ricorso al termine «*clausola*» per designare il nucleo elementare del contenuto del contratto, ritiene che non vi sia «*alcuna coincidenza tra le determinazioni e le proposizioni delle quali il contratto consta*», poiché «*la determinazione può essere costituita [...] da più proposizioni, mentre una stessa proposizione può contenere, di converso, più determinazioni*».

depennare – con “matita blu” – le parole del testo contrattuale che enunciano il patto dichiarato invalido, senza però compromettere le restanti disposizioni negoziali³³².

Qualora invece si identifichi la clausola con il precetto negoziale irriducibile, ciò che rileva è l'autonomo significato precettivo della regola sostituita, a prescindere dalla sua estrinsecazione formale; sicché se il patto disapprovato è contenuto in una proposizione complessa, che contempla anche ulteriori previsioni dispositive, quest'ultime non saranno direttamente investite dalla nullità. Per converso, qualora una singola prestazione negoziale viene individuata dal combinato disposto di differenti proposizioni sintattiche, l'adesione alla nozione precettiva di clausola non può che determinare l'invalidità di tutti i patti inscindibilmente preordinati alla determinazione della prestazione dovuta.

Problematica ancora differente riguarda poi l'individuazione delle conseguenze nel caso in cui soltanto un elemento o una frazione della clausola contrattuale sia in contrasto con la norma imperativa. A questo proposito è noto il vivace dibattito determinato da una non recentissima sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³³³, in base alla quale per

Critico di questa impostazione è SACCO, *Il contratto* (1975), p. 864, che giudica «pedante» la distinzione tra «la mera disposizione e la clausola in senso sostanziale (diversa dalla clausola in senso formale)», da intendersi come «elemento precettivo unitario, capace di articolarsi in più “disposizioni”».

³³² Frequente è stata l'adozione di questa impostazione negli ordinamenti di *common law*, dove, soprattutto con riferimento ai patti limitativi della concorrenza, inseriti nei contratti di lavoro, le Corti hanno fatto largo uso della c.d. *blue-pencil rule*. Questa espressione, coniata da Lord Sterndale nel caso *Attwood v Lamont* [1920] 3 K.B. 571, sta ad indicare il potere del giudice di “depennare” dal testo del contratto le parole che descrivono il patto invalido, senza compromettere le restanti disposizioni negoziali. Si tratta in ogni caso di un potere che deve essere esercitato nel rispetto di due limiti: il giudice infatti non può in nessun caso creare un nuovo contratto per le parti, sia nel senso di riscrivere la clausola nulla, che nel senso di alterare in modo sostanziale l'assetto di interessi predisposto dalle parti. In questo senso, nella pronuncia, *Sadler v Imperial Life Assurance Company of Canada Ltd* [1988] I.R.L.R. 388, ripreso espressamente anche da *Beckett Investment Management Group v Hall and others* [2007], EWCA civ 613, è stato affermato che l'estrapolazione della clausola è possibile solo se: «(i) *the unenforceable provision is capable of being removed without the necessity of adding to or modifying the wording of what remains*; (ii) *the remaining terms continue to be supported by adequate consideration*; (iii) *the removal of the unenforceable provision does not so change the character of the contract that it becomes 'not the sort of contract that the parties entered into at all*».

Strettamente connessa alla *blue-pencil doctrine* è la teoria c.d. della *severance*, che permette al giudice, se possibile, di estrapolare le clausole contrattuali che siano nulle, mantenendo così il contratto valido per il resto (“*you may reject the bad, and retain the good*”).

Sul punto si rinvia a PRENTICE, *Illegality and Public Policy*, in *Chitty on Contracts. General Principles*, 31° ed., 2012, 16-197 – 16-206; TREITEL, *An outline of the law of contract*, Oxford, 2004, p. 214 ss. Per la dottrina italiana, v. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento*, p. 13 ss.; GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. II. Il problema in proiezione europea*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 336 ss.

Sostiene la necessità di un approccio maggiormente “formalistico”, che determini la sostituzione tra la proposizione negoziale viziata e la relativa proposizione della norma imperativa, BIGLIAZZI GERI, *Sul significato del termine “clausola”*, p. 689.

³³³ Cass. civ. SS.UU. 16 ottobre 1958, n. 3294, in *Giur. It.*, 1959, I, p. 31 ss., nonché in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 311 ss., con nota di FRAGALI; in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, p. 539 ss., con nota di NATOLI; in *Riv. dir. lav.*, 1958, II, p. 564 ss., con nota di PERA; in *Foro It.*, 1958, I, p. 1603 ss.

clausola contrattuale deve intendersi «*quel precetto di autonomia privata, isolato od isolabile nel contesto complesso di un contratto, che la legge non considera scindibile nelle sue varie proposizioni (se di varie proposizioni si compone)*», di modo che, salva diversa disposizione espressa, nel caso di nullità di una clausola per effetto del vizio solo di una parte di essa, la sostituzione ad opera della norma imperativa deve avvenire con la sostituzione dell'intera norma con l'intera clausola, e non di parte della norma alla parte della clausola che ne determina la nullità. Non è pertanto possibile che il precetto unitario, venuto a mancare, venga sostituito da un precetto composito, del quale entri a fare parte la frazione della clausola non direttamente nulla, e la frazione del precetto imperativo che gli si sostituisce, poiché questa commistione tra fonti precettive autonome ed eteronome è possibile solamente quando espressamente previsto da una disposizione che di legge, che indichi in modo specifico la misura o il modo della sostituzione o della riduzione di un membro di un intero precetto.

Con riferimento a questo fenomeno che si potrebbe definire di “sostituzione parziale”³³⁴, le argomentazioni della giurisprudenza, favorite anche dalle esigenze del caso concreto³³⁵, sembrano tuttavia eccessivamente rigorose: non appare infatti che sussistano controragioni per impedire la commistione tra la clausola di origine negoziale e quella di origine legale, purché tale commistione non impedisca la produzione di effetti giuridici, o determini la produzione di effetti giuridici inconciliabili.

11. La salvaguardia della volontà delle parti contraenti: sulla applicazione della disciplina dell'annullamento per errore di diritto e dalla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

L'inderogabilità e l'automaticità del meccanismo di sostituzione pone, poi, ulteriori questioni relative alla salvaguardia della volontà dei contratti. Ci si è così posti il problema circa la possibilità di applicare al contratto, che abbia subito la sostituzione automatica di una clausola o, anche, del prezzo stabilito dalle parti contraenti, istituti, propri della disciplina

In senso conforme, Cass. civ. 24 marzo 1979, n. 1721, in *Giust. civ. Mass.* 1979, fasc. 3; ID. SS.UU. 16 febbraio 1983, n. 1184, in *Giust. civ. Mass.* 1983, fasc. 2

³³⁴ Così PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, p. 257, secondo cui «è un problema di interpretazione quello di stabilire se tutta la clausola, soltanto in parte toccata dalla nullità, debba cedere di fronte alla norma imperativa o se quest'ultima determini una sostituzione soltanto parziale, consentendo un trapianto del dettato legislativo nel corpo di una clausola che presenti parti non viziate in quanto estranee e non contrastanti con la previsione normativa».

³³⁵ La questione, che aveva dato avvio ad un crescente contenzioso giudiziario, riguardava il contrasto tra una disposizione del Contratto collettivo per i lavoratori dell'industria metalmeccanica e l'art. 2108 c.c. per la misura della retribuzione del lavoro straordinario.

generale del contratto, diretti a caducare o a sciogliere il vincolo contrattuale. In particolare si è a lungo discusso circa l'applicabilità degli istituti dell'annullamento per errore di diritto e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta³³⁶.

Con riferimento alla prima questione, ovverosia quali siano le sorti del contratto concluso dalle parti contraenti ignorando l'esistenza della disposizione normativa che ha determinato l'inserzione e/o la sostituzione di parte del regolamento contrattuale, è possibile individuare due differenti orientamenti: parte della dottrina, infatti, appare risolta nel senso di escludere l'applicabilità della disciplina dell'annullamento per errore di diritto³³⁷: si sostiene così che concedere il diritto di esperire l'azione di annullamento per errore di diritto comporterebbe, di fatto, la disapplicazione della norma sostitutiva, con l'effetto di far soccombere, rispetto all'interesse della parte alla rimozione del vincolo contrattuale, l'interesse sociale garantito dalla norma sostitutiva³³⁸. In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza, che, in linea generale, non accorda al soggetto caduto in errore il rimedio dell'annullamento del contratto, argomentando sulla base vuoi della mancanza del carattere negoziale delle clausole contrattuali sostituite³³⁹ vuoi sulla necessità di impedire che il ricorso

³³⁶ Alcuni autori hanno analizzato la possibile applicabilità dell'istituto della rescissione, qualora l'inserimento automatico della clausola contrattuale sia idoneo a generare uno squilibrio tra le prestazioni, arrivando, in ogni caso, ad escluderla: il rimedio rescissorio, infatti, così come configurato dal codice civile, è accordato solamente qualora la sproporzione tra le prestazioni contrattuali derivi da specifici stati soggettivi delle parti contraenti (la conoscenza dello stato di pericolo e l'approfittamento dello stato di bisogno in cui versa la controparte al fine di trarne vantaggio). In questo senso, NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, p. 165 – 166. In senso adesivo, PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, p. 259.

³³⁷ In questo senso, BIANCA, *Il contratto*, p. 487, nt. 51; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, p. 161 ss.; PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, p. 258 – 259. Parrebbe propendere per tale orientamento anche CASELLA, *Nullità parziale*, p. 89, secondo il quale, almeno con riferimento alle norme imperative preesistenti al momento della conclusione del contratto, «nessun rilievo spiegano la consapevolezza e la volontà delle parti» circa l'applicabilità in concreto di tali disposizioni; questo perché tali norme rappresentano «limiti esterni imperativi dell'autonomia», la cui funzione non è dunque «subordinabile alla compatibilità o meno con gli interessi dei contraenti o di uno di essi, invocati ex post».

In questo senso cfr. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 180, per il quale «se lo scopo della legge è quello di imporre una disciplina del rapporto contrattuale diversa, perché ritenuta «più giusta», rispetto a quella stabilita dalle parti, non si può ammettere che uno dei contraenti invochi la propria ignoranza della legge per liberarsi dagli effetti contrattuali, perché ciò significherebbe eludere la legge stessa».

Non appare invece condivisibile l'opinione di BARCELLONA, *Intervento statale*, p. 271 ss., che muove dalla considerazione che l'inapplicabilità di quel gruppo di norme teso ad assicurare l'integrità della volontà (così la disciplina dei vizi del consenso, della rescissione, dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, dell'interpretazione) deriva dal fatto che, nella fattispecie disciplinata dall'art. 1339 c.c., «l'efficacia dell'atto privato non risulta connessa ad un determinato atteggiamento del contenuto della determinazione volitiva», con la conseguenza che «ove si ammettesse l'annullamento per vizio del consenso, si subordinerebbe l'attuazione dell'interesse protetto (dalla disciplina interventistica) alla valutazione della gravità del vizio operata dal singolo soggetto».

³³⁸ Così BIANCA, *Il contratto*, p. 487, nt. 51.

³³⁹ Così Cass. civ. 21 dicembre 1994, n. 11032, in *Dejure*, la quale, accogliendo l'orientamento dottrinale per cui l'errore di diritto rileva solo se «concerne circostanze esterne che entrano in gioco esclusivamente nella veste di

alla disciplina dell'annullamento per errore di diritto diventi un facile strumento di elusione del meccanismo di sostituzione automatica dettato dall'art. 1339 c.c.³⁴⁰, vuoi ancora per la mancanza del carattere di essenzialità dell'errore. Apri-fila, in questo senso, è stata la sentenza della Corte di Cassazione, del 13 maggio 1983 n. 3293³⁴¹, il cui percorso argomentativo è stato poi ripreso dalla giurisprudenza successiva³⁴²: la controversia, su cui la Corte era chiamata ad esprimersi, riguardava l'invalidità di alcuni contratti di lavoro subordinato "a termine", poiché conclusi da un'impresa per la sostituzione dei dipendenti in ferie; possibilità questa preclusa dall'art. 1 della l. 18 aprile 1962, n. 230 (*"Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato"*), secondo cui, salvo le eccezioni ivi indicate, *«il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato»*. La società aveva così tentato di evitare la conversione del contratto adducendo un errore di diritto nel quale sarebbe incorsa a causa di una circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, in cui si definiva *«omnia»* la possibilità di stipulare contratti a termine

elementi soggettivi circa la convenienza del negozio», afferma che «deve escludersi che possa attribuirsi rilevanza all'errore del contraente che conclude il contratto ignorando l'esistenza delle norme imperative da cui deriva la integrazione e quindi la modifica del regolamento contrattuale, attesa la mancanza del carattere negoziale delle clausole rispetto alle quali si è verificata una sostituzione legale». Critico nei confronti di tale argomentare GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, p. 972, secondo il quale *«l'annullamento del contratto non è possibile per il disposto dell'art. 1419² e non già perché le clausole sostituite non avrebbero carattere negoziale».*

³⁴⁰ App. Napoli, 27 giugno 2008, n. 2482, in *Guida al diritto*, 2008, 43, 58 (s.m.), che ha affermato che ammettere l'esperibilità del rimedio dell'annullamento per errore di diritto determinerebbe la *«paradosale situazione in cui il summenzionato meccanismo della sostituzione automatica delle clausole difformi (peraltro posto a presidio di interessi collettivi di preminente interesse pubblico) potrebbe essere eluso con facilità proprio invocando un presunto errore di diritto».*

³⁴¹ Cass. civ., sez. lav. 13 maggio 1983, n. 3293, in *Lavoro e prev. oggi*, 1983, p. 1405 ss. e in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 483 ss., con note di CAPPAGLI e ALTAVILLA. In senso conforme, benché in via di *obiter dictum* Cass. civ., sez. lav. 23 gennaio 1999, n. 645, in *Contratti*, 1999, p. 1093 ss. con nota di SPATARO.

È interessante rilevare come la Suprema Corte ritenga violata nel caso di specie solamente la norma di cui all'art. 1419, comma 2 c.c., *«dato il carattere di generalità che essa riveste in tema di conservazione dei contratti, sul rilievo che il libro del lavoro non contiene alcuna disposizione in proposito»*, e non invece l'art. 1339 c.c., *«inserita com'è nella disciplina dell'accordo delle parti in materia di stipulazione di contratti diversi da quelli riguardanti prestazioni di lavoro».*

In senso contrario si esprime invece CASELLA, *Nullità parziale*, p. 124 ss., secondo cui l'art. 1339 c.c. rappresenta una norma speciale, che, malgrado la sua formulazione *«infelice e generica»*, non contempla tutti i contratti, ma solo talune categorie o classi di contratti, tra cui spiccano esattamente i contratti *«riferibili alle imprese e ai lavoratori subordinati nelle imprese».*

³⁴² Così si è espressa la Corte di Cassazione in una serie di pronunce relative alla nullità della clausola di retrodatazione di un contratto di locazione per violazione della norma imperativa dettata dall'art. 79 della l. n. 392 del 1978: affermava infatti che la sostituzione di diritto della clausola nulla ad opera di norme imperative – nel caso di specie era invocato l'art. 1419, 2 co. c.c. – *«impedisce che al risultato dell'invalidità dell'intero contratto possa pervenirsi in considerazione della sussistenza del vizio del consenso cagionato da errore di diritto essenziale, avente ad oggetto la clausola nulla in rapporto alla norma imperativa destinata a sostituirla, poiché l'essenzialità di tale clausola rimane esclusa dalla stessa prevista sua sostituzione con una regola posta a tutela di interessi collettivi di preminente interesse pubblico».* Cfr. Cass. civ. 29 settembre 2005, n. 19156, in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, p. 961 ss., con nota di GREBLO e in *Vita not.*, 2006, p. 280 ss.; ID. 21 novembre 2014, n. 24843, in *Arch. locazioni*, 2015, p. 159 ss.; ID. 20 agosto 2015, n. 17026, in *DeJure* (seppur in via di *obiter dictum*).

In tema di contratti agrari, cfr. Cass. civ. 21 agosto 1997, n. 7822, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1467.

per sostituire lavoratori assenti per ferie. La Suprema Corte respingeva tuttavia questa ipotesi, sostenendo che il riconoscimento della rilevanza dei vizi del consenso, determinando l'elusione del meccanismo di inserzione automatica della disposizione imperativa, «*condurrebbe ad aggirare la voluntas legis mediante la dichiarazione di invalidità del contratto*»; secondo la Corte, infatti, la sostituzione ad opera della norma imperativa della clausola dichiarata nulla impedisce ogni valutazione circa l'essenzialità della clausola, essenzialità il cui verificarsi estende gli effetti della nullità parziale, di regola limitati ex art. 1419, 1 co. c.c. solamente alla clausola o alla parte di contratto dichiarata nulla, all'intero contratto. La Corte giustificava infine le proprie conclusioni anche alla luce del principio *ignorantia legis non excusat*, per effetto del quale le parti non possono addurre l'errore di diritto essenziale a giustificazione del vizio del consenso, dal momento che «*l'emanazione della norma imperativa impedisce che di essa possa esserne elusa l'applicabilità per motivi inerenti alla sua stessa natura di norma giuridica che, in caso contrario, non verrebbe più a svolgere la sua funzione di principio regolatore dei rapporti sociali*». Le conclusioni raggiunte dalla Corte appaiono certo lineari dal punto di vista dell'analisi delle norme di diritto positivo; è tuttavia innegabile come siffatta interpretazione, benché diretta a garantire al massimo grado la tutela degli interessi generali perpetrata attraverso la norma imperativa, finisce in concreto per negare alla parte, che si trovi vincolata ad un contratto diverso da quello voluto, senza possibilità di potersene liberare, la sua autonomia contrattuale. Per ovviare a queste criticità, una parte della dottrina ha ammesso la possibilità di esperire il rimedio dell'annullamento per errore di diritto³⁴³, sulla base della considerazione che solamente il soggetto, su cui grava un obbligo a contrarre, è tenuto – sempre ed in ogni caso – alla conclusione del contratto; in tutte le altre ipotesi, invece, la norma cogente può operare quando i contraenti, conoscendola o sospettandone l'esistenza, hanno contratto con l'intento di sottomettersi o con l'intento di eluderla, mentre può essere esclusa, attraverso l'azione di annullamento, se il contraente danneggiato dimostra di averla ignorata³⁴⁴.

La dottrina si è infine interrogata circa la possibilità di concedere alla parte che, in seguito all'integrazione autoritativa, si ritrova a dover eseguire una prestazione che è divenuta eccessivamente onerosa, il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta³⁴⁵;

³⁴³ FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, p. 41; GALGANO, *Obbligazioni e contratti*, p. 335; SACCO – DE NOVA, *Il contratto* (2016), p. 500 e 1387 – 1388; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, p. 1163 – 1165.

³⁴⁴ SACCO – DE NOVA, *Il contratto* (2016), p. 500 e 1387 – 1388

³⁴⁵ In senso negativo si veda FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, p. 43; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, p. 166 ss.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, p. 1691. In senso adesivo, PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, p. 259.

l'esperibilità di questo di rimedio è tuttavia da escludere: innanzitutto, secondo una prima interpretazione, è possibile qualificare la norma cogente, che determina lo squilibrio tra le prestazioni, come una deroga agli artt. 1467 e 1468 c.c.³⁴⁶. Inoltre solo attraverso una forzatura interpretativa sarebbe possibile identificare la norma cogente sopravvenuta come quell' «*avvenimento straordinario ed imprevedibile*» idoneo far scattare l'applicabilità del rimedio in esame. Di questa difficoltà si è fatta interprete la giurisprudenza che ha difatti sempre escluso l'applicabilità del rimedio in esame; facili esempi sono a questo proposito rinvenibili nella vecchia giurisprudenza formatasi in tema di revisione dei prezzi, con riferimento ai contratti di fornitura di energia elettrica³⁴⁷, o di pubbliche forniture, o ancora per i contratti di locazione agricola ed urbana, soggetti alle disposizioni vincolistiche³⁴⁸.

11. Il problema dello *ius superveniens*. La possibile rilevanza della nullità sopravvenuta.

Il tema dell'inserzione all'interno del contratto di clausole imposte da provvedimenti successivi alla stipulazione del contratto rappresenta un problema «*di non piccola importanza*», che è stato affrontato, quantomeno, già ai tempi del secondo dopoguerra³⁴⁹. Inizialmente, la giurisprudenza, posta di fronte al tema, grave soprattutto sul piano della giustizia sostanziale, ricercò la soluzione sul piano del sistema delle fonti, con risultati che furono criticamente discussi dalla dottrina³⁵⁰; si sostenne infatti che, nell'ipotesi di anteriorità del contratto alla norma sostitutiva, la soluzione non dovesse essere trovata nel secondo comma dell'art. 1419 c.c., bensì nel primo comma, e troverebbe dunque la propria soluzione sulla base della volontà dei contraenti; questa conclusione veniva così giustificata sulla base del fatto che le parti, quando concludono un contratto contenente una clausola vietata dall'ordinamento, non

³⁴⁶ Così SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, 2016, p. 1691.

³⁴⁷ Cass. civ. SS.UU. 3 agosto 1949, n. 2150, in *Foro It.*, 1950, I, p. 120.

³⁴⁸ Cass. civ. 28 ottobre 1949, n. 2477, in *Foro it.*, 1950, I, p. 9 ss.

³⁴⁹ ZICCARDI, *L'integrazione*, p. 146-147.

³⁵⁰ In particolare il contenzioso era sorto con riferimento ai contratti contenenti la c.d. clausola-oro, ovvero una clausola di garanzia monetaria che tutelava il creditore dal danno derivante dalla possibile svalutazione monetaria, legando il valore dell'obbligazione pecuniaria all'andamento del valore dell'oro, con l'effetto che il pagamento doveva avvenire in moneta legale aumentata a seconda della svalutazione che la stessa ha subito rispetto alle fluttuazioni del valore dell'oro. Il legislatore dichiarò la nullità di questa clausola con il R.D.L. 5 ottobre 1936, n. 1745

Diede avvio a questo orientamento Cass. civ. SS.UU. 7 maggio 1948, n. 675, in *Foro It.*, 1948, I, p. 1129 ss., con nota di SANTORO PASSERELLI, e in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, p. 661, con ampia nota critica di MAZZA. Per ampi riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, p. 146-147.

Per ulteriori approfondimenti sulla clausola-oro, si vedano SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, 2016, p. 1025 ss.

possono sostenere che non l'avrebbero concluso senza quella clausola, dato che, pur sapendo che la stessa non poteva avere efficacia ed, anzi, era sostituita di diritto da una norma imperativa, *«hanno voluto concludere il contratto e lo hanno concluso pure con l'alea di quella sostituzione, la cui operatività concreta sapevano dipendente dal mero arbitrio di una di esse»*.

La dottrina non esitò a criticare questo orientamento, evidenziando la *«inammissibilità»* di tale ragionamento che presuppone la necessità di un'adesione della volontà delle parti alla regola posta dalla legge, adesione irrilevante perché la legge, intervenendo autoritativamente a riparare la nullità, prescinde da qualsiasi rilievo della volontà delle parti³⁵¹.

Più recentemente la giurisprudenza è tornata sul tema, rivedendo implicitamente l'orientamento espresso in precedenza e dettando una distinzione a seconda che l'inserzione della clausola, imposta da un provvedimento emanato successivamente alla conclusione del contratto, operi su un contratto ad esecuzione istantanea, o ad esecuzione continuata o periodica³⁵².

Nel primo caso appare così propensa a ritenere inapplicabili – con conseguente negato effetto sostitutivo – le norme emanate successivamente alla conclusione del contratto. In questo senso infatti si sono recentemente espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con una serie di pronunce depositate il 25 marzo 2016³⁵³; più precisamente la Suprema Corte era chiamata a pronunciarsi circa il possibile riverberarsi sul contratto preliminare di compravendita di un immobile, nell'ambito della procedura di dismissione del patrimonio immobiliare appartenente allo Stato (disciplinata dal d.l. 25 settembre 2001 n. 351, conv., con modif., dalla l. 23 novembre 2001 n. 410³⁵⁴) delle variazioni di prezzo operate dall'ente pubblico e derivanti dal susseguirsi di modifiche della classificazione dell'immobile oggetto delle negoziazioni³⁵⁵. Affermava dunque la Corte che, una volta che l'ente previdenziale, nella

³⁵¹ In questo senso RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, p. 53 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, p. 447-448; SANTORO PASSERELLI, *Validità del contratto con clausola oro*, in *Foro It.*, 1949, I, p. 42; SARACINI, *Nullità e sostituzione*, p. 103 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, p. 248; ZICCARDI, *L'integrazione*, p. 146-147. In senso contrario, invece, MESSINEO, *Contratto*, p. 944

Si segnala anche la posizione di CRISCUOLI, *La nullità parziale*, p. 212 ss., il quale però ritiene che le norme sostitutive emanate successivamente alla conclusione del negozio *«non sono, di regola, applicabili ai rapporti giuridici in corso, tranne che abbiano efficacia retroattiva»*.

³⁵² Sui contratti di durata, v., in generale, il fondamentale scritto di OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 ss.; *ivi*, 1944, I, p. 18 ss., nonché *Obbligazioni e negozio giuridico*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Padova, Cedam, 1992, p. 200 ss.

³⁵³ Cass. civ. SS. UU. 25 marzo 2016, n. 6023, 6024 e 6025.

³⁵⁴ In particolare, l'art. 3 del d.l. 351/2001 attribuisce al conduttore dell'immobile sia un diritto di opzione per l'acquisto dello stesso che un diritto di prelazione, ove non sia esercitato il primo.

³⁵⁵ Nel caso di specie, le modificazioni di prezzo derivavano dalla modificazione della classificazione dell'immobile, il quale, con D. M. 1 aprile 2003, era stato inserito all'interno degli immobili di "pregio",

sua qualità di gestore dell'operazione, abbia comunicato al conduttore dell'immobile una proposta di vendita con indicazione del relativo prezzo, e tale proposta sia stata tempestivamente accettata dall'oblato, si è perfezionato un vero e proprio contratto preliminare di compravendita; con l'effetto, quindi, che diventa irrilevante, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1339 c.c., la modifica, successiva alla conclusione del contratto, della qualificazione del bene da trasferire³⁵⁶.

Diversamente invece parrebbe la disciplina dei contratti di durata o, in ogni caso, dei contratti caratterizzati dalla circostanza per cui i rapporti tra le parti possono protrarsi per un certo lasso di tempo; a questo proposito appaiono emblematiche le vicende che hanno coinvolto le c.d. fideiussioni *omnibus* e il tema della c.d. usura sopravvenuta³⁵⁷.

per poi essere successivamente riclassificato come “non di pregio”, ed essere infine inserito nuovamente, con D. M. 13 aprile 2007, tra gli immobili “di pregio”.

³⁵⁶ L'art. 3 del d.l. 351/2001 stabilisce infatti che il prezzo di vendita delle unità immobiliari ad uso residenziale, escluse quelle di pregio ai sensi del comma 13, offerte in opzione ai conduttori che acquistano in forma individuale è pari al prezzo di mercato delle stesse unità immobiliari libere diminuito del 30 per cento.

³⁵⁷ È noto come la dottrina tradizionale escluda che i contratti sia di fideiussione sia di mutuo (ed in generale i contratti di credito ad esso affini) appartengano alla categoria dei contratti di durata, locuzione che viene utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza come alternativa all'espressione codicistica «*contratti ad esecuzione continuata o periodica*». Con tale espressione infatti si denotano tutti i contratti caratterizzati dal fatto che: (i) l'adempimento della prestazione si protrae necessariamente nel tempo, cosicché i rapporti di durata devono essere intesi come «*rapporti contrattuali obbligatori di durata*»; (ii) «*l'interesse o il bisogno durevole cui il contratto soddisfa*» riceve realizzazione solamente mediante un adempimento che perdura nel tempo (OPPO, *Il contratto di durata*, in *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, Cedam 1992, p. 200 ss. e spec. p. 248 ss. [dove è riprodotto il saggio pubblicato con lo stesso titolo in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 ss. e *ibidem*, 1944, p. 18 ss.]).

La dottrina dominante esclude che questi caratteri possano essere rinvenuti all'interno dei contratti di mutuo, escludendo che l'interesse del mutuatario possa venire soddisfatto dal mutuante mediante l'adempimento continuato di un'obbligazione. Sul punto si vedano, tra gli altri, FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, Boogna-Roma, 1966, p. 20 ss.; MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 1999, p. 451; OPPO, *I contratti di durata*, p. 225ss.; SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 92-106; TETI, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 12, Torino, Utet, 1985, p. 662 ss..

In senso analogo la dottrina esclude questa classificazione in capo alla fideiussione: FRAGALI, *Fideiussione*, p. 348. Contra, BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XIII, Torino, Utet, p. 214; BRIOLINI, *Fideiussioni omnibus non «esaurite» e la legge sulla trasparenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1996, p. 702 ss., seppur limitatamente all'istituto ivi analizzato; FAVARA, *La fideiussione omnibus come contratto di durata*, in *Giust. civ.*, 1989, II, p. 40.

Per una recente analisi ed una proposta di nuova classificazione, si veda LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, IV, p. 501 ss.

12. *Segue. La fideiussione omnibus.*

Con riferimento all'istituto delle fideiussioni *omnibus*³⁵⁸, la vicenda prese avvio con le modifiche introdotte dall'art. 10 della l. 17 febbraio 1992, n. 154 (*“Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari?”*), che, come noto, ha disposto: (i) la sostituzione del precedente art. 1938 c.c., esigendo la previsione dell'importo massimo garantito dal fideiussore; (ii) l'introduzione di un secondo comma dell'art. 1956 c.c., che nega la validità della preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione, dettata dal comma 1, in base al quale *«il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito»*.

Il dibattito prese le mosse proprio dall'analisi della legge sulla trasparenza bancaria, la quale, non prevedendo una disciplina transitoria³⁵⁹, pose il problema della definizione dei rapporti fideiussori ancora pendenti alla data della sua entrata in vigore³⁶⁰, distinguendosi, poi, tra fideiussioni *«chiuse»*, cioè prestate prima del 9 luglio 1992 e che avessero cessato di garantire nuove obbligazioni del debitore principale, e fideiussioni *«aperte»* o *«ancora in corso»*, parimenti concesse prima del 9 luglio 1992, ma che fossero ancora efficaci a quella data³⁶¹.

Dottrina e giurisprudenza si divisero così in due orientamenti principali: il primo, minoritario, affermava che le disposizioni di cui alla citata riforma sarebbero norme di interpretazione autentica ed in quanto tali dotate di efficacia retroattiva³⁶², con la conseguenza

³⁵⁸Per una ricognizione generale della fideiussione *omnibus* si vedano: CALDERALE, *Fideiussione omnibus* [voce], in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, VIII, Utet, 1992, p. 277 ss.; PONTIROLI, *Fideiussione omnibus* [voce], in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, Agg. I, Utet, 2000, p. 373 ss.; VALIGNANI, *La clausola omnibus*, in GRIPPO-PACCHI-PASQUARIELLO-VALIGNANI, *Le garanzie personali*, I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Giappichelli, 2007, p. 157 ss.

Da ultimo, cfr. DI BIASE, *La fideiussione “omnibus” a ventun’anni dalla legge sulla trasparenza bancaria: alla ricerca dei “limiti” all’impegno del garante*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1, p. 178 ss.

³⁵⁹ L'art. 11, 4° co. si limita infatti a prevedere che la disposizione di cui all'art. 10 acquisti efficacia trascorsi centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge.

³⁶⁰ Escluse dalla problematica erano infatti le fideiussioni ormai *«esaurite»*, intendendosi *«per rapporti esauriti quelli definiti con sentenza passata in giudicato o nei quali siano decorsi termini di decadenza o prescrizione»* o in cui sia intervenuto il pagamento da parte del debitore. In questo senso, BRIOLINI, *Fideiussioni omnibus non «esaurite»*, p. 686-687.

³⁶¹ La distinzione tra *«fideiussioni chiuse»* e *«fideiussioni aperte»* viene formulata da DOLMETTA, *Fideiussioni «chiuse» e legge sulla trasparenza: una massima della Cassazione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, II, p. 240 ss.

³⁶² La giurisprudenza della Corte costituzionale è costante nell'affermare che il legislatore, benché con il vincolo dettato dall'art. 25 Cost., può emanare disposizioni retroattive – anche di interpretazione autentica – purché la retroattività trovi *«adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale» ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU»*. Si vedano recentemente Corte Cost. 4 giugno 2014, n. 156, in *Giust. cost.*, 2014, p. 2505 ss.; ID. 8 maggio 2013, n. 170, in *Gius. cost.*, 2013, p. 2523 ss.; ID. 9 ottobre 2012, n. 264, in *Giur. cost.*, 2012, p.

che tutte le fideiussioni prive dell'indicazione dell'importo massimo garantito o dotate della clausola di deroga di cui all'art. 1956 c. c. sarebbero state nulle, anche qualora prestate precedentemente alla entrata in vigore della legge del 1992³⁶³. Conclusioni queste che venivano fondate, da un lato, sull'analisi dei lavori preparatori della legge sulla trasparenza bancaria³⁶⁴, dall'altro sulla presunta disparità di trattamento che si sarebbe altrimenti creata tra fideiussioni vecchie e nuove³⁶⁵.

Il secondo orientamento, prevalente in dottrina e giurisprudenza, riteneva di contro che ci si trovasse di fronte ad una norma innovativa ed in quante tale, in assenza di una espressa previsione di retroattività, non potesse operare che per il futuro, con la conseguenza di non poter coinvolgere le obbligazioni sorte prima della entrata in vigore della stessa legge di

4216 ss., con commenti di PINELLI, CAPONI e BILANCIA; ID. 5 aprile 2012, n. 78, in *Giust. cost.*, 2012, p. 1017 ss., con nota di RESCIGNO.

In senso critico, si veda PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, Giuffrè, 2003; SATTA, *Irretroattività della legge*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 5.

³⁶³ Trib. Forlì, 22 marzo 1993, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1994, II, p. 447 ss.; ID. Orvieto 8 marzo 1994, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1995, II, p. 643 ss. e *idem*, 23 dicembre 1994, in *Rass. giur. Umbra*, 1995, p. 400 ss., con nota di SASSI.

In questo senso si esprime VALCAVI, *Sulla nullità «ope legis» delle fideiussioni «omnibus» e sulle relative conseguenze*, in *Foro It.*, 1992, I, p. 791 ss., p. 791 ss., il quale, dopo aver ripercorso l'iter parlamentare della legge n. 154/1992, da cui emerge con chiarezza che l'intento perseguito dalle nuove disposizioni sia stato quello della «soppressione delle così dette fideiussioni omnibus», afferma che «siamo di fronte a norme d'interpretazione autentica, che «chiedono la discussione dottrinarie e giurisprudenziale» su questo importante tema», con l'effetto che «a rigore tutte le fideiussioni dovranno essere considerate nulle e di nessun effetto, dal momento in cui la legge sulla trasparenza bancaria entrerà in vigore».

Lo stesso A. ribadisce la propria posizione nel successivo scritto, *Sul carattere interpretativo della norma che vieta le fideiussioni omnibus e sulla sua applicazione retrospettiva alle liti pendenti*, in *Foro It.*, 1993, 1, p. 2171 ss..

³⁶⁴ Per un'analisi dei lavori parlamentari, si veda VALCAVI, *Sulla nullità «ope legis» delle fideiussioni «omnibus» e sulle relative conseguenze*, cit.

Con circolare del 9 marzo 1992 (successiva, quindi, alla pubblicazione della legge 154/92) l'A.B.I. aveva invitato le banche associate a fare sottoscrivere ai fideiussori, entro il termine di entrata in vigore dell'art. 10 L. 154/92 (9 luglio 1992) apposita dichiarazione aggiuntiva relativa alla limitazione dell'importo (se tale limitazione non era stata già prevista in ossequio ad una precedente circolare del 1987) o a comunicare la unilaterale determinazione di tale importo in caso di impossibile rinegoziazione entro il 9 luglio 1992 e ciò al fine di provare l'esistenza di un comportamento conforme a buona fede.

³⁶⁵ In questo senso IACUANIELLO BRUGI, *La fideiussione omnibus tra recente passato e prossimo futuro*, in *Giur. It.*, 1992, 1, p. 1305 ss., che afferma, apoditticamente, che il problema – i.e. se l'art. 10 della legge sulla trasparenza bancaria sia atta o meno a caducare le fideiussioni generali già in essere e non conformi ad essa – non si porrebbe per la clausola di deroga all'art. 1956 c.c. «ché sovrviene comunque il disposto dell'art. 1419, comma 2°»; in ogni caso pare preferibile la lettura "interpretativa" della norma poiché, ove si accogliesse la natura innovativa, «a parte la disparità che, diversamente, si creerebbe fra fideiussioni vecchie e nuove (difficilmente giustificabile e che darebbe origine ad un ulteriore contenzioso), non si spiegherebbe il termine di 120 giorni concesso dalla legge perché le disposizioni in discorso acquistino efficacia», termine concesso evidentemente «per permettere alle banche di adeguare i contratti già in essere».

Nel medesimo senso, VALCAVI, *Sul carattere interpretativo della norma che vieta le fideiussioni omnibus e sulla sua applicazione retrospettiva alle liti pendenti*, cit.

riforma³⁶⁶. In questa fase, le controversie poste all'attenzione dei giudici riguardavano però principalmente le c.d. fideiussioni chiuse, quelle cioè in cui le obbligazioni di garanzia erano sorte prima dell'entrata in vigore della riforma; rispetto ad esse la giurisprudenza di legittimità si era pressoché concordemente assestata nel senso di escludere l'applicazione della nuova disciplina³⁶⁷. Rimaneva, tuttavia, il problema con riferimento alle c.d. fideiussioni «aperte», ovvero quelle fideiussioni potenzialmente produttive di nuove obbligazioni di garanzia dopo la riforma.

In questo quadro si colloca la pronuncia della Corte Costituzionale, del 27 giugno 1997, n. 204³⁶⁸, che, pur venendo originata da un caso di fideiussione chiusa (oggetto del giudizio

³⁶⁶ Così Cass. civ. 20 agosto 1992, n. 9719, in *Foro It.*, 1993, I, p. 2171 ss. (con nota di VALCAVI; ID. 25 agosto 1992, n. 9832, in *Foro It.*, 1993, cit.); ID. 19 marzo 1993, n. 3291 (in *Foro It.*, 1993, cit.; in *Contratti*, 1993, p. 559 ss., con nota di RAVAZZONI; in *Corr. giur.*, 1993, p. 692 ss., con nota di MARICONDA; in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1387 ss. con nota di PETRUCCI; in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, p. 37 ss. con nota di GALLO); ID. 21 aprile 1993, n. 4680 (in *Giust. civ. mass.*, 1993, 712 s.m.); ID. 22 giugno 1993, n. 6897 (in *Giust. civ. mass.*, 1993, 1061 s.m.); ID. 24 luglio 1993, n. 8291 (in *DeJure*); ID. 15 settembre 1993, n. 9534 (in *DeJure*); ID. 3 marzo 1994, n. 2115 (in *Giust. civ. mass.*, 1994, p. 256); ID. 20 ottobre 1994, n. 8582 (in *Giust. civ. mass.*, 1994, p. 1255); ID. 19 gennaio 1995, n. 558, in *Giur. It.*, 1996, I, p. 671 ss.; ID. 10 aprile 1995, n. 4117, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 797; ID. 29 agosto 1995, n. 9099 (in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, II, p. 596); ID. 28 luglio 1997, n. 7052 (in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1292); ID. 14 agosto 1997, n. 7603 (in *DeJure*).

Nella giurisprudenza di merito si vedano le sentenze di: Trib. Milano, 3 settembre 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, II, p. 302 ss.; ID. Napoli, 16 novembre 1992, in *Dir. banca merc. fin.*, 1994, I, p. 205 ss., con nota di SCOTTI GALLETTA; ID. Como, 27 novembre 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1657 ss., con nota di CAPUTO; ID. Forlì, 20 febbraio 1993, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1994, II, p. 447 ss.; Ap. Napoli, 7 aprile 1993, in *Dir. banca merc. fin.*, 1994, I, p. 205 ss., con nota di SCOTTI GALETTA; Trib. Rovigo, 31 luglio 1993, in *Giur. merito*, 1994, I, p. 884 ss.; ID. Roma, 7 dicembre 1993, in *Giur.*, 1994, p. 148; ID. Terni, 11 gennaio 1994, in *Rass. giur. Umbra*, 1994, p. 374 ss., con nota di SASSI; ID. Cagliari 20 gennaio 1994, in *Riv. giur. sarda*, 1994, p. 607, con nota di CORPINO; ID. Saluzzo, 29 gennaio 1994, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, c. 639 ss.; ID. Napoli, 8 marzo 1994, in *Giur. merito*, 1994, p. 605; ID. Milano, 13 e 16 giugno 1994, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, II, p. 233; ID. Monza, 10 settembre 1994, *ivi*, p. 230 ss.; ID. Genova, 14 marzo 1995, in *Vita not.*, 1995, p. 1206 ss., con nota di BORCHI; ID. Milano, 20 aprile 1995, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II; ID. Cagliari, 24 aprile 1995, in *Riv. giur. Sarda*, 1997, p. 80 ss., con nota di SASSI; ID. Milano, 15 maggio 1995, in *Rep. Foro it.*, 1996, *Fideiussione e mandato di credito* [voce], n. 32; ID. Casale Monferrato 8 maggio 1996, *ibidem*, n. 34; ID. Palermo 23 maggio 1996, in *Giur. merito*, 1997, 746; ID. Cagliari 19 marzo 1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 469.

³⁶⁷ L'argomento di fondo utilizzato dalla giurisprudenza è l'art. 10 della l. 154/1992, operando una riformulazione degli artt. 1938 e 1956 c.c., che ora non solo esigono la previsione dell'importo massimo garantito, ma negano anche al fideiussore la possibilità di rinunciare preventivamente ad invocare la propria liberazione per crediti concessi nonostante le difficoltà economiche del debitore, introduce «*innovazioni sostanziali, che investono la validità del contratto fideiussorio e delle sue clausole, e, quindi, i fatti generatori dei diritti da esso derivanti*»; conseguentemente questo «*ius superveniens*» non può operare rispetto alle fideiussioni concluse in precedenza, ancorché sia pendente una controversia, posto che una «*norma sostanziale, in difetto di previsione di retroattività, è d'immediata applicazione, nei rapporti progressi, limitatamente alla regolamentazione di effetti ancora in corso, senza poter travolgere diritti già insorti nel vigore della legge precedente mediante una nuova disciplina in ordine ai requisiti di validità del titolo costitutivo*», così Cass. civ. 19 marzo 1993, n. 3291, cit.

³⁶⁸ In *Foro It.*, 1997, I, p. 2033 ss. e in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2379 ss. La pronuncia ha suscitato ampie reazioni dottrinali; cfr. i commenti di BRIOLINI, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, p. 634 ss.; DE GIORGIO, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1949 ss.; LOMBARDI, in *Corr. giur.*, 1998, p. 31 ss.; NICOLA, in *Giur. it.*, 1998, p. 866 ss.; PASQUALINI, in *Riv. notariato*, 1997, p. 1244 ss.; VALCAVI, in *Giur. it.*, cit.

a quo)³⁶⁹, compiva una valutazione generale circa l'applicabilità della l. 154/1992 alle fideiussioni sorte prima della sua entrata in vigore. Seppure con una motivazione assai scarna, la Corte costituzionale ritiene la questione infondata; affermava infatti che l'adesione all'interpretazione prevalente, secondo cui la l. 154/1992 ha carattere innovativo e, pertanto, non può essere applicata retroattivamente ai rapporti preesistenti, non possa comportare che la disciplina previgente acquisti carattere ultrattivo, tale da consentire che la garanzia personale prestata dal fideiussore assista non solo le obbligazioni principali sorte prima della entrata in vigore della legge n. 154 del 1992, ma anche quelle successive, in modo da attribuire efficacia permanente alla illimitatezza del rapporto di garanzia. Da questa premessa la Corte argomentava che la nullità delle fideiussioni *omnibus* senza limitazione di importo non possa caducare la garanzia per le obbligazioni già sorte, ma escludeva che la mancata predeterminazione dell'importo massimo potesse produrre ulteriori effetti per le obbligazioni principali successive al divieto.

Le conclusioni svolte dalla Corte costituzione sono state successivamente recepite dalla stessa Corte di Cassazione³⁷⁰.

³⁶⁹ Trib. Varese, 12 aprile 1996, in *Foro It.*, 1996, I p. 1834 ss. e in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, II, p. 597, il quale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1938 c.c., così come novellato dalla l. 154/1992, per contrasto con gli artt. 2 e 47, 1° co. della Costituzione, nella parte in cui, in adesione all'interpretazione prevalente, continua a considerare valide ed efficaci le fideiussioni di importo illimitato stipulate prima del 9 luglio 1992 (data di entrata in vigore della legge di riforma, con ciò determinando una violazione del principio costituzionale di eguaglianza, nella parte in cui situazioni identiche – ovvero sia la fattispecie della fideiussione per obbligazioni future – risulterebbero disciplinate diversamente. Il giudice rimettente solleva la questione anche nei confronti dell'art. 47, 1 co. Cost., ma, secondo la Corte «non è dedotto, né è rilevabile, alcun profilo che induca a mettere in relazione la previsione costituzionale con le modalità di disciplina del contratto di fideiussione, poste in discussione, che prevede sia incoraggiato e tutelato il risparmio e che sia disciplinato e controllato l'esercizio del credito».

Contra Trib. Milano, 5 ottobre 1995, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, p. 596 ha dichiarato manifestamente infondata, in relazione agli art. 3 e 47, comma 1, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 l. 17 febbraio 1992 n. 154 e degli art. 1938 e 1956 c.c., nell'interpretazione che ritiene tali norme inapplicabili ai rapporti di fideiussione sorti e portati ad escussione anteriormente al 9 luglio 1992.

³⁷⁰ Cass. civ. 1 ottobre 1998, n. 9758, in *DeJure*; ID. 29 ottobre 1998, n. 10808, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 2213; ID. 28 luglio 1999, n. 8176, in *DeJure*; ID. 10 maggio 2000, n. 5950, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 978; ID. 21 novembre 2000, n. 15024, in *Contratti*, 2002, p. 802 ss., con nota di TAMPANO; ID. 24 novembre 2000, n. 15202, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, f. 8, 57, con nota di D'AMATO; ID. 5 giugno 2001, n. 7587, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 531 ss. e in *Dir. prat. soc.*, 2001, p. 63 ss., con nota di GAETA; ID. 13 giugno 2002, n. 8442, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2109 ss.; ID. 10 agosto 2002, n. 12140, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 1527 ss.; ID. 23 settembre 2002, n. 12382, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 1698; ID. 17 gennaio 2003, n. 611, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 119 ss.; ID. 7 gennaio 2003, n. 654, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 131; ID. 16 marzo 2004, n. 5316, in *Foro It.*, 2005, I, p. 3249 ss.; ID. 25 febbraio 2005, n. 4092, in *Giust. civ. mass.*, 2005, p. 4; ID. 25 febbraio 2005, n. 4093, in *DeJure*; ID. 29 ottobre 2005, n. 21101, in *Giust. civ. mass.*, 2005, p. 10.

In senso contrario, però, v. Cass. civ. 2 maggio 2002, n. 6258, in *Contratti*, 2003, p. 259 ss., con nota di VACCARO BELLUSCIO, per la quale le innovazioni apportate dall'art. 10 della l. 154/1992 «operano, a norma del successivo art. 11, dopo il decorso di 120 giorni dall'entrata in vigore della legge, senza che, quale "ius superveniens", possano incidere sugli effetti non ancora esauriti dei rapporti anteriormente costituiti, e cioè possano applicarsi a quelle

Rimaneva tuttavia da affrontare la questione relativa alla individuazione, con riferimento alle obbligazioni di garanzia sorte successivamente, delle conseguenze derivanti dall'introduzione dell'importo massimo della prestazione del fideiussore. La giurisprudenza ha così affermato che, con riferimento ai rapporti pregressi, la banca mantiene la propria garanzia, mentre per i debiti successivi occorre una nuova convenzione fideiussoria, fatta nelle forme richieste dall'art. 1937 c.c., in mancanza della quale deve dichiararsi la nullità della fideiussione per indeterminatezza dell'oggetto³⁷¹.

Rimaneva infine da chiarire la questione del divieto di rinuncia stabilito dall'art. 1956 c.c.; a questa mancanza ha sopperito la Corte di Cassazione, con la pronuncia del 26 gennaio 2006, n. 1689³⁷². Ritenendo il principio di diritto affermato dalla Corte Costituzionale estendibile anche all'art. 1956 c.c., la Suprema Corte ha ritenuto che il contratto di fideiussione, per quanto concerne la sua efficacia successiva all'entrata in vigore della nuova legge, deve ritenersi assoggettato all'efficacia della clausola imperativa da essa imposta; con l'effetto che la clausola di preventiva rinuncia deve essere invalidata e sostituita, ai sensi dell'art. 1339 c.c. dalla clausola imperativa.

*fideiussioni in cui, alla data fissata per l'operatività della norma, il fideiussore non avesse ancora adempiuto la propria obbligazione, atteso che le dette innovazioni impongono direttamente sulle stesse caratteristiche genetiche del sinallagma contrattuale, generatore di conseguenze obbligatorie protrattanti nel tempo». Nel medesimo senso, con riferimento ad una fideiussione «chiusa», anche più recentemente, Cass. civ. 7 novembre 2003, n. 16705, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2004, II, p. 520 ss., con nota di DE LUCA, e in *Contratti*, 2004, p. 577 ss., con nota di CARNEVALE e ID. 23 aprile 2004, n. 7770, in *DeJure*.*

³⁷¹ In questo senso Cass. civ. 17 aprile 2003, n. 6171, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 4; ID. 28 novembre 2003, n. 18324, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 11; ID. 3 settembre 2007, n. 18529, in *DeJure*; ID. 22 aprile 2009, n. 9627, in *Giust. civ. mass.*, 2009, p. 667; ID. 14 luglio 2010, n. 16561, in *DeJure*; ID. 5 maggio 2016, n. 89444, in *DeJure*. Nella giurisprudenza di merito si vedano Ap. Bari, 29 ottobre 2012; Trib. Bari, 8 giugno 2016; Trib. Arezzo 4 maggio 2017, tutte in *DeJure*.

³⁷² In *Corr. giur.*, 2006, p. 1252 ss., con nota di RUVOLO, nonché in *Giur. It.*, 2007, p. 5 ss., con nota di PUGLIESE.

In senso contrario si è espressa invece Cass. civ. 28 luglio 1999, n. 8176, in *DeJure*, che esclude l'invalidità della clausola di rinuncia preventiva del fideiussore. Concorde anche Cass. civ. 29 ottobre 1998, n. 10808, in *Giust. civ. Mass.* 1998, p. 2213, secondo cui per quanto l'irretroattività della legge di riforma impedisca la dichiarazione di nullità della clausola di rinuncia preventiva, tale dispensa non è in ogni caso in grado di esonerare la banca dal dovere, stabilito in via generale dall'art. 1375 c.c., di eseguire il contratto secondo le regole di correttezza e di buona fede, le quali sarebbero violate qualora le nuove concessioni di credito fossero eseguite tralasciando ogni più elementare norma di prudenza e omettendo i controlli e le cautele che, in materia di esercizio dell'attività creditizia, sono richiesti al fine di ridurre il rischio dell'insolvenza del debitore.

13. *Segue: il problema dello Ius superveniens con riferimento al fenomeno dell'usura sopravvenuta.*

Esemplare delle problematiche connesse al tema dello *ius superveniens* con riferimento all'applicazione dell'art. 1339 c.c. è la vicenda della c.d. usura sopravvenuta³⁷³.

Giova ricordare che il problema dell'usura sopravvenuta si è sviluppato in occasione dell'intervento legislativo avvenuto con la legge 7 marzo 1996, n. 108 (*“Disposizioni in materia di usura”*), con cui sono stati modificati gli artt. 644 c.p. 1 1815, co. 2 c.c.³⁷⁴. Attraverso tale modifica legislativa, da un lato si è oggettivizzata la disciplina penalistica del reato di usura, ancorando la consumazione del reato al superamento del tasso soglia rilevato con decreto ministeriale³⁷⁵, dall'altro lato si è espunto dal testo normativo ogni riferimento all'aspetto soggettivistico consistente nell'aver approfittato dello stato di bisogno del contraente. Correlativamente, l'intervento normativo ha avuto ad oggetto anche la disciplina civilistica; è stato così modificato l'art. 1815 c.c. mediante l'introduzione di un sistema sanzionatorio –

³⁷³ La bibliografia sul tema è ormai estesa. Per i più recenti riferimenti, senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano: CARRIERO, *Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 3, p. 1003 ss.; DOLMETTA, *L'usura sopravvenuta in Cassazione*, in corso di pubblicazione in *Questione Giustizia*; PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, in *Corr. giur.*, 2017, 5, p. 608 ss.; PAGLIANTINI-D'AMICO-PIRAINO-SALANITRO, *Gli interessi usurari: quattro voci su un tema controverso*, Giappichelli, Torino, 2016; PANDOLFINI, *Gli interessi pecuniari*, Cedam, Padova, 2016; SALVI, *L'usura sopravvenuta al vaglio delle Sezioni Unite tra negazionismo e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 6, I, p. 797 ss.; SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 2, I, p. 207 ss.

³⁷⁴ Per i primi commenti a seguito dell'entrata in vigore della norma, si vedano: ALPA, *Usura: problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 182 ss.; BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, in *Contratti*, 1996, p. 223 ss.; PROSDOCIMI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 771 ss.; QUADRI, *La nuova legge sull'usura: Profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 62 ss.; TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 465 ss.; CARBONE, *Interessi usurari dopo la l. n. 108/96*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 198 ss.; GIOIA, *Usura: nuovi ritocchi*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 805 ss.; GRASSI, *Il nuovo reato di usura: fattispecie penali e tutele civilistiche*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 238 ss.; MORERA, *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso soglia e ... usurario sopravvenuto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 522; SEVERINO DI BENEDETTO, *Riflessi penale della giurisprudenza civile sulla riscossione di interessi divenuti usurati successivamente all'entrata in vigore della l. n.108 del 1996*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, pp 524 ss.; INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso soglia della disciplina antiusura e al divieto di anatocismo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, p. 257 ss.; LANDOLFI, *Brevi note in tema di interessi usurari “sopravvenuti” ai sensi della legge n. 108 del 1996*, in *Dir. fall.*, 1999, p. 916 ss.; ZORZOLI, *Interessi usurari e mutui stipulati anteriormente alla legge 108/1996*, in *Contratti*, 1999, p. 589 ss..

Per un inquadramento generale del tema, si veda DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Padova, Cedam, 2008.

³⁷⁵ L'art. 2 della l. 108/1996 prevede che il limite previsto dall'art. 644 c.p., oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, coincida con i valori medi del tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari, così come rilevato dal Ministro del tesoro nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura, e pubblicato, con le opportune correzioni in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, nella Gazzetta Ufficiale.

fino a quel momento non presente nel nostro ordinamento – ispirato ad una finalità di protezione del mutuatario, nella sua qualità di contraente debole. Più precisamente la riforma è intervenuta abrogando parzialmente l'art. 1815 c.c., il cui nuovo testo prevede ora che «*se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi*», con l'effetto quindi di determinare una conversione *ex lege* del contratto di mutuo da contratto oneroso a gratuito³⁷⁶.

L'intervento normativo tuttavia aveva destato diversi problemi interpretativi, in particolare per alcuni profili di diritto intertemporale; sotto un primo profilo, infatti, occorre chiarire se la modifica operata dalla l. 108/1996 potesse applicarsi ai contratti in corso, ossia conclusi in un momento precedente l'entrata in vigore della nuova disciplina; in altre parole, era necessario determinare se, ai fini dell'applicazione della nuova formulazione dell'art. 1815 c.c., fosse rilevante il momento di conclusione del contratto di mutuo – con conseguente esclusione della nuova disciplina ai contratti conclusi in un momento antecedente l'entrata in vigore della l. 108/1996 – o se, invece, assumesse rilevanza il mero superamento del tasso soglia. Da un altro punto di vista, invece, non era chiaro se la conversione del contratto da oneroso a gratuito potesse avvenire anche in un momento successivo alla conclusione, ovvero durante la fase esecutiva del contratto, qualora, per effetto della discesa dei tassi d'interesse, il tasso convenuto fosse divenuto superiore al tasso soglia rilevato trimestralmente. Per entrambe le situazioni cominciò dunque a parlarsi di «*usura sopravvenuta*».

Per risolvere tale situazione di incertezza il legislatore è intervenuto emanando il d.l. 394/2000, contenente norme di interpretazione autentica della legge 108/1996³⁷⁷; l'art. 1

³⁷⁶ La formulazione precedente dell'art. 1815 c.c. invece prevedeva che, qualora fossero convenuti interessi usurari, tale clausola fosse nulla e gli interessi fossero dovuti solo nella misura legale. A questo proposito, taluni autori, evidenziando il carattere sostitutivo ivi previsto, ritenevano che questa norma non fosse altro che un'applicazione speciale della norma generale contenuta all'art. 1339 c.c. (così DE MARTINI, *Inserzione automatica*, p. 429; MESSINEO, *Contratto*, p. 942). Di diverso avviso invece SARACINI, *Nullità e sostituzione*, p. 217 ss., secondo cui, nella fattispecie regolata dall'art. 1815, 2° co. c.c., manca quella «*identità di misura del limite legale e della prestazione ex lege*», che caratterizza invece la disciplina sancita dall'art. 1339 c.c.: questa identità sarebbe stata invece presente nell'ipotesi in cui l'art. 1815 c.c. avesse sancito che gli interessi fossero dovuti *nella stessa misura*, oltre la quale essi sono da qualificare come usurari, ma che non coincide con la misura degli interessi legali; od ancora nell'ipotesi in la norma avesse vietato di determinare interessi in misura superiore a quella legale.

³⁷⁷ La risoluzione della questione non era infatti procrastinabile, in conseguenza della considerevole discesa dei tassi di interesse a cui si assistette a partire dalla seconda metà degli Anni Novanta, che determinò per molti prestiti il frequente superamento del tasso soglia.

L'intervento è stato accolto da diverse perplessità dalla dottrina. Per i primi commenti, cfr. AVAGLIANO, *Profili problematici in tema di usura: interessi di mora e ius superveniens*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 399 ss.; CONTI, *L. 28 febbraio 2001 n. 24. Dall'usura sopravvenuta al tasso di sostituzione: mutui senza pace*, nota a Trib. Benevento 4 maggio 2011, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1345 ss.; DOLMETTA, *Il governo invade la giurisdizione e salva l'«interesse» delle banche — Normativa innovativa spacciata per interpretazione autentica*, in *Dir. e giust.*, 2001, fasc. 2, p. 8 ss.;

stabilisce infatti che «ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 secondo comma del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento»³⁷⁸; adottando questa impostazione, il legislatore si discostava così in questo modo dall'orientamento espresso dalla prevalente giurisprudenza, secondo cui disciplina dettata dalla l. 108/1996 si sarebbe dovuta applicare anche ai contratti, contenenti tassi usurari, stipulati prima della sua entrata in vigore purché i rapporti non si fossero esauriti³⁷⁹.

Tale disposizione veniva inoltre sottoposta al vaglio di costituzionalità, *inter alios*, per contrasto con il generale canone di ragionevolezza, con il principio di eguaglianza, con il diritto di difesa, e infine con il principio di favore per l'accesso del risparmio popolare alla proprietà della casa di abitazione. Con pronuncia n. 29/2002³⁸⁰ la Corte costituzionale

FARINA, *Gli interessi «usurari» alla luce del d.l. n. 394/2000 convertito in l. n. 24/2001 (commento al d.l. 29 dicembre 2000 n. 394)*, in *Notariato*, 2001, p. 316 ss.; GAMBINO, *I mutui usurari tra logica imperativa ed analisi economica del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 644 ss.; GIOIA, *La storia infinita dei tassi usurari (commento alla l. 28 febbraio 2001 n. 24)*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 430 ss.; MANIACI, *Nuova normativa in materia di usura (commento alla l. 28 febbraio 2001 n. 24)*, in *Contratti*, 2001, p. 393 ss.; MANNA, *Decreto sui mutui: primo significativo indebolimento della tutela contro l'usura? (commento al d.l. 29 dicembre 2000 n. 394)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 540 ss.; MEOLI, *Il mutuo ad interessi usurari tra interpretazione giurisprudenziale e decretazione d'urgenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 120 ss.; OPPO, *La legge "finta"*, in *Riv. di diritto civile*, 2001 fasc. 5, II, pp. 477 ss.; PALMIERI, *Interessi usurari tra interpretazione autentica, dubbi di costituzionalità e disfunzione del mercato creditizio*, in *Foro It.*, 2001, I, p. 2024 ss.; RICCIO, *Usurarietà sopravvenuta nei mutui*, in *Contratto e impresa*, 2001 fasc. 1, pp. 48 ss.

³⁷⁸ D.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito, con modificazioni, in l. 28 febbraio 2001, n. 24, («Interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108, recante disposizioni in materia di usura?»).

³⁷⁹ In questo senso si sono espresse Cass. civ. 2 febbraio 2000, n. 1126 e 22 aprile 2000, n. 5286, in *Contratti*, 2000, p. 687 ss., con nota di MANIACI; Cass. civ. 17 novembre 2000, n. 14899, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 621 ss., con nota di DOLMETTA; in *Contratti*, 2001, p. 151 ss., con nota di MANIACI; in *Foro It.*, 2001, I, p. 80 ss., con nota di PALMIERI e *ibidem*, p. 918 ss., con nota di SCODITTI; in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3099 ss., con nota di DI MARZIO.

Dall'accoglimento della non retroattività delle disposizioni introdotte con la l. 108/1996, discendeva che, ai contratti stipulati prima della relativa entrata in vigore, non potesse essere applicata la norma contenuta nel novellato art. 1815, 2° co. c.c., con conseguente esclusione della conversione del contratto di mutuo da oneroso a gratuito; ciò nonostante, rimaneva esperibile la sostituzione del tasso concordato dalle parti nel tasso-soglia (così Trib. Velletri, 3 dicembre 1997, in *Foro It.*, 1998, I, p. 1609 ss., con nota di PALMIERI e in *Banca, borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 501 con note di MORERA e DI BENEDETTO; Trib. Firenze 10 giugno 1998, in *Corr. giur.*, 1998, p. 805 ss. con nota di CARBONE; Trib. Palermo 7 marzo 2000, in *Corr. giur.*, 2000, p. 878 ss., con nota di GIOIA) o, secondo un'altra corrente, nel tasso legale (Trib. Milano, 13 novembre 1997, in *Foro It.*, 1997, cit.; *Banca, borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 501 con note di MORERA e DI BENEDETTO; in *Corr. giur.*, 1998, p. 435 ss., con nota di CARBONE).

In senso contrario, cfr. Trib. Milano, 4 giugno 1998, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 501 con note di MORERA e DI BENEDETTO.

³⁸⁰ Corte Cost. 25 febbraio 2002, n. 29, in *Contratti*, 2002, p. 545 ss., con nota di SCOZZAFAVA; in *Corr. giur.*, 2002, p. 609 ss., con nota di CARBONE; in *Foro It.*, 2002, I, p. 933 ss., con nota di PALMIERI; *Giur. cost.*, 2002, p. 194 ss., con commenti di OPPO, PASSAGLIA, FIADINO, DEFINA e DE BERNARDIN; in *Giur. it.*, 2002, p. 1125 ss., con nota di GENTILI;

Le ordinanze di rimessione delle questioni di legittimità costituzionale decise dalla sentenza in esame sono: Trib. Benevento 2 gennaio 2001, in *Foro it.*, 2001, I, p. 332 ss., con nota di PALMIERI; Trib. Trento 18

dichiarava la questione manifestamente infondata, affermando che l'art. 1 del d.l. 394/2000, nel precisare che le sanzioni penali e civili di cui agli articoli 644 del codice penale e 1815, secondo comma, del codice civile trovano applicazione con riguardo alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie, «*impone - tra le tante astrattamente possibili - un'interpretazione chiara e lineare delle suddette norme codicistiche, come modificate dalla legge n. 108 del 1996, che non è soltanto pienamente compatibile con il tenore e la ratio della suddetta legge ma è altresì del tutto coerente con il generale principio di ragionevolezza*»³⁸¹.

Tale intervento pareva dunque essere risolutivo della questione³⁸²; venivano così a crearsi due differenti regimi: (i) per i contratti conclusi successivamente all'entrata in vigore della l. 108/1996, il criterio per stabilire l'eventuale usurarietà del saggio è rappresentato dal superamento del tasso-soglia, con riferimento al momento della pattuizione degli interessi³⁸³; (ii) per quanto concerne invece i contratti conclusi in precedenza, l'eventuale usurarietà del saggio deve essere rapportata ai parametri elaborati vigente la normativa previgente, con conversione del tasso usurario al tasso legale, secondo la previgente disciplina, di cui al secondo comma dell'art. 1815 c.c.³⁸⁴.

marzo 2001, ivi, p. 2685 ss.; Trib. Benevento 4 maggio 2001, ivi, p. 2024 ss., con nota di PALMIERI e in *Arch. Civ.* 2001, p. 1109 ss., con nota di MANIACI.

³⁸¹ Ugualmente infondate le ulteriori questioni di legittimità costituzionale; quanto all'art. 24 Cost., infatti, la Corte ritiene come sia sufficiente rilevare che l'intervento legislativo oggetto di censura, operando sul piano sostanziale, evidentemente non incide sul diritto alla tutela giurisdizionale a cui esclusivo presidio è posta la norma costituzionale invocata; egualmente infondato, poi, è il richiamo all'art. 47 Cost. che enuncia - secondo la giurisprudenza di questa Corte - un principio al quale il legislatore ordinario deve ispirarsi, bilanciandolo con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti, nell'esercizio di un potere discrezionale che incontra il solo limite - nella specie sicuramente non valicato - della contraddizione del principio stesso.

La Corte costituzionale era stata chiamata ad esprimersi nuovamente con l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Napoli, del 20 luglio 1999 (consultabile in *Giur. It.*, 2000, p. 955 ss.); la Corte procedeva tuttavia, con ordinanza del 22 giugno 2000, n. 236 (in *Foro it.*, 2000, I, p. 2105 ss.), a dichiarare la questione manifestamente inammissibile per difetto di motivazione «*in ordine all'iter logico in virtù del quale il rimettente ritiene che la norma impugnata - dettata in tema di contratto di mutuo - sia applicabile anche alla convenzione determinativa di interessi moratori, dovuti per il ritardo nell'adempimento di una obbligazione pecuniaria*».

³⁸² È stato infatti affermato che con tale pronuncia è arrivata «*al capolinea l'ambigua, ma suadente, categoria dell'usurarietà sopravvenuta*», che, «*subito dopo aver raggiunto il culmine di un folgorante cammino ascensionale, veniva altrettanto repentinamente costretta ad invertire il senso di marcia dalla norma interpretativa contenuta nel d.l. n. 394 del 2000*», rappresentando la sentenza della Corte costituzionale più propriamente «*il fallimento del tentativo di farla riemergere dalle tenebre in cui era precipitata*», così PALMIERI, *Interessi usurari: una nuova partenza*, p. 933.

³⁸³ Trib. Savona, 18 febbraio 2013, in *DeJure*, secondo cui, qualora sia stato accertato che siano stati richiesti e versati interessi usurari, «*non è dovuto alcun interesse ai sensi dell'art. 1815 c.c.*».

³⁸⁴ Cfr. Cass. 26 giugno 2001, n. 8742, in *Giust. civ.*, 2002, I, 116 ss.: «l'art. 1, 1° comma, d.l. 9 dicembre 2000 n. 394, convertito con modificazioni dalla l. 28 febbraio 2001 n. 24, il quale dispone che, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, 2° comma, c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento, è norma dichiaratamente interpretativa, e pertanto retroattiva, con la conseguenza che, ove la controversia riguardi interessi

Con la legge di interpretazione autentica tuttavia si risolveva solamente la prima delle questioni che vanno sotto l'egida dell'usura sopravvenuta; rimanendo invece ancora incerta la risposta al secondo quesito. Ripugna infatti al comune senso di giustizia che il tasso di interesse possa superare il tasso soglia nel corso del contratto³⁸⁵; forte anche di un *obiter dictum* contenuto nella citata sentenza della Corte Costituzionale – laddove viene affermato che sono estranei all'ambito di applicazione della norma di interpretazione autentica «*gli ulteriori istituti e strumenti di tutela del mutuatario, secondo la generale disciplina codicistica dei rapporti contrattuali*», si è andato così diffondendo un orientamento, sulla base del quale, la circostanza che il tasso non possa considerarsi usurario, perché non era tale al momento della pattuizione, non esclude in ogni caso la necessità che al momento del pagamento gli interessi non superino il tasso soglia vigente³⁸⁶. Variegate sono però le soluzioni proposte: si va così dalla sostituzione del tasso usurario con il tasso soglia vigente³⁸⁷; alla parziale impossibilità sopravvenuta della prestazione; all'inesigibilità della prestazione per contrasto con il principio di buona fede³⁸⁸.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione si è andata così cristallizzando in due orientamenti contrapposti, che hanno raggiunto il proprio *acme* con le pronunce del 19

convenuti in epoca antecedente all'entrata in vigore delle norme antiusura, queste non possono trovare applicazione»; Cass. civ. 24 settembre 2002, n. 13868, in *Rep. Foro It.*, 2002, Usura [voce], n. 41; ID. 13 dicembre 2002, n. 17813, in *Rep. Foro It.*, 2002, Usura [voce], n. 40; ID. 25 marzo 2003, n. 4380, in *Rep. Foro It.*, 2003, Mutuo [voce], n. 17; ID. 22 luglio 2005, n. 15497, in *Rep. Foro It.*, 2005, Usura [voce], n. 18; ID. 19 marzo 2007, n. 6514, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2252 ss.; ID. 12 luglio 2007, n. 15621, in *Rep. Foro It.*, 2007, Usura [voce], n. 9; ID. 17 luglio 2008, n. 19698, in *Giust. civ. mass.*, 2008, p. 116; ID. 3 aprile 2009, n. 8138, in *Rep. Foro It.*, 2009, Mutuo [voce], n. 29; ID. 22 aprile 2010, n. 9532, in *Rep. Foro It.*, 2010, Usura [voce], n. 8; ID. 13 maggio 2010, n. 11632, in *Rep. Foro It.*, 2010, Usura [voce], n. 9; ID. 13 dicembre 2010, n. 25182, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 1597.

Implicitamente, anche Cass. civ. SS.UU. 13 settembre 2005, n. 18128, in *DeJure*.

Nella giurisprudenza di merito si vedano Trib. Napoli 12 febbraio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1340 ss.; ID. Roma 8 giugno 2005, in *Dir. prat. soc.*, 2005, fasc. 22, p. 75 ss., con nota di VACCARO BELLUSCIO; ID. Nuoro 10 marzo 2008, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2009, II, 576 ss., con nota di TARDIVO;

³⁸⁵ Non a caso è proprio su questo secondo aspetto che si sono concentrate le più recenti analisi della dottrina, avendo ormai perso di rilevanza la prima questione.

Fa notare come sia «*inopportuno*» esigere tassi fissi fuori mercato, GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 381. Nota ancora DOLMETTA, *Sul contratto usurario*, in FLAMINI-RUGGERI (a cura di), *Contratto e reato*, Napoli, 2014, p. 292 s., come il fenomeno di maturazione degli interessi sia «*ciclico: occuparsi solo del giorno del patto sarebbe, in definitiva, come interessarsi di un giorno su mille. Preoccuparsi di un graffio e trascurare l'infezione*».

³⁸⁶ In dottrina, cfr. PASSAGNOLI, *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, p. 108 ss.; ID., *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Cedam, Padova, 2005, p. 82 ss.;

³⁸⁷ Così Cass. civ. 11 gennaio 2013, n. 602 e 603. La prima pronuncia è stata pubblicata in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 487 ss., con nota di QUARANTA; *Danno e resp.*, 2014, p. 194 ss., con nota di COLANGELO; *Foro It.*, 2014, I, p. 128 ss., con nota di PALMIERI; *Giur. comm.*, 2013, II, p. 649 ss., con nota di MANCINI; *La nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 653 ss. con nota di BONTEMPI.

³⁸⁸ ABF Collegio coord., 10 gennaio 2014, n. 77.

gennaio 2016, n. 801³⁸⁹ e 17 agosto 2016, n. 17150, ulteriormente confermata dalla sentenza del 12 aprile 2017, n. 9405.

Secondo il primo orientamento, la fattispecie dell'usura sopravvenuta non è configurabile; i criteri fissati dalla l. n. 108 del 1996, per la determinazione del carattere usurario degli interessi, infatti, non possono trovare applicazione alle pattuizioni di questi ultimi anteriori all'entrata in vigore di quella legge, siano esse contenute in mutui a tasso fisso o variabile. In questo senso, la Corte parrebbe escludere ogni rilevanza di una modificazione del tasso variabile in corso di contratto, tale da determinare un superamento del tasso soglia necessario a configurare l'interesse usurario.

Secondo l'orientamento opposto, invece, l'assenza di una norma transitoria che abbia previsto l'ultrattività della previgente disciplina normativa comporta che il contratto, per quanto concerne la sua efficacia normativa successiva all'entrata in vigore della norma nuova, deve ritenersi assoggettato all'efficacia della clausola imperativa da detta norma imposta, la quale sostituisce o integra per l'avvenire (cioè per la residua durata del contratto) la clausola difforme, relativamente agli effetti che il contratto dovrà produrre e non ha ancora prodotto, con la conseguenza di determinare l'automatica sostituzione, ai sensi degli artt. 1419, 2° co. c.c. e 1339 c.c., dei tassi pattuiti con i tassi soglia determinati in relazione al succedersi delle rilevazioni trimestrali³⁹⁰.

In senso analogo si esprime la Cassazione nella pronuncia 9405/2017, secondo cui la circostanza per cui la valutazione dell'usurarietà del tasso d'interesse deve essere svolta sulla base di quello pattuito originariamente non rende irrilevante l'illiceità dovuta al sopravvenuto superamento del tasso soglia, ma si limita ad escludere che possano essere applicate le sanzioni civili e penali stabilite agli artt. 1815 c.c. e 644 c.p. Tale illiceità comporta che, per la frazione temporale nella quale il superamento del tasso soglia sia effettivamente intervenuto,

³⁸⁹ In *Rep. Foro it.*, 2016, *Usura* [voce], n. 18. Nel medesimo senso, Cass. civ. 27 settembre 2013, n. 22204, in *Foro It.*, 2014, I, p. 128 ss., con nota di PALMIERI; ID. 31 gennaio 2006, n. 2140, in *Giust. civ. mass.*, 2006; ID. 21 dicembre 2005, n. 28302, *ivi*, 2005; ID. 4 aprile 2003, n. 5324, in *Rep. Foro It.*, 2003, *Mutuo* [voce], n. 16.

³⁹⁰ In questo senso la Corte di Cassazione sembra fare propri quegli argomenti offerti dalla dottrina, secondo cui la previsione in base a cui gli interessi si acquistano giorno per giorno (art. 821, 3° co. c.c.) comporta che «la relativa clausola propon[ga] e proiett[i] la sua efficacia rispetto a ciascuna cadenza temporale, frazione temporale per frazione temporale», così DOLMETTA, *Le prime sentenze*, p. 635. Punto di partenza di questo orientamento è che l'esecuzione del contratto di mutuo (ed in generale dei contratti di credito) si snodi lungo una serie di frazioni temporali che, se in sommatoria costituiscono la durata del periodo di godimento del denaro ricevuto, così come determinato dal contratto, rimangono peraltro strutturalmente distinte tra loro. In questo senso, DOLMETTA, *L'usura sopravvenuta in Cassazione*, p. 3.

il tasso di interessi pattuito dalle parti debba essere sostituito dal tasso soglia individuato dalla rilevazione trimestrale eseguita ai sensi dell'art. 2 della l. n. 108/1996.

Infine, con l'ordinanza depositata il 31 gennaio 2017, n. 2484, è stato disposto la trasmissione del procedimento al Primo Presidente per l'eventuale rimessione alle Sezioni Unite, la quale si è pronunciata con la sentenza del 19 ottobre 2017, n. 24675.

Le Sezioni Unite, disattendendo l'orientamento espresso dalla pronuncia n. 9405/2017, hanno negato la configurabilità dell'usura sopravvenuta: il superamento del tasso soglia dell'usura al tempo del pagamento infatti, non può in nessun caso determinare la nullità – o l'inefficacia – della corrispondente clausola contrattuale, né può configurare come illecita la pretesa del creditore al pagamento degli interessi dovuti. Secondo la Suprema Corte, infatti, l'art. 1815 c.c. non rappresenta una norma applicabile in via autonoma rispetto al divieto configurato dall'art. 644 c.p., trovandosi le due disposizioni in rapporto di regola-sanzione. Non è quindi possibile qualificare un tasso di interesse come usurario senza fare applicazione dell'art. 644 c.p.; e tale applicazione non può prescindere da quanto disposto con la norma di interpretazione autentica, che ha considerato come rilevante, ai fini della valutazione dell'usurarietà, il momento della pattuizione degli interessi, rimanendo invece privo di rilievo il momento della dazione.

14. Il problema delle sopravvenienze normative: brevi osservazioni sulla nullità sopravvenuta.

La breve analisi sopra condotta rende evidente come il succedersi di norme nel tempo, per quanto rappresenti un fenomeno costante di ogni ordinamento giuridico, sia in grado di determinare consistenti problemi di ordine applicativo, ove ci si soffermi ad indagare quale influenza possano esercitare queste modificazioni sui rapporti contrattuali conclusi prima della *novatio*; si tratta infatti di stabilire se, ed in quale misura, gli effetti avuti di mira dalle parti vengano condizionati dalla sopravvenienza normativa, risolvendo così il conflitto tra le varie discipline succedutesi nel tempo³⁹¹. Al riguardo, in assenza di espresse soluzioni di diritto transitorio o di appositi accordi delle parti di adeguamento del contratto alla nuova normativa³⁹², la soluzione del problema dipende dal diverso atteggiarsi delle possibili

³⁹¹ CIATTI, *Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (Sofortwirkung)*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*. Atti del VII Convegno SISDIC, Napoli, Esi, 2013, p. 155.

³⁹² In questo senso, paradigmatico è il caso della riforma del diritto societario (d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), che ha previsto un obbligo di adeguamento degli statuti sociali alla nuova disciplina, dettando un'articolata regolamentazione transitoria, relativa anche ai procedimenti deliberativi necessari.

fattispecie formate dal combinarsi, rispettivamente, di contratti istantanei e contratti di durata con norme irretroattive, norme retroattive e norme ad applicazione immediata³⁹³. Preme tuttavia evidenziare come l'utilizzo di queste categorie rappresenti una notevole semplificazione dei veri termini dei problemi posti dall'istituto della retroattività, l'identificazione del cui significato non è ancora pacifica in dottrina³⁹⁴; ciò nonostante, queste difficoltà ermeneutiche non appaiono idonee ad inficiare le riflessioni che verranno qui di seguito svolte.

Punto di partenza dell'indagine è rappresentato quindi dal riconoscimento, nel nostro ordinamento, del principio del *tempus regit actum* come principio generale: in questo senso, infatti, si esprime l'art. 11 disp. prel. c.c., stabilendo che la legge può disporre solamente per l'avvenire, senza che possa esserle attribuita efficacia retroattiva. Nondimeno, il principio di irretroattività non trova una tutela espressa all'interno della Costituzione, se non per quanto concerne il divieto assoluto posto dall'art. 25 Cost. con riferimento alle leggi penali³⁹⁵. In tutte le materie diverse quindi dalla creazione di norme penali incriminatrici il legislatore ha il potere di introdurre norme retroattive; la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha tuttavia individuato dei limiti che condizionano l'esercizio di questo potere. In particolare la possibilità di adottare norme dotate di efficacia retroattiva deve essere esclusa qualora «*le norme stesse [non] vengano a trovare un'adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e [...] si pongano in contrasto con altri principi o valori costituzionali specificamente protetti*»; finalità ultima è infatti quella di evitare che «*la disposizione retroattiva possa "trasmodare in un regolamento irrazionale ed arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti"*»³⁹⁶. Tra gli altri principi o valori costituzionali che vincolano il legislatore, la Corte costituzionale³⁹⁷ ha da tempo riconosciuto il principio della certezza del diritto – intesa come l'esigenza che il

³⁹³ Così anche VILLA, *Inserzione automatica di clausole e diritto intertemporale*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*. Atti del VII Convegno SISDIC, cit. p. 223.

³⁹⁴ Per maggiori approfondimenti sul tema, si vedano le riflessioni di LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1825 ss. e 2089 ss.

³⁹⁵ È altresì pacifico che il divieto faccia riferimento alle sole disposizioni incriminatrici, e non quelle che dispongono un trattamento più favorevole al reo. In questo senso v. di recente Corte Costituzionale, 23 ottobre 2006, n. 303; 19 luglio 2011, n. 236; 8 ottobre 2012, n. 230.

³⁹⁶ All'analisi del criterio di ragionevolezza del diritto temporale è dedicata l'opera di MAISTO, *Diritto intertemporale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, Esi, 2007.

³⁹⁷ L'orientamento in esame è stato compiutamente espresso dalla pronuncia della Corte Costituzionale, 12 dicembre 1985, n. 349, benché spunti fossero già rinvenibili nelle precedenti sentenze n. 36 del 1985 e n. 210 del 1971, ed è oggi pressoché pacifico. Si vedano le pronunce 24 gennaio 2017, n. 16; 21 luglio 2016, n. 203; 1 aprile 2014 n. 64; 5 gennaio 2011, n. 1; 22 ottobre 2010, n. 302; 27 ottobre 1999, n. 416.

precetto normativo sia conoscibile, chiaro e comprensibile³⁹⁸ - e quello della tutela dell'affidamento – che esige invece stabilità dei rapporti giuridici e prevedibilità delle scelte legislative³⁹⁹.

Ritornando ora alla valutazione degli effetti del diritto intertemporale sulle vicende negoziali, è possibile rilevare come solamente nell'ipotesi di introduzione di norma retroattiva le influenze sulla disciplina del contratto siano definite: il legislatore, infatti, espressamente afferma la propria volontà di introdurre una nuova disciplina o di modificare quella preesistente con efficacia *ex tunc*, avendo quindi riguardo i rapporti sorti in precedenza. Diversamente la situazione appare più complessa nell'ipotesi – certamente più frequente – di norma irretroattiva; occorre infatti considerare che ogni precetto normativo viene emanato sulla base di una valutazione giuridica del passato, nel senso che il legislatore constata l'esistenza di fatti preesistenti e ne detta conseguentemente la regolazione normativa (c.d. «*retrovalutazione giuridica*» del passato). Se quindi la disciplina normativa viene introdotta *ex novo*, il fatto regolato diventa rilevante per l'ordinamento solamente dal momento dell'entrata in vigore della disciplina. Diverso appare il caso in cui il fatto regolato fosse rilevante già prima della introduzione della nuova legge di riforma; in questo caso infatti le nuove leggi di modifica della disciplina pregressa non solo influiscono sui nuovi casi che verranno posti in essere in un momento successivo la loro entrata in vigore, ma possono avere efficacia anche su quelle relazioni che, benché siano state poste in essere prima dell'entrata in vigore, continuano a sussistere e a produrre effetti posteriormente⁴⁰⁰. Per cercare quindi di classificare questo aspetto, la dottrina ha cominciato a distinguere tra la retroattività vera e propria e la

³⁹⁸ LUCIANI, *op. cit.* p. 1837.

³⁹⁹ LUCIANI, *op. cit.* p. 1837.

⁴⁰⁰ GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Pisa, 1868, p. 3 ss., richiamato da LUCIANI, *op. cit.* p. 1827.

pseudoretroattività (“*echte e unechte Rückwirkung*”) ⁴⁰¹, o ancora tra retroattività ed efficacia immediata della norma sopravvenuta (c.d. *Sofortwirkung*)⁴⁰²

Indipendentemente dalle varie classificazioni proposte, ciò che preme sottolineare è che il problema della configurabilità della *Sofortwirkung* è strettamente collegato con la teoria dell'esaurimento degli effetti della fattispecie disciplinata. È infatti evidente che sia possibile configurarla solamente nell'ipotesi in cui una determinata fattispecie, pur essendosi perfettamente costituita in un momento anteriore all'entrata in vigore della disciplina di riforma, continui a produrre effetti nel tempo. L'interprete si ritrova così di fronte al problema dell'individuazione delle disposizioni normative a cui attribuire questa speciale efficacia. Così, secondo un orientamento più risalente, questa efficacia può essere attribuita solamente alle norme facenti parte dell'ordine pubblico, o aventi le caratteristiche delle norme di applicazione necessaria, proprie del diritto internazionale privato. Un altro orientamento, più recente, attribuisce questa efficacia a precetti normativi finalizzati alla realizzazione di valori di rilievo primario, identificati nella Costituzione⁴⁰³.

In conclusione, per tornare all'interrogativo iniziale, le possibili combinazioni della norma intertemporale con la vicenda negoziale sono rielaborabili – in via di semplificazione – nello schema seguente⁴⁰⁴:

⁴⁰¹ La distinzione è proposta da SAVIGNY, op. cit. VIII, § 383. Preme qui sottolineare come l'illustre A. sia stato uno dei primi ad elaborare l'idea che la retroattività potesse essere modulata secondo “gradi” differenti. Questa idea è stata successivamente approfondita dagli studi di Affolter (*System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*, 1903, p. 56 ss.) poi ripresi da Popovliev (*Le droit civil transitoire. Sa nature juridique, sa règle générale et sa place dans la législation*, in *Rev. dr. civ.*, 1908, p. 502 ss.)

Il primo studioso, in particolare, distingue quattro gradi di retroattività o, per essere più aderenti alla sua terminologia, di esclusività (“*Ausschließlichkeit*”): (i) esclusività semplice (“*schlichte Ausschließlichkeit*”), nell'ipotesi in cui gli effetti dei rapporti sorti in costanza della legge precedente possono ancora prodursi, a patto però che la nuova legge lo consenta, e fermi in ogni caso gli effetti già prodotti; (ii) esclusività aggravata (“*erschwerte Ausschließlichkeit*”), quando anche gli effetti già verificatisi in costanza della vecchia legge vengono regolati, a partire dalla sua entrata in vigore, dalla legge nuova; (iii) esclusività radicale (“*radikale Ausschließlichkeit*”), quando gli effetti già prodotti vengono regolati come se la nuova legge fosse già in vigore al momento della loro produzione; (iv) efficacia ripristinatoria o restitutoria (“*wiedereinsetzende o restitutive Ausschließlichkeit*”), quando la legge posteriore travolge anche i rapporti esauriti. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a LUCIANI, op. cit. p. 1826 ss.

⁴⁰² L'elaborazione di questa teoria si deve agli studi di DE VAREILLES SOMMIÈRES, *Une théorie nouvelle sur la retroactivité des lois. Critique de la distinction universellement admise entre les droits acquis et les simples expectatives*, in *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 444 ss. e 492 ss.; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 2a ed. aggiornata, Milano, 1915, p. 108 ss.; ROUBIER, *Théorie dite de la non-retroactivité des lois*, Paris, 1929, p. 8 ss.

⁴⁰³ CIATTI, op. ult. cit., p. 179.

⁴⁰⁴ In questo senso si veda VILLA, ult. op. cit., p. 223.

- a) Contratto istantaneo e norma irretroattiva: non si determina alcun mutamento, poiché il contratto ha vincolato le parti ed esaurito i propri effetti nel vigore della legge anteriore;
- b) Contratto istantaneo e norma retroattiva: una volta riscontrata l'incompatibilità, il contratto viene caducato con effetti *ex tunc*.
- c) Contratto di durata e norma irretroattiva, ma priva di efficacia immediata: non si determina alcun mutamento, perché il contratto ha vincolato le parti sotto il regime della legge anteriore, che ne regola anche l'esecuzione.
- d) Contratto di durata e norma irretroattiva, ma dotata di efficacia immediata: le nuove disposizioni producono effetti sul contratto dal momento dell'innovazione.
- e) Contratto di durata e norma retroattiva: il contratto prosegue, ma vengono inserite le nuove disposizioni che modificano il contratto sin dall'origine.

15. *Segue*. Brevi osservazioni sulla categoria della nullità sopravvenuta.

In materia contrattuale, un'applicazione coerente del principio del *tempus regit actum* fa sì che il contratto rimanga insensibile ad ogni possibile sopravvenienza di origine normativa; ne consegue che le ragioni di invalidità, che sorgano in un momento successivo alla conclusione del contratto, non sono idonee a renderlo nullo o annullabile e, per converso, che un negozio originariamente invalido rimane tale ancorché la norma sopravvenuta lo dovesse considerare valido.

Il problema dell'efficacia nel tempo della sopravvenienza normativa ha tuttavia posto il problema della configurabilità della nullità sopravvenuta; essa infatti colpisce il contratto non *ab origine*, ossia al momento della sua formazione, bensì in un momento successivo, normalmente per effetto di una sopravvenienza normativa⁴⁰⁵. L'ammissibilità di questa

⁴⁰⁵ È noto come, nei sistemi di *common law*, il problema della sopravvenienza normativa (c.d. *supervening illegality*) venga ricondotto all'interno dell'istituto della *frustration*, che si verifica ogniqualvolta «*the law recognizes that, without default of either party, a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract*» (Lord Radcliffe, in *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC*, [1956] AC 696, 2 All ER 145, HL), ricomprendendo così i casi in cui l'adempimento di una delle prestazioni sia divenuto, per un evento sopravvenuto, impossibile o illecito, o ancora quando sia divenuta impossibile la realizzazione dello scopo del contratto (c.d. *frustration of the purpose of the contract*). Dichiarato così il contratto *frustrated*, deve operare il meccanismo della *termination*, ovvero della risoluzione con efficacia *ex nunc*, con conseguente effetto liberatorio (*discharge*) sulle parti.

In particolare l'*impossibility to perform the contract* si verifica qualora intervenga: (i) la distruzione o l'indisponibilità dell'oggetto del contratto (*Taylor v. Caldwell*, B&S.826, QB 1863); (ii) la morte o la sopravvenuta incapacità di una delle parti contraenti nei c.d. *personal service contracts* (*Phillips v. Alhambra Palace Co Ltd* 1901 1 QB 59); (iii) l'impossibilità di eseguire la prestazione secondo le modalità indicate nel

categoria è fortemente discussa: una parte della dottrina infatti ritiene possibile che la nullità, che costituisce un vizio genetico dell'atto, caratterizzata dalla contemporaneità tra nascita del negozio e verifica della causa di nullità, possa successivamente colpire un rapporto in origine perfettamente valido⁴⁰⁶.

A questa affermazione altra parte della dottrina replica che non è dato modo di distinguere tra atto ed effetti: ed anzi il rapporto e l'atto si trovano in una condizione di «*inseparabilità logica*», non potendo essere considerati separatamente né avere vicende incompatibili⁴⁰⁷.

Altra parte della dottrina, invece, pur escludendo che un fatto od una norma sopravvenuta possano inficiare *ex post* la validità del contratto, sostiene che in questi casi la reazione dell'ordinamento non sia nei confronti del contratto, ma contro i suoi effetti e che, di conseguenza, si realizzerebbe solo un'ipotesi di inefficacia sopravvenuta o, secondo altri ancora, di «*inutilità*»⁴⁰⁸. Tuttavia, anche questa soluzione è stata criticata, poiché, come è stato puntualmente rilevato, dal momento che gli effetti di un contratto non sarebbero altro che

contratto (*Davis Contractors v. Fareham U.D.C.*, cit.); (iv) l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (c.d. *impracticability*, seppur solamente in via eccezionale).

Sul tema si veda l'opera di TREITEL, *Frustration and force majeure*, Londra, Sweet and Maxwell, III ed., 2014. Dal punto di vista comparatistico, cfr. ALPA e DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Cedam, Padova, 2004; CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Cedam, Padova, 2001; ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità e frustration of contract*, in *Riv. Trim. di Dir e Proc. Civ.*, 1973, p. 1237 ss.

⁴⁰⁶ Contrari sono, tra gli altri, MARICONDA, *La nullità del contratto*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da BIGIAMI, *I contratti in generale. IV. Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, I, diretto da ALPA e BESSONE, Torino, 1991, p. 362. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Annuario dir. comp.*, 1951, p. 56 ss.; TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)* [voce], p. 899 ss.; ID. *Invalidità* [voce], in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 591 ss.

Ammettono invece tale istituto: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da VASSALLI, Torino, 1960, p. 307 ss.; CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, e continuato da MENGONI, XXI, 2, Milano, 1987, p. 623 ss.; DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1967, p. 755 ss.; MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, XXI, 2, Milano, 1972, p. 181 ss.; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, p. 63. Più recentemente si vedano GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, Torino, 2006, p. 1445 ss.; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, a cura di GENTILI, Milano, 2006, p. 29 ss.;

Di rilievo la tesi proposta da BIANCA, *Il contratto*, p. 575-576, il quale, confermando che, di regola, il giudizio di validità del contratto deve essere formulato in relazione alla situazione di fatto e alle norme vigenti al momento del suo perfezionamento, non esclude a priori che il contratto inizialmente valido divenga successivamente invalido, ma riconduce l'inefficacia derivante da invalidità successiva ad una vicenda risolutiva del contratto, poiché «*trae titolo da un fatto successivo al perfezionamento ed efficacia del contratto*»

⁴⁰⁷ GENTILI, *Le invalidità*, p. 1149-1150.

⁴⁰⁸ TOMMASINI, *Invalidità* [voce], p. 595, che designa per l'appunto con tale espressione le «*fattispecie valide, ma inidonee, inizialmente o successivamente, a produrre effetti o ulteriori effetti giuridici*».

la qualificazione giuridica che lo stesso dà al contegno delle parti, «*distinguere fra gli effetti e il contratto è insensato tanto quanto distinguere l'immagine dalla luce*»⁴⁰⁹.

Tornando così alle fattispecie sopra analizzate – fideiussione *omnibus* e usura sopravvenuta – l'applicabilità dell'art. 1339 c.c., con riferimento alla clausola di preventiva rinuncia e alla sostituzione del tasso pattuito divenuto successivamente usurario, parrebbe costituire un'ipotesi di invalidità successiva alla conclusione del contratto. Questo infatti deriva dalla possibilità di configurare il combinato disposto degli artt. 1419, 2° comma c.c. e 1339 c.c. come una fattispecie di nullità parziale accompagnata da una automatica sostituzione della clausola invalida con una disposizione normativa.

Non appare tuttavia che questa soluzione possa essere accettata: innanzitutto occorre ricordare che anche i sostenitori della teoria della *Sofortwirkung* ne hanno escluso l'applicabilità ai contratti⁴¹⁰; in secondo luogo parrebbe potersi affermare che l'efficacia immediata di una norma sopravvenuta non sarebbe in grado di intaccare la validità degli elementi necessari al perfezionamento della fattispecie costitutiva, perché ciò comporterebbe una forma surrettizia di retroattività. Una norma dotata di efficacia immediata pertanto non può che disciplinare solamente gli effetti di una fattispecie già perfettamente perfezionatesi e che non abbia ancora esaurito la produzione dei propri effetti tipici. Dall'accoglimento di questa impostazione – che come si è visto sopra non è esente da critica in dottrina – deriverebbe pertanto l'impossibilità di configurare una nullità sopravvenuta.

⁴⁰⁹ GENTILI, *Le invalidità*, p. 1147. In senso contrario, invece, SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 108 ss.

⁴¹⁰ ROUBIER, *Le droit transitoire*, cit. p. 383 ss.

Capitolo III

LE APERTURE DELLA GIURISPRUDENZA: CONDIZIONI E LIMITI DELL'INTERVENTO DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO.

INDICE: – 1. Introduzione; – 2. Il contenzioso relativo alla diretta applicabilità della delibera AEEGSI 28 dicembre 1999 n. 200. Le posizioni dei giudici di merito; – 3. L'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione.

1. Introduzione.

Nel capitolo precedente si è quindi cercato di fornire una possibile ricostruzione teorica circa le conseguenze sul contratto derivanti dalla violazione del contenuto minimo disciplinato dalle Autorità di vigilanza, analizzando i presupposti applicativi del meccanismo sostitutivo di clausole disciplinato dall'art. 1339 c.c., anche in combinato disposto con l'art. 1419, 2 co c.c. Questa questione, tuttavia, non è rimasta appannaggio della sola dottrina, ma si è posta di fronte alla stessa Corte di Cassazione, la quale, in un nutrito di decisioni, ha sposato, come si vedrà, la tesi dell'applicabilità dell'art. 1339 c.c., individuando una serie di condizioni – non sempre coincidenti con quelle già delineate dalla dottrina – rispettate le quali i singoli provvedimenti, emanati dalle Autorità garanti nell'esercizio dei propri poteri normativi, sono idonei ad integrare il contenuto dei contratti conclusi tra gli operatori del mercato soggetti a regolazione e i gli utenti finali.

2. Il contenzioso relativo alla diretta applicabilità della delibera AEEGSI 28 dicembre 1999 n. 200. Le posizioni dei giudici di merito.

La peculiarità di tali decisioni è che traggono origine da una nutrita schiera di contenziosi seriali, perfettamente identici nei loro contenuti essenziali, che ha visto contrapporsi – inizialmente di fronte ai giudici di pace, per poi giungere, come vedremo, di fronte alla Corte di Cassazione – la società Enel Distribuzione s.p.a. e una nutrita serie di consumatori finali, i quali potevano godere anche del supporto di associazioni di consumatori⁴¹¹. Il *thema*

⁴¹¹ Come rilevato nel bilancio consuntivo di Enel s.p.a. al 31 dicembre 2013, i giudizi pendenti ammontavano a circa 47.900; veniva tuttavia evidenziato un progressivo decremento di tale contenzioso giudiziario a seguito dell'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione nel 2011; tale contenzioso ammontava infatti a 51.000 giudizi pendenti al 31 dicembre 2011.

Questi dati sono rinvenibili nei bilanci consuntivi, al 31 dicembre 2013 e 2011, di Enel s.p.a., allegati alla *Relazione della Corte dei conti al Parlamento sulla gestione finanziaria degli Enti sottoposti a controllo in applicazione della legge 21 marzo 1958, n. 259*, presentata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato dal Presidente della Sezione del controllo sugli Enti della Corte dei Conti, rispettivamente il 12 giugno 2015 (Doc. XV,

decidendum concerneva l'automatica inserzione, all'interno del contratto di fornitura di energia elettrica, della previsione contenuta nell'art. 6, comma 4 della delibera dell'AEEGSI n. 200/1999, la quale imponeva all' esercente del servizio l'obbligo di fornire ai propri clienti finali «almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta».

Non adempiendo a tale obbligo⁴¹², Enel Distribuzione s.p.a. veniva citata in giudizio da numerosi clienti finali, i quali chiedevano la condanna della stessa al risarcimento del danno derivato dall'aver dovuto provvedere al pagamento delle spese postali per il pagamento delle bollette di energia elettrica⁴¹³; presupposto della domanda, infatti, era che la delibera dell'AEEGSI fosse idonea ad integrare il contenuto del contratto, facendo sorgere *ex lege*

n. 287) e il 3 aprile 2012 (Doc. XV, n. 408). Nessun dato era infine presente nel bilancio consuntivo al 31 dicembre 2014, sempre allegato all'ultima relazione della Corte dei Conti, presentata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato dal Presidente della Sezione del controllo sugli Enti della Corte dei Conti, il 1 luglio 2016, Doc. XV, n. 412, la quale, tuttavia, rilevava come non fossero avvenuti fatti di rilievo ed espressamente rinviava alla Relazione relativa all'esercizio 2011, “non essendo intervenuti fatti di rilievo rispetto alla situazione quale dettagliatamente descritta”.

⁴¹² Tal che la stessa era stata condannata dall'AEEGSI (delibera n. 66 del 21 marzo 2007) al pagamento della sanzione pecuniaria pari a Euro 11.700.000.

⁴¹³ Spese postali che ammontavano alla somma di Euro 1 (ritoccato ora a Euro 1,5). Pare legittimo domandarsi se attivare l'intero sistema giudiziario – arrivando sino alla Suprema Corte di Cassazione – per una somma sì modesta non rappresenti una forma di abuso del proprio diritto ad agire in giudizio, contrario ai principi di correttezza e buona fede, espressione dell'inderogabile dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché della garanzia del processo giusto e di durata ragionevole, di cui al novellato art. 111 Cost., la quale esclude, innanzitutto, che possa ritenersi "giusto" il processo che costituisca esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltreché la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della potestas agendi, mentre l'effetto inflattivo che deriverebbe dalla moltiplicazione di giudizi si pone in contrasto con la "ragionevole durata del processo", per l'evidente antinomia che esiste tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della correlativa durata. In questo senso, è stato affermato che «l'interesse a proporre l'azione esecutiva, quando abbia ad oggetto un credito di natura esclusivamente patrimoniale, nemmeno indirettamente connesso ad interessi giuridicamente protetti di natura non economica, non diversamente dall'interesse che deve sorreggere l'azione di cognizione, non può ricevere tutela giuridica se l'entità del valore economico è oggettivamente minima e quindi tale da giustificare il giudizio di irrilevanza giuridica dell'interesse stesso». Né potrebbe fondatamente prospettarsi un contrasto tra l'art. 100 c.p.c. e l'art. 24 Cost., posto che quest'ultimo «tutelando il diritto di azione non esclude certamente che la legge possa richiedere, nelle controversie meramente patrimoniali, che per giustificare l'accesso al giudice il valore economico della pretesa debba superare una soglia minima di rilevanza, innanzi tutto economica e, quindi, anche giuridica»; questo poiché “la giurisdizione è, notoriamente, risorsa statale limitata” e, conseguentemente, «ben può la legge, esplicitamente o implicitamente, limitare il ricorso al giudice per far valere pretese di natura meramente patrimoniale, tenendo anche conto che il numero delle azioni giudiziarie non può non influire, stante la limitatezza delle risorse disponibili, sulla durata ragionevole dei giudizi, che è bene protetto dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 della CEDU». Cfr. le pronunce della Corte di Cassazione 3 marzo 2015, n. 4228, in *Riv. esec. for.*, 2015, p. 449 ss. (con nota di ASPRELLA) e *Id.*, 2016, p. 280 ss. (m) (con nota di MARINARO), nonché in *Corr. giur.*, 2016, p. 251 ss. (con nota di PANZAROLA); *Id.* 15 dicembre 2015, n. 25224, in *Dejure*.

In generale sul tema dell'abuso del diritto al processo si veda su tutte la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro It.* 2008, 5, I, p. 1514 ss. (con nota di PALMIERI, PARDOLESI e CAPONI); *Giust. civ.*, 2008, 12, p. 2807ss. (con nota di FICO); *Rass. dir. civ.*, 2010, 1, p. 292 ss. (con nota di ALPINI).

l'obbligo in capo alla società di fornire ai propri clienti una modalità di pagamento della bolletta gratuita.

La giurisprudenza di merito, tuttavia, non sempre riteneva possibile il verificarsi di questo meccanismo. Secondo l'orientamento maggiormente restrittivo⁴¹⁴, infatti, le delibere dell'AEEGSI sono rivolte solamente ai soggetti esercenti il servizio, ai quali *«possono imporre regole a cui essi si devono attenere»*; per avere tuttavia efficacia nel rapporto tra fornitore e cliente, esse necessitano di un espresso recepimento all'interno del contratto, il quale *«può essere modificato solo dalla volontà delle parti in base al principio dell'autonomia contrattuale»*. In nessun caso poi potrebbe ipotizzarsi l'integrazione automatica del contratto *«poiché l'art. 1322 c.c. stabilisce che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge»*, e l'art. 1339 c.c. prevede la sola inserzione automatica di clausole imposte dalla legge, ma non *«l'inserzione automatica degli atti regolamentari»*.

Non sono in ogni caso mancate pronunce in senso contrario⁴¹⁵: argomentando così a partire dalla modificazione automatica che i provvedimenti dell'AEEGSI determinano sul regolamento di servizio predisposto dal soggetto esercente, è stato così affermato il potere dell'Autorità indipendente di modificare i contratti conclusi dai clienti finali. Accogliendo una precedente sentenza della Corte di Cassazione⁴¹⁶, infatti, nonché recependo alcune

⁴¹⁴ Si vedano, in questo senso, le pronunce del Giudice di pace di Rossano, 8 settembre 2008, in *Giud. Pace*, 2009, III, p. 257 e ID. Caserta, 17 giugno 2008, in base alle quali le direttive emanate dall'AEEGSI hanno efficacia limitata ai soli rapporti tra l'Autorità e il gestore del servizio e *«non possono influire sul rapporto intercorrente tra gestore ed utente, rapporto che può essere modificato solo dalla volontà delle parti in base al principio dell'autonomia contrattuale»*; né *«può ipotizzarsi l'integrazione automatica del contratto poiché l'art. 1322 c.c. stabilisce che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge»* e *«l'art. 1339 c.c. prevede l'inserzione automatica delle clausole e dei prezzi imposti dalla legge, ma non l'inserzione automatica degli atti regolamentari come quelli in parola»*. Questo infatti deriva da una lettura sistematica degli artt. 1322 e 1339 c.c., che, nella loro formulazione originaria, facevano espresso riferimento alla sola legge e alle norme corporative, ove, invece, qualora *«il legislatore avesse voluto riferirsi anche alle norme regolamentari, avrebbe dovuto logicamente prevederlo»*.

⁴¹⁵ Si esprimono in tale senso le pronunce del Giudice di Pace di Teano, 24 ottobre 2006, secondo il quale non ammettere l'efficacia integrativa dei singoli provvedimenti dell'AEEGSI comporterebbe che *«nessuna valida motivazione giuridica giustificerebbe l'istituzione della stessa Autorità, atteso che, oltretutto, la violazione e l'inosservanza delle sue deliberazioni da parte degli enti erogatori le consente di infliggere pesantissime sanzioni»*; Tribunale di Napoli, 2 novembre 2007; Tribunale di Benevento, 14 maggio 2008; Giudice di pace di Benevento, 12 giugno 2008; Tribunale di Vallo Lucania, 30 aprile 2009; Trib. Napoli, 11 giugno 2009; Giudice di pace di Acerra, 19 giugno 2009; Tribunale di Avellino, 3 novembre 2009; Tribunale di Venezia, 5 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 608 ss.; Tribunale di Castellammare di Stabia, 31 dicembre 2009; *idem*, 31 maggio 2010, in *Contratti*, 2010, p. 761 ss., con nota di MUSTO; Tribunale di Nola, 22 novembre 2010. Da segnalare la diversa soluzione proposta da Tribunale di Busto Arsizio, con sentenza n. 1213 del 2 luglio 2014, secondo cui la mancata previsione di una modalità alternativa e gratuita di pagamento delle bollette costituisce una violazione del dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede ai sensi dell'art. 1375 c.c., violazione che dà all'utente il diritto a vedersi risarcito il danno conseguente, consistente nel costo sostenuto per il pagamento delle bollette mediante bollettino postale.

⁴¹⁶ Il riferimento va in particolare alla sentenza della Corte di Cassazione, 29 settembre 2004, n. 19531, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9, che, con riferimento ad un regolamento comunale di fissazione della base di

indicazioni offerte dalla Corte Costituzionale⁴¹⁷, si afferma così che il termine «legge» a cui fa espresso riferimento l'art. 1339 c.c. non debba intendersi come riferito alla sola legge in senso sostanziale – nozione comprensiva cioè della legge in senso formale e degli atti aventi forza di legge – bensì debba essere estesa anche agli atti amministrativi, purché la legge attribuisca il potere di statuire in materia predeterminando i criteri direttivi ed i limiti di massima per il suo esercizio. Il rispetto di questi vincoli è stato ritenuto sussistente in virtù delle specifiche funzioni attribuite all'AEEGSI dalla legge istitutiva n. 481/1995.

2. L'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione.

La questione è stata da ultimo posta all'attenzione della Corte di Cassazione, la quale, con una serie di pronunce del luglio 2011⁴¹⁸, poi riprese dalla giurisprudenza successiva⁴¹⁹, ha dettato infine alcuni criteri applicativi dell'art. 1339 c.c..

Innanzitutto la Suprema Corte esclude che le delibere dell'AEEGSI abbiano un'efficacia limitata al solo regolamento di servizio, esauendo così i loro effetti diretti nell'ambito del rapporto tra l'autorità ed il concessionario di servizio; accogliendo infatti tale presupposto, ne deriverebbe come logico corollario – ed infatti così aveva argomentato il

calcolo annuale per la somministrazione di acqua potabile, afferma che, secondo l'opinione prevalente in dottrina «il termine "legge" [...], deve intendersi, attecnicamente, in senso ampio, onde è riferibile a qualsiasi norma avente valore di legge in senso sostanziale e, quindi, non soltanto ai provvedimenti muniti della veste formale di atti legislativi ma altresì ai regolamenti e, financo, agli atti amministrativi cui la legge attribuisca il potere di statuire in materia predeterminando i criteri direttivi ed i limiti di massima per il suo esercizio». In senso analogo, si è espressa Cass. civ. 21 dicembre 1994, n. 11032, cit. relativamente agli atti amministrativi comunali di fissazione dei criteri per la determinazione dei prezzi di cessione degli alloggi in materia di edilizia convenzionata.

⁴¹⁷ E cioè Corte Costituzionale, 16 dicembre 1968, n. 133, la quale, riferendosi ai decreti prefettizi che disponevano circa i giorni e gli orari di apertura dei negozi, affermava che la riserva di legge dettata dall'art. 41 Cost. deve essere intesa nel senso che «non esige che la disciplina della libera iniziativa economica venga, tutta e per intero, regolata da atti normativi, bastando la predeterminazione di criteri direttivi che, avendo per fine l'utilità sociale, delineino, circoscrivendola, l'attività esecutiva della pubblica amministrazione, così da togliere ad essa carattere di assoluta, illimitata discrezionalità».

⁴¹⁸ Cass. civ. 22 luglio 2011, n. 16141, in *Giur. It.*, 2012, 1559 ss., con nota di RISPOLI; ID. 27 luglio 2011, n. 16401, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 3, p. 897 ss., con nota di ANGELONE, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*; ID. 28 luglio 2011, n. 16519, in *Foro It.*, 2012, I, p. 870 ss..

⁴¹⁹ Il medesimo orientamento è stato confermato nelle pronunce successive del 12 dicembre 2011, n. 26610, in *DeJure*; ID. 7 febbraio 2012, n. 1734, in *DeJure*; ID. 27 giugno 2012, n. 10730, in *Diritto e giustizia*, 29 giugno 2012; ID. 13 luglio 2012, n. 11992, in *Guida al diritto*, 2012, n. 37, p. 67; ID. 8 novembre 2012, n. 19333, in *Corr. giur.*, 2013, p. 603 ss., con nota di GRONDONA; ID. 21 febbraio 2013, n. 4395, in *DeJure* ID. 21 maggio 2013, n. 12318, in *Giustizia civile*, 2013, I, p. 1996; ID. 1 ottobre 2013, n. 22453, in *Giur. It.*, 2014, p. 1597 ss., con nota di VITI; ID. 17 dicembre 2013, n. 28182, in *DeJure*; ID. 31 ottobre 2014, n. 23184, in *DeJure*; ID. 31 agosto 2015, n. 17301, in *DeJure*.

Sembra ormai pacifico anche nella giurisprudenza di merito: Tribunale di Nocera Inferiore, 7 luglio 2011, 12 aprile e 3 maggio 2012; Trib. Napoli, 24 luglio 2012; Trib. Nocera Inferiore, 19 giugno 2013; Trib. Taranto, 4 giugno 2014; ID. Salerno, 30 aprile 2014; Trib. Benevento, 1 marzo 2017, tutte in *Leggi d'Italia*.

tribunale in appello – che il concessionario possa solamente essere sanzionato per l'eventuale violazione delle direttive emanate dall'Autorità indipendente, ma non potrà essere soggetto all'azione di natura contrattuale esercitata dall'utente individuale, proprio perché tali direttive non vanno ad integrare il contratto.

Una volta esclusa – per quanto in via di mero *obiter dictum* – l'applicabilità dei soli rimedi risarcitori, la Suprema Corte prosegue analizzando il combinato disposto degli artt. 1, 1° co. e 2, 12° co., lett. h) della l. 481/1995, il quale attribuisce all'AEEGSI, come si è visto in precedenza, il potere di emanare «*direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente*», direttive che producono gli effetti dettati dal 37° comma, i.e. costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio. Afferma dunque la Corte che «*la struttura di questa norma consente di affermare che dall'esercizio da parte dell'Aeeg[si] del potere da essa previsto possa senz'altro derivare un'integrazione del contratto di utenza ai sensi dell'art. 1339 c.c.*»; questa disposizione, infatti, quando si riferisce alle clausole «imposte dalla legge» non si riferisce soltanto al caso in cui la legge individui essa stessa, direttamente, la clausola da inserirsi nel contratto⁴²⁰, ma allude anche all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione della clausola sia fatta da una fonte normativa da essa autorizzata. Nel caso di specie, poi, tale autorizzazione viene fatta discendere dall'art. 2, 2° co., lett. h) della l. 481/1995 che, nell'attribuire all'AEEGSI il potere di emanare direttive relative alla produzione e l'erogazione dei servizi, avrebbe appunto fornito la base legislativa necessaria per determinare l'integrazione del regolamento contrattuale. La Corte riconosce, in ogni caso, che nessun riferimento viene fatto ai contratti di utenza: ma questa mancanza non è di per sé decisiva. A ciò sopperisce, infatti, il meccanismo dettato dall'art. 2, 37° comma, il quale, nel prevedere che le direttive sopra emanate costituiscono modificazione ed integrazione del regolamento di servizio – intendendosi in tal senso che non è richiesto alcun comportamento attivo di recepimento da parte dei soggetti fornitori – non può che comportare che, qualora l'integrazione si concreti nella previsione che il contratto di utenza debba contenere una certa clausola, un'integrazione, benché in via mediata, dello stesso contratto⁴²¹.

⁴²⁰ La limitazione in questo solo senso infatti potrebbe reputarsi esistente solo qualora il codice avesse richiesto che la clausola fosse prevista «*direttamente*» o «*espressamente*» dalla legge.

⁴²¹ Ciò poiché il regolamento di servizio non rappresenta altro che le condizioni generali di contratto a cui devono adeguarsi i contratti utenza. Quest'ultimo potrebbe così trovare la propria qualificazione all'interno della categoria del contratto normativo, i.e. quel contratto mediante cui le parti prestabiliscono

Chiarita dunque l'astratta possibilità di applicare l'art. 1339 c.c., la Suprema Corte ritiene tuttavia necessario chiarire due differenti aspetti: (i) la definizione dell'ambito oggettivo di tale possibile integrazione; (ii) l'individuazione delle condizioni verificatesi le quali l'esercizio del potere attribuito può determinare l'effetto integrativo.

Per quanto concerne il primo profilo, la Suprema Corte afferma che il potere di emanare direttive in tema di «*produzione ed erogazione dei servizi*» sia da mettere in relazione con le finalità, indicate all'art. 1 della l. 481/1995, che l'AEEGSI è chiamata a perseguire; particolare rilievo assume così la promozione della «*tutela degli interessi di utenti e consumatori*», che permette di estendere il potere attribuito all'Autorità garante all'intero ambito del rapporto di utenza individuale. Ciò deriva dalla circostanza che la nozione di «*erogazione dei servizi*» presenta una formulazione sufficientemente ampia da ricomprendere anche il profilo del contenuto dei contratti di utenza, sulla base dei quali viene, per l'appunto, materialmente operata l'erogazione del servizio di fornitura. Con riferimento, inoltre, alle ulteriori specificazioni contenute nella lett. h), esse hanno la funzione di assegnare «*un contenuto minimo necessario*» alle direttive, senza che questo però possa in alcun modo sminuire il valore omnicomprensivo del riferimento alla nozione di erogazione del servizio.

La Suprema Corte prosegue poi escludendo una lettura restrittiva della lett. h), limitata alla sola prestazione del concedente, mentre gli obblighi nei confronti dell'utente sarebbero invece regolati dalle successive lett. l) e n) dello stesso art. 2, 12° comma. Tali norme infatti non fanno che confermare la lettura estensiva proposta dalla lett. h); entrambe fanno riferimento ad attività che nulla hanno a che fare con la possibile determinazione del contenuto del contratto di utenza attraverso la mediazione dell'intervento sul regolamento

quale sarà il contenuto – o quali saranno alcuni aspetti del contenuto – di futuri contratti che si riservano di concludere (SACCO DE NOVA, *Il contratto*, 2016, p. 1257). In questo senso, cfr. GITTI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, p. 139.

Sull'istituto del contratto normativo, si rimanda a: CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1946-1948, p. 287; ID. *Riflessioni sul contratto normativo*, in *Arch. giur. Serafini*, 1937, II, p. 55.; DOSSETTO, *Contratto normativo*, in *Nuovo Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 663 ss.; GENTILI, *Sull'interpretazione dei contratti normativi*, in *Contratto e impresa*, 1999, II, p. 462 ss.; GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994; GUGLIELMINETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969; ID., *Contratto normativo*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 1 ss.; MAJORCA, *Normativo (contratto)*, in *Digesto civ.*, XII, 1995, p. 169 ss.; MESSINEO, *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 116 ss.; ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000; SICCHIERO, *L'interpretazione della clausola normativa*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 98 ss.

di servizio: la lett. l) si riferisce infatti all'attività di informazione presso gli utenti finali⁴²², mentre la lett. n) disciplina i poteri di verifica dell'autorità⁴²³.

3. *Segue. L'individuazione delle condizioni verificatesi le quali si determina l'integrazione del contratto di utenza.*

La Suprema Corte analizza infine le condizioni al cui verificarsi è subordinata l'efficacia integrativa delle direttive emanate dall'Autorità garante. Innanzitutto viene escluso che esse siano idonee a comportare una deroga a norme previste da disposizioni legislative di contenuto imperativo. In presenza, infatti, di una norma imperativa, il principio di legalità impone di intendere il fenomeno di integrazione in senso restrittivo, non essendo i provvedimenti dell'AEEGSI, in qualità di fonti di rango secondario, o, secondo un'altra impostazione, addirittura privi di contenuto normativo, in grado di disporre in modo diverso da quanto disciplinato dalle norme imperative.

Si tratta però di un principio non assoluto: la norma che attribuisce il potere di individuare il contenuto minimo del contratto (od anche, secondo la Corte, una norma di rango comunitario direttamente applicabile) infatti, potrebbe conferire espressamente la facoltà di derogare anche a preesistenti norme imperative, con, però, l'unico limite che tale deroga sia, sotto il profilo funzionale, diretta a porre un trattamento di favore nei confronti dell'utente finale e del consumatore.

Parrebbe tuttavia che la Suprema Corte abbia qui voluto riaffermare un principio già insito all'interno della fattispecie dell'art. 1339 c.c.; si è visto in precedenza, infatti, come, al fine di individuare quali sono le norme in grado di determinare la sostituzione della clausola contrattuale, sia necessario escludere le norme dispositive e suppletive, le quali sono derogabili dall'autonomia privata. Da ciò consegue che l'art. 1339 c.c. faccia necessario riferimento alle norme imperative, per la cui applicazione non assume alcun rilievo una volontà contraria delle parti.

⁴²² L'AEEGSI ha il compito di pubblicizzare e diffondere «la conoscenza delle condizioni di svolgimento dei servizi al fine di garantire la massima trasparenza, la concorrenzialità dell'offerta e la possibilità di migliori scelte da parte degli utenti intermedi o finali».

⁴²³ L'AEEGSI è dunque chiamata a verificare «la congruità delle misure adottate soggetti esercenti il servizio al fine di assicurare la parità di trattamento tra gli utenti, garantire la continuità della prestazione dei servizi, verificare periodicamente la qualità e l'efficacia delle prestazioni all'uopo acquisendo anche la valutazione degli utenti, garantire ogni informazione circa le modalità di prestazione dei servizi e i relativi livelli qualitativi, consentire a utenti e consumatori il più agevole accesso agli uffici aperti al pubblico, ridurre il numero degli adempimenti richiesti agli utenti semplificando le procedure per l'erogazione del servizio, assicurare la sollecita risposta a reclami, istanze e segnalazioni nel rispetto dei livelli qualitativi e tariffari».

Tanto premesso, si è visto in precedenza come la dottrina maggioritaria ritenga che una norma imperativa possa essere integrata anche da un provvedimento di rango secondario, purché trovi titolo e legittimazione in una disposizione di legge. Sino a qui dunque il ragionamento posto in essere dalla Corte di Cassazione appare in linea con la fattispecie analizzata dell'art. 1339 c.c.. Diversamente invece accade per l'ulteriore funzionalizzazione della deroga in senso di maggior favore per l'utente finale, la quale appare come un tentativo messo in atto dalla Suprema Corte di limitazione dell'applicabilità del meccanismo sostitutivo disciplinato dall'art. 1339 c.c. Tentativo che, tuttavia, appare poco efficace, posto che, come sopra analizzato, l'attività normativa dell'AEEGSI persegue molto spesso l'obiettivo di riequilibrare le posizioni contrattuali tra il soggetto esercente la fornitura e l'utente finale, introducendo disposizioni specifiche – anche in deroga alle norme codicistiche – dirette proprio alla tutela del contraente debole.

Infine, la Corte di Cassazione prosegue individuando un'ulteriore condizione, soddisfatta la quale può applicarsi il meccanismo dettato dall'art. 1339 c.c.: il termine “direttiva” infatti si presta a comprendere: (i) l'imposizione al destinatario di una serie di precetti determinativi del risultato da raggiungere, salva l'individuazione da parte di esso del modo con cui pervenire al risultato; (ii) l'imposizione di un precetto specifico che non lasci al destinatario alcuna possibilità di scelta sui tempi e sui modi (cioè, per dirla con terminologia comunitaria, «*self-executing*»)⁴²⁴. Solamente la seconda accezione soddisfa il riferimento che l'art. 1339 c.c. fa alla «*clausola*», la quale deve avere, in ottemperanza all'art. 1346 c.c., un contenuto specifico e determinato⁴²⁵.

Anche nell'individuare questo secondo requisito, la Suprema Corte pare protesa nell'intento di limitare l'applicazione del meccanismo sostitutivo disciplinato dall'art. 1339 c.c., specificando meglio, in questo, i limiti della nozione di clausola contrattuale. Che la clausola che va a sostituirsi debba possedere un contenuto specifico e determinato infatti è conseguenza naturale del fatto che il meccanismo di sostituzione può operare solamente nell'ipotesi in cui ad precetto autonomo ed individuabile, voluto dalle parti, vada a sostituirsi, nel vuoto lasciato, un comando imperativo, imposto dal legislatore, che svolga, nell'economia

⁴²⁴ Risuona qui il parallelo con le fonti del diritto europeo, in particolar modo con la distinzione, ai fini dell'efficacia verticale diretta, delle direttive *self-executing*. Tale efficacia fu riconosciuta per la prima dalla sentenza della CGUE, 4 dicembre 1974, C 41-7, Van Duyn c. Home Office.

⁴²⁵ Nel caso di specie, così, la Corte di Cassazione esclude che il provvedimento dell'AEEGSI possieda queste caratteristiche, negandone quindi l'effetto integrativo sul contratto di fornitura concluso dall'utente finale.

del contratto, la medesima funzione della clausola negoziata dalle parti; l'art. 1339 c.c. infatti restituisce alle parti non un contratto monco di una o più clausole dichiarate invalide, ma un contratto, che per effetto della sostituzione, sia in grado di svolgere la medesima funzione economica che le parti si erano prefissate di mettere in atto.

Il necessario rispetto del requisito della specificità della clausola imposta non è stato tuttavia accolto sempre favorevolmente dalla dottrina: così è stato affermato che, proprio in virtù delle funzioni delle Autorità, nonché del nuovo ruolo dello Stato nell'economia, sia compito dell'interprete l'individuazione della regola concreta, attraverso il ricorso ad una ermeneutica assiologicamente orientata avrebbe agevolmente consentito di integrare il frammento mancante del regolamento contrattuale⁴²⁶. Non pare tuttavia che questa tesi sia accoglibile: la sostituzione automatica di clausole infatti già di per sé comporta una rilevante compressione dell'autonomia privata, la quale subisce, senza potersi opporre, un intervento dall'esterno in grado di modificare i termini del regolamento contrattuale voluto dalle parti. Ipotizzare di attribuire all'interprete il ruolo di determinare a posteriori, sulla base di un'interpretazione orientata al perseguimento di interessi di alto valore sociale, le clausole contrattuali che vadano ad inserirsi nel contratto in sostituzione di quelle volute dalle parti, potrebbe infatti comportare una eccessiva limitazione della libertà delle parti di determinare il contenuto del regolamento contrattuale.

⁴²⁶ GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza*, p. 611 ss.

CONCLUSIONI

La ricerca si è posta come principale obiettivo quello di analizzare la portata del fenomeno della determinazione dei contenuti minimi del contratto ad opera di provvedimenti emanati dalle Autorità di vigilanza. Al riguardo si è partiti da una ricognizione di tipo empirico diretta ad individuare gli esatti confini del fenomeno in esame: si è così evidenziato come le tre Autorità di settore, scelte per la presente indagine, hanno esercitato i propri poteri con intensità e modalità differenti.

Il primo mercato analizzato è stato dunque quello bancario. In particolare la ricerca si è concentrata inizialmente sullo studio del potere attribuito alla Banca d'Italia dall'art. 117, co. 8 t.u.b.: dopo aver dato atto delle diverse ricostruzioni dottrinali che sono state elaborate nel corso degli anni, ci si è soffermati su due applicazioni concrete della norma esaminata. La prima ha riguardato la disciplina del conto corrente semplice. Qui, la Banca d'Italia, nonostante l'ampiezza del potere attribuitole, anche in considerazione dell'implicita adesione alla interpretazione c.d. forte, ha fatto un uso accorto e limitato del potere in esame. L'intervento, motivato da esigenze di promuovere una facilitazione nell'accesso al conto corrente da parte dei consumatori nazionali, riducendo così la c.d. *Financial Exclusion*, si caratterizza infatti per una particolare attenzione che la Banca d'Italia ripone nel cercare di contemperare, da un lato, le istanze di tutela del consumatore, e, dall'altro, la libera attività di impresa degli intermediari bancari. Di questa particolare attenzione mi pare sia testimonianza il fatto che la Banca d'Italia ha demandato l'individuazione del nucleo centrale dello strumento contrattuale ad un accordo tra le rispettive associazioni di categoria, accordo che ha poi provveduto a recepire con un proprio provvedimento.

L'art. 117, co. 8 t.u.b., poi, è stato analizzato poiché è stato utilizzato come norma di riferimento per quanto concerne la disciplina del credito fondiario, ed in particolare è stato oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale relativo alle conseguenze derivanti dalla violazione del limite massimo di finanziabilità. Da ultimo la Corte di Cassazione ha escluso la riconducibilità di questa disciplina all'art. 117, co. 8 t.u.b.; tuttavia ha implicitamente fornito il proprio *endorcement* alla c.d. interpretazione forte della norma esaminata, posto che ha implicitamente ammesso che la Banca d'Italia possa predeterminare le condizioni contrattuali tipiche offerte dagli intermediari bancari.

L'analisi si è poi soffermata sull'attività dell'IVASS: nel caso esaminato il legislatore ha operato una specifica scelta di politica legislativa, attribuendo espressamente all'Autorità di vigilanza il potere di determinare il contenuto minimo delle c.d. polizze *Payment Protection*

Insurance. Anche in questo caso l’Autorità di vigilanza ha esercitato il potere conferitole cercando di operare un bilanciamento tra gli interessi degli assicurati e quelli delle compagnie assicurative, accogliendo molte delle istanze proposte in sede di consultazione. Questa collaborazione, tuttavia, ha avuto una battuta di arresto nel momento in cui le compagnie assicurative hanno esplicitamente domandato all’IVASS di chiarire se il contenuto della polizza assicurativa, così come predisposto, fosse funzionale alla comparazione dei preventivi offerti al cliente – e conseguentemente avesse una funzione meramente informativa – senza imporre l’obbligo di adeguare le singole offerte contrattuali al modello disciplinato. A questo interrogativo, infatti, l’IVASS non ha fornito una risposta esaustiva, limitandosi a riaffermare che tali contenuti minimi costituiscono l’offerta base da proporre al cliente, derogabile solamente in senso più favorevole per l’assicurato. Rimane in ogni caso da darsi atto come, a differenza della fattispecie del conto corrente semplice, l’individuazione dello specifico contenuto negoziale della polizza assicurativa sia stato in questo caso totalmente messo appunto dall’Autorità di vigilanza.

Da ultimo, infine, si è proceduto ad esaminare l’attività normativa dell’AEEGSI: si è così evidenziata un’attività estremamente pervasiva dell’Autorità di vigilanza, la quale, muovendo dalla specificità del mercato dell’energia, che sta lentamente aprendosi ad un regime di libera concorrenza, ha ritenuto necessario, al fine di fornire una maggior tutela dell’utente finale, una regolamentazione specifica dei contratti di fornitura di energia elettrica e di gas naturale, più minuziosa rispetto a quella codicistica del contratto di somministrazione. Questa regolamentazione ha avuto inizialmente ad oggetto il solo mercato vincolato e le sue successive evoluzioni, dove la necessità di fornire tutela all’utente finale era particolarmente sentita. Con la piena apertura del mercato dell’energia alla libera concorrenza, l’AEEGSI non ha ritenuto che fosse venuta l’esigenza di predisporre una disciplina dei contenuti minimi del contratto di fornitura, operando, così, su due distinte direttrici: da un lato, infatti, con la predisposizione della offerta P.L.A.C.E.T., l’Autorità di vigilanza ha individuato un modello contrattuale standard, a cui non solo gli operatori del mercato sono obbligati ad offrire, ma che costituisce il parametro di riferimento per la valutazione delle deroghe e divergenze eventualmente predisposte. Dall’altro lato invece l’AEEGSI ha deliberato di individuare le condizioni minime anche dei contratti conclusi nel mercato libero, a cui si aggiunge la disciplina generale – sempre in tema di contenuto del contratto – contenuta nel Codice di condotta commerciale e nei Testi Integrati per la morosità nel mercato dell’energia elettrica e del gas naturale. Rimane in ogni caso da

sottolinearsi come l'attività dell'AEEGSI qui esaminata sia l'unica a non possedere un esplicito fondamento normativo; il potere di dettare contenuti minimi del contratto di fornitura, infatti, non è stato espressamente conferito dal legislatore, ma è stato ricavato in via interpretativa dalla norma, contenuta nella legge istitutiva, che attribuisce all'Attività di vigilanza il potere di dettare direttive in tema di livelli, generali e specifici, di qualità nell'erogazione dei servizi, le quali determinano un'automatica del regolamento di servizio predisposto dall'operatore. L'adozione di questa interpretazione, che ha poi ricevuto l'avvallo anche da parte della giurisprudenza, parrebbe, però, richiedere una più attenta riflessione ad opera del legislatore, necessitandosi, anche in virtù della conseguente compressione dell'autonomia privata determinata dai provvedimenti dell'Autorità di vigilanza, un conferimento esplicito del potere in esame, con una precisione individuazione delle finalità e dei limiti di applicazione.

Esaurita così l'indagine empirica, si è proseguita la ricerca cercando di individuare i possibili rimedi per l'ipotesi in cui il singolo contratto concluso tra l'operatore del mercato e l'utente finale presenti delle difformità rispetto al modello disciplinato dalla singola Autorità di settore. Si è così evidenziato come accada con frequenza che il legislatore, nell'attribuire alle Autorità di vigilanza poteri conformativi del contratto, non disciplini la sanzione espressa in caso di violazione, lasciando così all'interprete il compito di individuare i possibili rimedi esperibili. Unica eccezione, in questo senso, è la norma dettata dall'art. 117, co. 8 t.u.b., che prescrive la nullità dei contratti difformi.

Il primo approccio al tema è stato dunque quello di sussumere le disposizioni esaminate all'interno della categoria delle regole di validità, le quali vengono comunemente identificate come quelle regole dirette a regolare aspetti attinenti alla struttura del contratto. Tanto premesso, ci si è posti il problema se le norme contenute nei provvedimenti esaminati potessero essere qualificate come norme imperative, dalla cui violazione discende, ex art. 1418, 1 co. c.c., la nullità del contratto. Si è così evidenziato come la dottrina maggioritaria ritenga che una norma imperativa possa essere individuata non solo in una disposizione di legge, o di un atto ad essa equiparata, ma anche in una disposizione avente rango secondario, purché, però, vi sia un'espressa attribuzione ad opera del legislatore.

Ammessa dunque la possibilità di individuare, nei provvedimenti analizzati, norme imperative, con conseguente ammissibilità della sanzione della nullità, si è concentrata l'attenzione su una disposizione specifica, in tema di nullità parziale del contratto, ovvero sia l'art. 1339 c.c..

Dopo aver dato atto delle oscure origini storiche della disposizione codicistica, nonché delle complesse difficoltà incontrate dall'interprete nel cercare di collocare a sistema una delle norme del Codice civile più ferocemente criticate dalla dottrina, si è preferito concentrare l'attenzione sui presupposti applicativi, in base ai quali l'istituto della sostituzione automatica delle clausole può operare. Si è quindi evidenziato come, nonostante i timori paventati dalla dottrina, la norma in esame sia stata applicata dalla giurisprudenza tenendo sempre in considerazione la necessità di tutela dell'autonomia privata delle parti, evitando così di arrivare, come era stato affermato, ad un completo annichilimento della stessa.

Due questioni, in particolare, sono sembrate di particolare rilevanza: da un lato, infatti, si è posto il problema della rilevanza dell'errore di diritto, che i giudici hanno negato sulla base della prevalente necessità di tutela della controparte debole, il cui interesse verrebbe sacrificato ove si ammettesse la possibilità di annullare il contratto; dall'altro lato, invece, si è posta la questione delle sopravvenienze normative, la quale ha dato avvio ad una nutrita serie di questioni consequenziali, come quella dei vari "gradi" di retroattività di una disposizione di legge e quella dell'ammissibilità della nullità sopravvenuta. Dai casi analizzati la giurisprudenza parrebbe incerta: se da un lato, infatti, esclude la rilevanza delle sopravvenienze normative ai fini dell'applicabilità dell'art. 1339 c.c., dall'altro lato, nell'ipotesi della invalidità della clausola di preventiva rinuncia nella fideiussione *omnibus*, i giudici di legittimità ammettono – benché in una sola sentenza – la possibilità che il meccanismo disciplinato dall'art. 1339 c.c. possa operare anche per le fideiussioni c.d. aperte.

In conclusione, il tema del rapporto tra regolazione del mercato e disciplina del contratto ha trovato nella ricerca qui condotta un momento di emersione di particolare rilevanza ai fini della ricostruzione del ruolo della libertà contrattuale – e del contratto in generale – nell'ordinamento attuale. Dall'analisi qui presentata pare possibile rilevare una tendenza – e da parte del legislatore, e da parte della giurisprudenza (in particolare quella relativa al contenuto precettivo dell'art. 117, co. 8 t.u.b. in tema di credito fondiario) – a ritenere che la predisposizione di contenuti minimi del contratto costituisca uno strumento utile ai fini di un più equo bilanciamento di potere contrattuale tra l'operatore del mercato e l'utente finale.

Rimane in ogni caso aperto il problema dell'individuazione delle sanzioni in caso di difformità: la soluzione auspicabile, certo più efficiente dal punto di vista di certezza dei rapporti giuridici, è quella di una espressione previsione legislativa in tal senso, che permetterebbe anche di garantire maggiore chiarezza, da un punto di vista del rispetto del

principio di separazione dei poteri dello Stato e della gerarchia delle fonti, circa il fondamento ed i limiti applicativi dei poteri delle Autorità di vigilanza. In mancanza di ciò, può apparire certamente singolare che venga proposta l'applicazione, nel caso concreto, dell'art. 1339 c.c., disposizione che, come si è visto, ha rappresentato la mano destra delle politiche economiche, prima, durante il fascismo, improntate all'autarchia, e, successivamente, di stampo dirigista. Nello studio delle applicazioni concrete della norma, però, si rilevato come, in realtà, i suoi presupposti applicativi siano sempre stati interpretati in maniera restrittiva; e come, allo stesso modo, anche la giurisprudenza ne abbia fatto applicazione in maniera molto ponderata, tant'è che, nell'unico caso presentatole in cui la questione riguardava, specificamente, la possibilità di operare la sostituzione automatica di clausole per effetto di un atto emanato dall'Autorità di vigilanza, la Corte di legittimità ha escluso la possibilità di operare tale integrazione sul presupposto della mancanza di specificità e determinatezza del precetto da sostituirsi.

Emerge dunque, concludendo, come l'art. 1339 c.c. possa svolgere, ove correttamente applicato, la funzione di strumento ermeneutico in grado di contribuire alla realizzazione di un mercato maggiormente concorrenziale e di un maggior equilibrio di potere contrattuale fra le parti, intervenendo d'imperio là dove l'operatore del mercato non accetta di adeguarsi alle prescrizioni emanate dalla propria Autorità di settore.

All'interprete, nondimeno, rimane in ogni caso da domandarsi se la scelta di politica legislativa diretta a predeterminare il contenuto minimo del contratto sia quella più efficiente, ponendosi il dubbio se, ad una quasi completa uniformazione delle condizioni contrattuali offerte sul mercato, corrisponda sempre il *best interest* dell'utente finale. Nel tentativo di fornire una risposta, appaiono più che mai determinanti gli strumenti offerti dall'analisi dell'economica del diritto.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. *Dialoghi sul diritto dell'energia. II. Contratti dell'energia e regolazione*, a cura di M. DE FOCATIS – A. MAESTRONI, Giappichelli, Torino, 2015.
- ATTYAH, P.S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- ALPA, G. – *Il contratto in generale. I. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 2014.
- *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, IV, p. 571 ss.
- *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss.
- AGRESTI, G. *Le norme sui contratti*, in *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario*, a cura di P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI, III, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1835 ss.
- AMADIO, G. *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, a cura di G. GITTI, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 218 ss.
- ANGELONE, M. – *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, Esi, 2012.
- *Poteri regolatori dell'AEEG e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, III, p. 909 ss.
- ALTAVILLA, R. *L'errore di diritto nella stipulazione del contratto di lavoro*, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 490 ss. [Nota a Cass. civ. 13 maggio 1983, n. 3293].
- BARCELLONA, M. *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione. Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, I, p. 33 ss.
- BARCELLONA, P. *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, Giuffrè, 1969.
- BASEDOW, J. *Freedom of Contract in the European Union*, in *European Review of Private Law*, 2008, VI, p. 901 – 923.
- BELLANTUONO, G. *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- BETTI, E. *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, , XV, t. 2, II ed., Torino, Utet, 1950.

BIANCA, C.M. *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1998.

BIGLIAZZI GERI, *Sul significato del termine «clausola» in relazione al II comma dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 683 ss.

BRIOLINI, F. *Fideiussioni omnibus non «esaurite» e legge sulla trasparenza bancaria*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, I, p. 685 ss.

BRUTI LIBERATI, E. *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI, Quaderno CESIFIN n. 33, Torino, Giappichelli, 2007.

BUONOCORE, V. *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, Impresa e società*, 1994, p. 171 ss.

CALEO, O. *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, in *Obbl. e contratti*, 2012, p. 906 ss.

CANDIAN, A. *Assicurazione garanzie del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, I, p. 637 ss.

CAPACCIOLI, E. *Programmazione e autonomia negoziale*, in *Il diritto dell'economia*, 1966, I, p. 22 ss.

CAPOBIANCO, E. – *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in *Correzione e integrazione del contratto*, a cura di F. VOLPE, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 1 ss.

– *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Esi, Napoli, 2000.

CAPPAGLI, E. *Nullità parziale e nullità per errore di diritto del contratto di lavoro*, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 488 ss. [Nota a Cass. civ. 13 maggio 1983, n. 3293].

CAPUTO, E. *Sui criteri di determinazione del carattere imperativo di una norma*, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 901 ss. [Nota a Cass. civ. 6 febbraio 1978, n. 555].

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

CASTRONOVO, C. *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, I, p. 29 – 50.

CERINI, D. *L'assicurazione del credito ai consumatori, strumento double-face a «garanzia» di finanziatori e finanziati: da un'idea di «democratizzazione del credito» ad un esempio applicativo delle assicurazioni di gruppo*, in *Dir. econ. ass.*, 2014, I, p. 745 ss.

CIATTI, A. *Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (soforwirkung)*, in *Il diritto intertemporale e rapporti civilistici, Atti del VII Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile*, Esi, Napoli, 2013.

COLOMBI CIACCHI, A. *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*, in *European Review of Contract Law*, 2010, VI, p. 303 ss.

COLOMBO, C. – *Gli interessi nei contratti bancari*, in *I contratti bancari*, a cura di E. CAPOBIANCO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Utet, Torino, 2016, p. 433 ss.

– *Gli interessi nei contratti bancari*, Aracne editrice, Roma, 2014.

COSTANZA, M. *Integrazione del contratto mediante inserimento automatico di clausole e limiti dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1238 ss.

COSTI, R. *L'ordinamento bancario*, V. ed., Bologna, Il Mulino, 2012.

COVIELLO JR., *In margine all'art. 1340 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 514 ss.

COZZOLI, V. *Sub art. 2, comma 2, lett. b)*, in *Commentario alla legge 14 novembre 1995 n. 481*, a cura di A. BARDUSCO – G. CAIA – G. DI GASPARE, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 303 ss..

CRISCUOLI, G. *Nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1959.

D'ADDA, A. – *L'autotutela del creditore nel mercato dell'energia e del gas: i limiti all'eccezione di inadempimento*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 79 ss.

– *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, Cedam, 2008.

D'AMICO, G. – *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, in *I Contratti*, 2014, p. 450 ss. [nota a Cass., 28 novembre 2013, n. 26672].

– *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.

D'ANTONIO, A. *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, Cedam, 1974.

DAVIS, F.G. – ETTER, W.E. – BLYTHE, H. – FREUND, P.F. *The Regulation of Consumer Credit Insurance*, in *Law and Contemporary Problems*, 1968, 33, p. 718-736.

DE ANGELIS, L. *Sub art. 117*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, Cedam, Padova, 2012, III. ed., p. 1687 ss.

DE MARTINI, A. – *Sub art. 1339*, in *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, Libro IV, Titolo II, diretta da R. NICOLÒ, a cura di A. DE MARTINI e C. GIANNATTASIO, Milano, Giuffrè, 1956.

– *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, Giuffrè, 1950.

DE MARTINI A. – RUOPPOLO, G. *Sub art. 1339*, in *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, Libro IV, Titolo II, diretta da R. NICOLÒ e M.S. RICHTER, a cura di A. DE MARTINI e G. RUOPPOLO, Milano, Giuffrè, 1971.

DE NOVA, G. – *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, I, p. 56 ss.

– *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, comma 8 del Testo Unico Bancario*, in *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela. Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 49, 1999, p. 65 ss..

– *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 935 ss..

DEL PRATO, E. *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, III, p. 515 ss.

DI BONA, L. *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, Esi, 2008.

DI MARZIO, F. *La nullità del contratto*, II. ed., Cedam, Padova, 2008.

DI MAURO, N. *In tema di integrazione legale del contratto ex art. 1339 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 239 ss. [nota a Trib. Lucca, 29 aprile 1991].

DISTASO, N. *I contratti in generale. III*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. BIGIAMI, Utet, Torino, 1980, p. 1647 ss.

DOLMETTA, A. A. – *L'usura sopravvenuta in Cassazione*, in corso di pubblicazione su *Questione Giustizia*.

– *Identità del credito fondiario e "premio dell'irragionevolezza"*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, II, p. 127 ss. [nota a Cass., 28 novembre 2013, n. 26672].

– *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela. Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 49, 1999, p. 13 ss.

– *Fideiussioni «chiuse» e legge sulla trasparenza: una massima della Cassazione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, II, p. 240 ss.

DUVIA, P. *La sostituzione automatica di clausole nell'art. 1419, comma 2 cod. civ.*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 789 ss.

FARACE, D. *Art. 1339 cod. civ., provvedimenti delle Autorità indipendenti ed eterointegrazione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 660 ss.

- FARINA, M. *Il superamento del limite di finanziabilità e (nullità del) credito fondiario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, I, p. 534 ss.
- FAUSTI, P.L. *Assicurazioni del debitore a “garanzia” dei mutui ipotecari: considerazioni sulla recente disciplina*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, p. 614 ss.
- FERRARI ZUMBINI, A. *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino, 2016.
- FERRI, G.B. – *Il codice civile italiano del 1942*, in *Europa e diritto privato*, 2012, II, p. 319 ss.
- *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del Libro delle obbligazioni*, Padova, Cedam, 1990.
- *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966.
- *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 271 ss.
- FESTI, F. *Il diritto dei contratti regolati*, in *Dialoghi sul diritto dell'energia. II. Contratti dell'energia e regolazione*, a cura di M. DE FOCATIS – A. MAESTRONI, Giappichelli, Torino, 2015.
- FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti tra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, p. 312.
- FRANZONI, M. *Degli effetti del contratto. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori (artt. 1374-1381)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHELSINGER, 2. ed., Milano, Giuffrè, 2013
- GABRIELLI, G. *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 499 ss.
- GALGANO, F. – *Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, in *Diritto civile e commerciale*, a cura di F. GALGANO, Cedam, Padova, 1990.
- *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, Giuffrè, 1988.
- GAZZONI, F. – *Manuale di diritto privato*, XVII ed. agg., Napoli, Esi, 2015.
- *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. del notariato*, 2000, 6, I, pp.1447 ss.
- GENTILI, A. *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Utet, Torino, 2006.
- GIORDANO, U.M. *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 1234 ss.
- GITTI, G. – *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. del diritto*, Milano, Giuffrè, 2012.

- *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 2, p. 173 ss.
- *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Esi, Napoli, 2008.
- GRASSETTI, C. *Clausola del negozio* [voce], in *Enc. del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960.
- GRONDONA, M. – *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, in *Corr. giur.*, 2013, 5, p. 608 ss. [nota a Cass. civ. 8 novembre 2012, n. 19333].
- *Poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente casistica)*, in *Annuario del contratto*, a cura di A. D'ANGELO – V. ROPPO, Giappichelli, Torino, 2012, p. 38-78.
- GUIZZI, G. *Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta*, in *Corr. giur.*, 2017, 5, p. 599 ss.
- IRTI, N. *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza ed., Roma, 2003.
- LENER, R. *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano, Giuffrè, 1996.
- LIPARI, N. *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 711.
- LIVI, M. A. *Alcune considerazioni sul principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti*, in *Studi in onore di N. Lipari*, I, Milano, Giuffrè, 2008.
- LUMINOSO, A. *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, IV, p. 501 ss.
- MACARIO, F. – *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 2016, IV, p. 52 ss.
- *Autonomia privata (profili costituzionali)* [voce], in *Enc. dir. – Annali*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 61 ss.
- *L'autonomia privata*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*. Atti del Convegno. Palermo, 7-8 luglio 2006, a cura di L. NIVARRA, Giuffrè, Milano, 2008.
- *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GITTI, Bologna, Il Mulino ed., 2006.
- MAISTO, F. *Diritto intertemporale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, Esi, 2007.

MAJELLO, U. *Sub art. 117*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commentario*, a cura di BELLI e al., Bologna, Zanichelli, 2003.

MANTOVANI, M. *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, a cura di GENTILI, Milano, 2006

MARTINA, G. *Il contratto di assicurazione sulla vita finalizzato all'erogazione di un mutuo immobiliare tra misure legislative urgenti, regolamentazioni dell'Autorità di vertice del settore assicurativo e prospettive de iure condendo*, in *Dir. delle banche e del mercato finanziario*, 2015, p. 296 ss.

MAUGERI, M.R. – *L'autonomia privata nel pensiero di Luigi Cariota Ferrara (Pomigliano d'Arco 1908 – Napoli 1994)*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, I, p. 372 ss.

– *Effetto conformativo delle decisioni delle Autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale. Atti del VI Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile*, Esi, Napoli, 2012.

– *Sub art. 1339*, in *Commentario del codice civile. Dei contratti in toto* da E. GABRIELLI, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Utet, Torino, 2011, p. 508 – 527.

– *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003.

MELI, V. – *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base: sollecitazioni comunitarie e disciplina nazionale*, in *Ass.*, 2014, p. 445 ss..

– *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, I, p. 56 ss..

MENGONI, L. – *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.

– *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, p. 1 ss.

MESSINEO, F. – *Contratto* [voce], in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961.

– *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, Giuffrè, 1957.

MIRABELLI, G. – *Sub artt. 1339 e 1419*, in *Commentario del Codice civile. Dei contratti in generale*, Utet, Torino, 1958.

MIRONE, A. – *Sub art. 117*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. COSTA, Giappichelli, Torino, 2013.

– *Le “fonti private” del diritto bancario: trasparenza, concorrenza e autonomia privata nella (nuova) regolazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 264 ss.

– *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 557 ss.

MIRRIONE, M. *Il rapporto tra autonomia privata e norme di vigilanza nella disciplina del credito fondiario*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 209 – 243.

MORERA, U. *Contratti bancari e disciplina generale*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2008, I, p. 163 ss.

MUSTO, A. – *Il contratto “asimmetrico” di fornitura di energia elettrica. La potestà regolamentare dell'AEEG: un potere “compensativo” della “parità” contrattuale violata?*, in *Contratto e impresa*, 2010, 6, p. 1411 ss.

– *Somministrazione di energia elettrica e potestà regolamentare dell'AEEG*, in *Contratti*, 2010, 8, p. 761 ss. [nota a Trib. Castellamare di Stabia, 31 maggio 2010].

– *La potestà regolamentare dell'AEEG: una fonte di integrazione del contratto?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 659 ss.

NATOLI, U. *Su una «rimeditazione» relativa al II comma dell'art. 1419 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, p. 547.

NUZZO, M. *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1975 (rist. anas. ad opera della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, n. 48, a cura di P. PERLINGIERI, Esi, Napoli, 2011).

ONNIS CUGIA, F. – *Una prima applicazione del recente indirizzo della Suprema Corte in materia di superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario*, in *Riv. giur. sarda*, 2015, p. 69 ss., [nota a Trib. Oristano, 28 gennaio 2014 (ord.)].

– *Discordanze giurisprudenziali sulle conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario dopo il recente arresto della Corte di Cassazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, p. 471 ss. [nota a Trib. Firenze, 30 ottobre 2014 (ord.), Trib. Udine, 29 maggio 2014 (decr.) e Trib. Oristano, 28 gennaio 2014 (ord.)].

– *Il potere di incisione ab extra delle autorità di vigilanza del mercato sulle condizioni contrattuali alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giustizia civile.com*, 2014, 7.

– *La regola dell'art. 117, comma 8°, t.u.b. e il credito fondiario*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2014, 2, II, p. 145 ss. [nota a Cass., 28 novembre 2013, n. 26672].

OPPO, G. *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 ss. e 1944, I, p. 18 ss.

ORLANDI, M. *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GITTI, Bologna, Il Mulino, 2006, nonché in *Riv. dir. privato*, 2003, p. 271 ss.

PAGLIANTINI, S. – *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, in *Corr. giur.*, 2017, 5, p. 608 ss.

– *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, in *I Contratti*, 2014, p. 439 ss. [nota a Cass. civ. 28 novembre 2012, n. 26672].

PASSAGNOLI, G. *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, in *Persona e mercato*, 2015, IV, p. 103 ss.

PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard (artt. 1337 -1342)*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 1993.

PAVONE LA ROSA, A. *Autonomia privata e formazione eteronoma del regolamento contrattuale*, in *Riv. notariato*, 1970, p. 216 ss.

PIETROBON, V. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1990.

PORZIO, M. *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 141 ss.

PUGLIESE, F. *Fideiussioni omnibus c.d. aperte e modifica dell'art. 1956 c.c. ex l. 17 febbraio 1992 n. 154*, in *Giur. It.*, 2007, p. 1151 ss. [nota a Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1689].

PRENTICE, P.P., *Illegality and Public Policy*, in *Chitty on Contracts. I. General Principles*, 31° ed., Sweet and Maxwell, 2012.

PRUSSIANI, C. *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 20094 ss. e III, p. 20129 ss.

QUADRI, E. *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur.*, 1999, 7, p. 890 ss.

RABELLO, A.M. – SARCEVIC, P. *Freedom of Contract and Constitutional Law. Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (IALS/UNESCO) held in Jerusalem, September 1994*, Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law – The Hebrew University of Jerusalem, Jerusalem, Hamaccabi Press, 1998.

RESCIGNO, P. – *I contratti in generale*, in *Diritto Civile. III. Il contratto in generale*, diretto da LIPARI e RESCIGNO, Milano, Giuffrè, 2009, p. 24 ss.

– *Consenso, accordo, convenzione, patto (La terminologia legislativa nella materia del contratto)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 3 ss.

RICCIO, A. *Inserzione automatica di clausole e invalidità delle clausole difformi*, in *Contratto e impresa*, 2005, I, p. 63 ss.

RICCIUTO, V. – *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in *Diritto dell'economia*, a cura di E. PICOZZA e V. RICCIUTO, Giappichelli, Torino, 2017.

– *Regolazione del contratto e “funzionalizzazione” del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Esi, Napoli, 2008.

RISPOLI, G. *Asimmetrie contrattuali e limiti all'eterointegrazione normative*, in *Giur. It.*, 2012, p. 1548 ss.

RIVA, I. *Polizze connesse a mutui tra regolazione ISVAP e “legislazione Monti”*, in *Ass.*, 2012, p. 277 ss..

RIZZO, F. *Sub art. 1339*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro IV: Delle obbligazioni. Tomo I: artt. 1173 – 1536*, a cura di G. PERLINGIERI, III ed., Napoli, Esi, 2010.

RODOTÀ, S. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, ristampa inalterata, 1970.

ROMANO, A. *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1960.

ROPPO, V. – *Il contratto*, Milano, Giuffrè, II. ed., 2011.

– *Il contratto, e le fonti del diritto*, in *Politica del diritto*, IV, 2001, p. 529 ss.

– *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità e frustration of contract*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1973, p. 1237 ss.

– *Nullità parziale e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 686 ss.

ROUBIER, P. *Les conflits de lois dans le temps (Théorie de la non- rétroactivité des lois)*, Paris, Recueil Sirey, 1929.

RUBINO, D. *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 530 ss.

RUVOLO, M. *Successione di leggi nel tempo e fideiussioni omnibus stipulate prima dell'entrata in vigore della l. 154/92*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1256 [nota a Cass., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1689].

SACCO, R. – *Sostituzione delle clausole contrattuali*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, VII Agg., Torino, Utet, 2012, p. 996 ss.

– *Il contratto*, VI, 2, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, Torino, Utet, 1975.

SACCO, R. – DE NOVA, G. *Il contratto*, VI ed., Torino, Utet, 2016.

Il contratto, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 1993.

SALVI, G. *L'usura sopravvenuta al vaglio delle sezioni unite tra negazionismo e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 6, p. 795 ss.

SARACINI, E. *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, Giuffrè, 1971.

SAVIGNY, F. K. VON *Sistema del diritto romano attuale* (tr. it. di V. SCIALOJA), III, Utet, Torino, 1891.

SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2011.

SCLAFANI F.– ZANETTINI, L. *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G.P. CIRILLO – R. CHIEPPA, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Cedam, Padova, 2010, p. 351 ss..

SCOGNAMIGLIO, C. *L'integrazione*, in *I contratti in generale. II*, a cura di E. GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, II. ed., Utet, Torino, 2006.

SCOGNAMIGLIO, R. *Sub art. 1339*, in *Commentario del codice civile. Dei contratti in generale*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna – Roma, Zanichelli ed. – Soc. ed. del Foro Italiano, 1970.

SEMERARO, M. – *Usura originaria, usura sopravvenuta e interessi moratori*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 11, 2015.

– «Regolazione» del «mercato»: relazioni semantiche e scelte di sistema (spunti dalla casistica), in *Rass. dir. civ.*, 2012, III, p. 808 ss.

SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, Cedam, 2008.

SOLINAS, C. *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contratto e impresa*, 2010, 6, p. 1368 ss.

SPATARO, M. *Errore di diritto e norme imperative sostitutive di clausole nulle ex art. 1419, secondo comma, c.c.*, in *I Contratti*, 1999, 12, p. 1093 ss. [nota a Cass. civ., sez. lav., 23 gennaio 1999, n. 645].

STOLFI, G. *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947.

TAMPONI, M. *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 cc.*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1978, p. 105 ss. e 483 ss.

TARDIVO, C.M. *Inderogabilità delle norme attinenti alla percentuale di concessione del finanziamento fondiario*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, II, p. 257 ss. [nota a Cass. civ. 1 settembre 1995, n. 9219].

TIDU, A. *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari* [voce], in *Enc. giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1994, p. 1 ss.

TITOMANLIO, R. – *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2012.

– *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, 1, p. 1 ss.

TOMMASINI, D. *Il superamento del limite di finanziabilità del credito fondiario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 388 ss. [nota a Cass., 28 novembre 2013, n. 26672].

TOMMASINI, R. – *Nullità (dir. priv.)* [voce], in *Enc. del diritto*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978.

– *Invalidità* [voce], in *Enc. del diritto*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 591 ss.

TREITEL, H. – *Frustration and force majeure*, Londra, Sweet and Maxwell, III ed., 2014.

– *An outline of the law of contract*, Oxford University Press, VI ed., 2004.

TRIMARCHI, P. *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2014.

VASSALLI, F. *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi Giuridici*, III, 2, Milano, Giuffrè, 1960.

VENOSTA, F. *Contratti regolati e rimedi civilistici*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, I, p. 95 ss.

VILLA, G. – *Inserzione automatica di clausole e diritto intertemporale*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile*, Esi, Napoli, 2013.

– *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, Giuffrè, 1993.

VITI, V. – *Provvedimenti normativi dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas ed integrazione contrattuale*, in *Giur. It.*, 2014, p. 1598 ss.

– *Il contratto e le autorità indipendenti*, Jovene Ed., Napoli, 2013.

VITUCCI, P. *Proprietà e obbligazioni: il catalogo delle fonti dall’Europa al diritto privato regionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 747 ss.

WINDSCHEID, B. *Diritto delle pandette* (tr. it. di C. FADDA e P.E. BENZA), Utet, Torino, 1925, I, pp. 202-203.

ZICCARDI, F. *L’integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 1969, p. 108 – 190.

A conclusione di questo mio percorso dottorale, desidero ringraziare tutti coloro che mi hanno guidato e dedicato il loro tempo. Un pensiero al Prof. Antonio Gambaro, per la costante disponibilità, l'aiuto scientifico e per le puntuali osservazioni sempre ricche di nuovi spunti di riflessione. Ugualmente sono grata alla Prof.ssa Albina Candian, per l'affettuoso sostegno.

Un ricordo particolare al *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* di Amburgo, per la cortese ospitalità offerta durante lo svolgimento della ricerca, e a tutti i colleghi che, nonostante il rigido inverno, non hanno mai fatto mancare il loro caloroso incoraggiamento.

Una menzione speciale va ad Alessio e Stefano, per la loro incredibile umanità.

Desidero infine ringraziare la mia famiglia, per il loro affettuoso supporto, Luca e tutti gli amici, che non hanno smesso di credere in me anche nei momenti più difficili e senza i quali questo risultato non sarebbe stato possibile.

Grazie.