



Autonomia privata e regole di conformazione del mercato



Maddalena Rabitti

Il titolo dell'intervento avrebbe potuto essere anche il sottotitolo di raccolta degli scritti di Mario Nuzzo: l'autonomia privata nel suo concreto manifestarsi conforma l'ordine giuridico del mercato attraverso le regole del contratto e dell'autodisciplina. Di ciò si ha continua conferma, ad esempio, nel volume sull'utilità sociale¹, sulla sussidiarietà², negli articoli sull'abuso del diritto³, sulle fondazioni bancarie⁴; ma è evidente anche nell'esperienza professionale e istituzionale di Mario Nuzzo, in particolare quella legata alle Fondazioni bancarie e a Cassa depositi e prestiti. L'importanza dell'autodisciplina lo ha, ad esempio, portato a creare la Carta delle fondazioni bancarie⁵.

Nelle poche considerazioni che seguono, tuttavia, si vuole evidenziare come quando l'autonomia contrattuale si pone in contrasto con l'utilità sociale, la nullità dell'atto finisce per assolvere sempre più spesso alla funzione di incidere direttamente sulle regole del mercato, conformandole in funzione della tutela di interessi collettivi e dell'ordine giuridico del mercato.

Una prima digressione e un ricordo personale: quando ho iniziato a studiare il tema della nullità, con la guida del Professore, si dibatteva ancora sul tema della qualificazione/inqualificazione del contratto nullo. Ci si chiedeva, cioè, se la nullità fosse da considerare una forma di qualificazione (negativa) dell'atto ovvero (come vuole la tesi tradizionale, un tempo prevalente) una forma di inqualificazione dell'atto come contratto, in consi-

¹ Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, ora in Collana Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 2011.

² Nuzzo, (a cura di), *Il Principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, II, Torino, 2014.

³ Nuzzo, *Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016; *Id.*, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, I, 50 ss.

⁴ Nuzzo, (a cura di), *Le fondazioni bancarie: commento alla legge 23 dicembre 1998 n. 461, al decreto legislativo 17 maggio 1999 n. 153 e all'atto di indirizzo del Ministero del Tesoro del 5 agosto 1999*, Napoli, 2000.

⁵ Nuzzo, *Il "senso etico" della Carta delle Fondazioni Bancarie*, in *Prospettiva*, 2013, 72 ss.

derazione del difetto di elementi strutturali. Riconosciuta la rilevanza della fattispecie nulla in termini di qualificazione negativa, ci si interrogava poi sulla sua idoneità a produrre effetti. Il Professore, già nella voce *Negoziio Illecito* del 1990 – ma ancor prima nella monografia – con limpido pensiero, affermava che: «il ricorso alla formula puramente negativa “negoziio nullo” per esprimere unitariamente ogni ipotesi di insufficienza della fattispecie alla quale consegue l’assoluta inidoneità alla produzione di effetti tradisce la complessità che il fenomeno esprime sul piano dell’ordinamento. Si manifesta così l’esigenza di penetrare (...) il *proprium* delle singole figure considerate, muovendo dal convincimento che il legislatore nel disciplinare ciascuna di esse affronta il problema pratico della composizione di interessi divergenti, secondo modelli che l’interprete deve di volta in volta individuare secondo specifici interventi sul dato normativo»⁶. La disciplina è poi conseguenza del modo in cui viene effettuato il bilanciamento degli interessi e si declina in modo funzionale all’interesse che si assume prevalente.

Queste parole sono sufficienti a fare comprendere che il Professore aderiva all’atteggiamento antidogmatico in voga; ma l’antidogmatismo a cui aderisce Mario Nuzzo (sulla scia di Orestano) non è di rottura con il sistema; non significa – come Egli ben chiarisce già in *Utilità sociale e autonomia privata* – evocare la crisi del diritto privato, ma piuttosto la crisi di quelle «categorie concettuali che tendono a organizzare l’esperienza del concreto all’interno di un sistema concettuale le cui premesse appaiono stabilizzate nel precedente sviluppo della scienza, riproducendo in tal modo l’illusione pandettistica di ordinare la volontà a canone sistematico»⁷.

Egli osserva, infatti, che chi vuole essere coerente alla realtà materiale e ai problemi che in questa si pongono deve essere attento non solo alle enunciazioni della scienza ma soprattutto allo svolgimento concreto dell’esperienza giuridica, esaminata dall’interno. E’ questo un modo con cui il Professore riafferma la valenza del sistema, personalizzando il suo modello di antidogmatismo e, soprattutto, muovendosi tra diritto vigente e diritto vivente.

L’uso che della nullità fanno il legislatore e la giurisprudenza è perciò, per lui, il prisma per leggere il rapporto tra ordinamento e autonomia dei privati in maniera funzionale agli interessi in gioco, posto che il potere di autonomia privata incontra il primo limite nel controllo del contratto come atto ma che il giudizio di validità, come egli ben chiarisce poi nel 2016 nel saggio su *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, non si esaurisce in esso, dovendosi anche guardare alla vicenda del caso concreto, all’operazione economica perseguita⁸, sebbene spetti poi al giudice valutare se e in che termini la nullità sia il rimedio più efficiente in base al principio di effettività⁹.

⁶ NUZZO, voce *Negoziio giuridico: IV) Negoziio illecito*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 1 ss.

⁷ NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 14-15.

⁸ NUZZO, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, 1, 59 ss.; ora anche in *Id.*, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, 115 ss.

⁹ NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, cit., 131.

L'avvertenza di metodo non è mero principio declamatorio nei lavori del Professore, ma criterio guida nel concreto lavoro di interprete; parametro di valutazione delle norme e dell'opera della giurisprudenza in relazione al modo in cui viene effettuato il bilanciamento degli interessi in gioco.

Quando, con l'ingresso delle "nullità di protezione" dei consumatori nel diritto positivo, si è assistito all'emancipazione della nullità dalla logica della fattispecie e la sua trasformazione in rimedio di regolamento con una finalità essenzialmente conformativa del regolamento negoziale, Mario Nuzzo, con l'entusiasmo che lo ha sempre guidato, è entrato da titolare nella nuova partita, ha parato ogni colpo tirato in questo campo di gioco impazzito, adattando il gioco stesso ai nuovi schemi, ma senza rinunciare a dare coerenza sistematica al nuovo contesto¹⁰. Come il portiere della Lazio in una partita recente di *Champions League*, quando necessario, è uscito dalla porta e ha fatto un goal decisivo su azione, salvando il risultato. Ancora una volta, Egli ha guardato alla disciplina della nullità e alle singole figure considerate non piegandole a geometrie concettuali astratte, ma analizzandole in chiave funzionale all'interesse protetto.

Una seconda nota personale: nel guidarmi nella ricerca che mi ha condotto alla monografia su contratto e reato del 2000, Mario Nuzzo mi ha spronato a operare una rilettura dell'ordine interno dell'art. 1418 c.c. in modo da farlo divenire uno strumento idoneo a contenere la complessità del reale. Per arrivare a quell'obiettivo ci si interrogava, passeggiando per il centro di Roma e il quartiere Prati in cui era nato, sulla valenza sistematica dell'art. 1418 primo comma c.c., sui caratteri della norma imperativa, sul rapporto con l'interesse protetto, sull'ordine pubblico di direzione e di protezione. Il Maestro suggeriva di partire dall'analisi casistica, convinto che solo attraverso il caleidoscopio della giurisprudenza sia possibile comprendere quali siano oggi le linee evolutive dell'istituto che, più degli altri, limita (e delimita il perimetro) l'autonomia privata. Nell'indagine sulla nullità intendeva valutare la coerenza interna del ragionamento condotto dalla giurisprudenza e individuare i parametri di valutazione del giudizio di validità necessari per controllare la discrezionalità del giudice.

Quanto si è fin qui detto ha consentito al Professore di dare una lettura così precisa della figura della nullità tanto che oggi ho ritrovato, non senza emozione, il Suo pensiero nella decisione sui "Confidi minori" delle Sezioni Unite della Cassazione del 2022¹¹. Il sistema concettuale di Mario Nuzzo si avverte, ad esempio, quando i giudici affermano che: «Nell'evoluzione giurisprudenziale si è intravisto in dottrina il segno del passaggio dal "dogma della fattispecie" al "dogma dell'interesse pubblico", intendendosi con quest'ultima espressione segnalare, in termini critici, l'eccessiva genericità della nozione e discrezionalità rimessa al giudice nell'individuazione di sempre nuove ipotesi di

¹⁰ NUZZO, Art. 38. Rinvio, in *Codice del consumo: commentario*, a cura di ALPA-ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, 255-274, ora anche in Id., *Autonomia contrattuale*, cit., 207 ss.

¹¹ Cass., Sez. Un., 15/03/2022, n. 8472.

nullità, in potenziale frizione con i valori di libertà negoziale e di impresa, seppur nel bilanciamento con altri valori costituzionali». La stessa Cassazione, a Sezioni Unite, cerca di guidare l'interprete, e anche qui si ritrova il pensiero del Maestro, quando afferma che: «in realtà il rischio paventato può essere evitato se si considera che la nullità negoziale deve discendere dalla violazione di norme aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, pretendere di applicare una sanzione, seppure di natura civilistica, tanto grave quale è la nullità del rapporto negoziale». Dunque, la conclusione è che in mancanza di tali caratteri, la nullità non può trovare applicazione neppure evocando astrattamente valori o interessi di ordine generale (quali, ad esempio, stabilità e integrità dei mercati) cui possono contrapporsi altri valori o interessi di rango costituzionale, tra i quali quelli alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica (tutelati anche dalla Carta dei diritti fondamentali UE, art. 16) con i limiti indicati dalla Costituzione (art. 41, comma 1 e 2).

A seconda delle norme di cui si assume la violazione, si osserva poi anche che il rimedio della nullità può “risultare disfunzionale”, delineando una struttura normativa non coerente con la funzione specificamente perseguita con la posizione della norma imperativa.

Si inserisce in questo discorso anche la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, oggetto di grande attenzione anche da parte del Professore proprio nella prospettiva di partenza: considerare il rimedio oltre che in relazione all'atto in sé, anche con riguardo all'impatto che può avere sul mercato¹².

La sentenza è del 2022 ma, evidentemente, il Maestro ha continuato a dialogare con le Sezioni Unite della Cassazione, orientandole.

In tempi recenti, nelle sentenze della Suprema Corte e della Corte di Giustizia torna prepotentemente in auge la formula dell'ordine pubblico di protezione o di direzione, a seconda dell'interesse che si intende tutelare, con riflessi sulla disciplina applicabile. Anche a questo tema il Professore ha dedicato pagine significative¹³.

Oggi si afferma espressamente che l'interesse da proteggere, quando individuale, ha rilievo residuale e assume i tratti di un interesse “occasionalmente” protetto. Ce lo dice la Suprema Corte a Sezioni Unite sui mutui indicizzati, osservando che «le nullità di protezione, in particolare, sono volte – nell'uso che di esse fa la giurisprudenza – a tutelare interessi e valori fondamentali (art. 41) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti deboli e forti (art. 3) che trascendono quelli del singolo»¹⁴.

In questo senso può leggersi anche la Corte di Giustizia 8 settembre 2022 che, richiamando un precedente indirizzo del 2019, nega al giudice nazionale la possibilità di

¹² NUZZO, *Principi generali e regole operative: la concretizzazione delle norme a contenuto indeterminato nel dialogo tra le Corti*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di RICCI, 2018, 89 ss.

¹³ NUZZO, voce *Negozio giuridico: IV) Negozio illecito*, loc. cit.

¹⁴ Cass., 31/08/2021, n. 23655.

integrare il contratto di mutuo indicizzato in valuta estera, perché altrimenti si «compromette l'effetto dissuasivo della nullità di protezione»; si depotenzia, in altri termini, la capacità di deterrenza della nullità di protezione che «deve essere un incentivo ex ante per il professionista a non inserire la clausola in sede di predisposizione del regolamento»¹⁵.

Quando la nullità è un deterrente per garantire *ex ante* la regolazione del mercato, essa assume evidentemente i tratti della nullità sanzione per educare il mercato e le altre imprese al rispetto delle regole del gioco. Il rimedio privatistico è piegato dunque all'*enforcement* della regola di mercato e il trattamento della nullità si discosta dal regime generale ed è funzionale al miglior perseguimento di questi interessi, che vanno oltre quelli delle parti.

Anche nella tanto discussa sentenza sui contratti di fideiussione a valle di intese restrittive della concorrenza la Suprema Corte torna sul rapporto tra regole di responsabilità e validità in relazione all'obiettivo di tutela della concorrenza¹⁶.

Qui, a guidare, è l'ordine pubblico economico¹⁷ a presidio del quale, ad avviso della Cassazione, sono state dettate le norme nazionali ed europee antitrust.

Se l'interesse protetto è quello del «mercato in senso oggettivo, e non solo l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato» vi è inidoneità del rimedio risarcitorio che protegge solo quest'ultimo e solo se ha avuto un danno. Per converso, «il singolo ha diritto a far valere la nullità del contratto non nell'interesse suo esclusivo, bensì in quello di correttezza e trasparenza del mercato. Così si legge in motivazione e da qui si rafforza l'impressione che la nullità speciale assuma natura di strumento di *enforcement* dal momento che, nel caso specifico, è funzionale alla conformazione corretta del mercato: la nullità è, in generale, anche un monito per l'impresa.

Questa evoluzione giurisprudenziale recente che attribuisce alla nullità di protezione una funzione «dissuasiva» non deve sorprendere se si considera che la fluidità che contraddistingue l'epoca in cui viviamo finisce anche per ibridare pubblico e privato, per consentire, a vario titolo, una nuova forma di intervento pubblico nel settore privato; per rafforzare la valenza sistematica dell'art. 41 Costituzione e della formula dell'utilità sociale.

¹⁵ Corte di Giustizia UE, sent. 8 settembre 2022, cause riunite da C-80/21 a C-82/21.

¹⁶ Cass., Sez. Un., 30/12/2021, n. 41994.

¹⁷ Su cui v. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 61 ss. Osserva il Maestro che: «Sul piano della tecnica, accanto a norme che definiscono l'area di libertà riconosciuta ai privati, se ne pongono altre che positivamente indirizzano anche ai fini di interesse sociale gli strumenti tradizionalmente riservati al perseguimento di interessi propri dei privati contraenti. Emerge così un complesso di norme che sostanziano la sfera di ordine pubblico c.d. "economico", risultante dall'insieme delle regole concernenti l'organizzazione dei rapporti economici, che nella prospettiva che ci interessa, si pone come problema di determinazione delle possibili combinazioni tra interessi sociali e gli interessi particolari al cui perseguimento l'attività economica dei privati è preordinata».

Dunque, non resta che prendere atto della tendenza all'uso della nullità in funzione dissuasiva, tenendo fede all'insegnamento ricevuto dal Maestro che sempre ha sottolineato la necessità di evitare che l'amore per la geometria concettuale faccia perdere di vista al giurista il suo dovere di individuare, tenendo conto della complessità del reale, la regola più idonea alla tutela degli interessi in gioco. In particolare, «se (...) si ritiene che compito del giurista positivo sia quello di farsi interprete dello spirito del suo tempo per operare le scelte tecniche più coerenti al diritto vivente del periodo storico in cui opera, l'indagine deve percorrere una via diversa, attenta ad un'analisi degli orientamenti fondamentali della giurisprudenza di quel periodo storico volto a coglierne, al di là dei loro elementi contingenti, l'ispirazione di fondo»¹⁸.

In questa prospettiva, la nullità può quindi assumere i tratti di una sanzione che deve essere parametrata a criteri ormai noti: in primo luogo, l'effettività, poi la proporzionalità e ragionevolezza a cui il professore ha dedicato belle pagine. L'effettività è il criterio principe¹⁹ e si lega a quello di proporzionalità e di ragionevolezza che sono strumentali al controllo sul bilanciamento di interessi operato dal giudice, fondato sulla valutazione di idoneità, necessità e adeguatezza della misura prescelta²⁰. A questi criteri, sembra aggiungersi dunque ora anche la "dissuasività" del rimedio, che diviene un ulteriore parametro da considerare. Ne consegue che i criteri pensati per le sanzioni amministrative sono gli stessi utilizzati per la nullità sanzionatoria.

A fronte di questa tendenza a far uso della nullità in funzione del buon funzionamento del mercato, si amplia lo spazio di discrezionalità della giurisprudenza nella scelta del rimedio e della disciplina da applicare, in modo proporzionale alla progressiva giurisdizionalizzazione del diritto.

Questa evoluzione porta, ad avviso del Maestro, un problema di rilievo ordinamentale: «l'attribuzione al Giudice del potere di concorrere alla determinazione della *regola iuris* applicabile al caso concreto gli attribuisce una discrezionalità nella decisione molto maggiore di quella consentita dalla tradizione e, di conseguenza impone di individuare nuovi meccanismi di controllabilità e prevedibilità delle decisioni». Egli sottolinea l'esi-

¹⁸ NUZZO, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, cit., 65.

¹⁹ NUZZO, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, cit., 67 «una volta che il legislatore ha ritenuto meritevole di tutela un bene della vita, spetta al Giudice valutare l'idoneità del rimedio legislativamente previsto a garantire un'efficiente tutela di quel bene, con la conseguenza che, ove il rimedio previsto risulti inefficiente rientra nel potere del Giudice trovare nel sistema dei rimedi previsti in via generale dall'ordinamento quello più efficiente; con il limite che dovrà prima dimostrare che effettivamente la tutela tipica prevista dalla legge non realizza in modo sufficiente la tutela dell'interesse protetto e che il rimedio alternativo prescelto è proporzionale e ragionevole in relazione all'esigenza di protezione in concreto esistente».

²⁰ NUZZO, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, cit., 69, il Maestro afferma che: «Emerge così come criterio di controllo sul bilanciamento di interessi operato dal Giudice e sulla conseguente scelta del rimedio adeguato, il principio di proporzionalità che, nella sua elaborazione matura, impone un giudizio fondato su tre criteri: idoneità, necessità e adeguatezza della misura prescelta».

genza di controllare le decisioni della giurisprudenza, in particolare, della Cassazione sotto il profilo della coerenza interna del ragionamento, in nome della prevedibilità delle decisioni e della certezza del diritto.

Su quest'ultimo aspetto sembra di sentire l'eco lungimirante delle parole del professore che, sforzandosi di dare coerenza al sistema in modo dinamico ma senza affanno alcuno, sottolinea limpidamente che una risposta capace di assicurare flessibilità del sistema e controllabilità delle decisioni presuppone: «un'evoluzione culturale dell'intera comunità dei giuristi. E' necessaria anzitutto un'effettiva disponibilità a studiare i fenomeni nuovi che caratterizzano la legge positiva, e il diritto vivente che ne disegna il senso e il contenuto precettivo, senza essere vincolati al rimpianto per le semplificazioni e le geometrie logiche che caratterizzano le soluzioni più coerenti con la tradizione, accettando serenamente il principio per cui nessun problema può essere risolto dalla cultura che lo ha creato»²¹.

L'insegnamento del Professore – in conclusione – ci fornisce gli strumenti per affrontare l'esperienza del reale in modo dinamico anche in prospettiva, senza timore di cadere in eccessiva accondiscendenza alle posizioni della giurisprudenza ma senza neppure lasciarsi andare a nichilismo, che egli ha sempre combattuto con forza. Soprattutto, Mario Nuzzo ci ha insegnato a guardare avanti con curiosità, equilibrio e serenità.

²¹ NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di CARLEO, Bologna, 2017, 148.

