

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

MARIANO ROBLES

L'ordine pubblico "economico" tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	662
CLAUDIO CONSOLO	
<i>Le opere e i giorni nel percorso vocazionale di Cornelutti: dalla “Commerciale” alla “Processuale”</i>	665
GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI	
<i>Il diritto del lavoro di Francesco Cornelutti</i>	699
FULVIO GIGLIOTTI	
<i>Trust interno e atto di destinazione</i>	743
ROBERTO AMAGLIANI	
<i>Brevi note in tema di amministratore del supercondominio</i>	771
MARIANO ROBLES	
<i>L'ordine pubblico “economico” tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti</i>	797
ANNA CARLA NAZZARO	
<i>Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra “familiari”</i>	827
MARIA MADDALENA SEMERARO	
<i>Rischio d'impresa bancaria e discipline recenti</i>	849

L'ordine pubblico “economico” tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti

Partendo dal vivace dibattito in corso circa l'adeguatezza delle attuali tecniche di ermeneutica contrattuale nella dimensione globale dei mercati, il contributo ripercorre il significato attribuito all’“ordine pubblico” nei diversi contesti di riferimento in cui è venuto ad articolarsi, cercando di cogliere, alla luce della principale distinzione fondata sulla natura onerosa ovvero gratuita della prestazione e della correlata portata interpretativa, l’evoluzione della clausola variamente adoperata nella recente giurisprudenza, per finalità trasversali rispetto alla tradizionale dicotomia delle situazioni soggettive disponibili ed indisponibili.

797

Starting from the lively ongoing debate about the adequacy of current contractual hermeneutic rules in the overall size of the markets, this essay retraces the meaning attributed to “public policy” in the various reference contexts in which it came to be articulated, trying to grasp the light of the main distinction based on the onerous or free nature of legal performance and the related interpretative capacity; the evolution of variously endeavored clause in the recent case law for cross-purposes than the traditional dual classification of the subjective situations available and unavailable.

Sommario: 1. Per una rilettura dell'art. 1371 c.c. – 2. Dal “contratto” all’“operazione economica”. – 3. *Segue*: norme dispositivo e vincoli di tipizzazione. – 4. Economia del contratto e ordine pubblico – 5. Ordine pubblico c.d. “economico” e ordine giuridico del mercato. – 6. *Segue*: il limite costituzionale dell'utilità sociale e l'emersione dello squilibrio negoziale. – 7. Riflessi sostanziali sul significato del principio: la “proporzionalità” comunitaria. – 8. *Segue*: i risvolti processuali in rapporto ai c.d. “controlimiti”. – 9. Ordine pubblico, tutela “multilivello” e valori personalistici.

1. - Per una rilettura dell'art. 1371 c.c.

Osservando l'attuale dinamica dei rapporti socio-economici, caratterizzata da vertiginose accelerazioni impresse dall'ampliamento planetario del connesso raggio d'azione, una rinnovata riflessione sull'ermeneutica contrattuale¹ non può fare a meno di giovarsi degli acuti spunti ricostruttivi dovuti ad un illustre Maestro celebrato in occasione del Suo “giubileo accademico”, nell'arduo compito, sempre più avvertito, di affinare quel delicato ruolo di “filtro” rispetto all'incondizionata penetrazione, negli ordinamenti giuridici nazionali, di assetti negoziali altrimenti lasciati alle sole (*rectius*, incontrollabili) prerogative della contrattazione, fortemente attratta da diffusi fenomeni di c.d. *forum shopping* nella dimensione globale dei mercati². Tornano così alla ribalta i “principi” che – alla ricerca di un “decalogo” nell'ottica dell'armonizzazione delle legislazioni non soltanto nello spazio europeo – valgono a individuare i parametri valutativi inderogabili cui ispirare le diverse determinazioni autoritative³.

In questa prospettiva, si rivelano eloquenti le considerazioni dell'Illustre omaggiato, nel sottolineare come l'attività interpretativa non è più ritenuta

¹ Testimoniata in modo emblematico dal denso studio di M. PENNASHILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, 135-181, testo e note. Sull'articolato itinerario, non sempre di immediata percezione, compiuto dall'interpretazione negoziale, v. ora lucidamente A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, spec. 403 ss.

² M.R. FERRARESE, voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. dir.*, *Annuali*, IV, Milano, 2011, 563, testo e note.

³ G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 2^a ed., Milano, 2006, 9, con ampia bibliografia; esemplari i recenti approfondimenti di A. JANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, (monotematico su *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti dell'omonimo Convegno presso la Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014), 33 ss., testo e note; G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. e merc.*, 2015, 51 ss.

volta a cercare l’«intento», bensì a ricostruire il “senso” del contratto, ove gli strumenti per estrarne la comune intenzione sono forniti, oltre che dalla lettera e da altri dati fattuali, da quelli specifici dello schema e della funzione del singolo contratto; e dunque, «la disciplina del singolo contratto è referente determinante per individuare l’interpretazione adeguata»⁴.

L'estrema fecondità della segnalata impostazione si apprezza, in particolare, nel sapiente utilizzo della regola interpretativa «sussidiaria»⁵, dettata dall'art. 1371 c.c.

Lungi dall'imporre un criterio di validità – per così dire – ultimativa, in ipotesi di inintelligibilità dell'accordo, altrimenti destinato a irrimediabile nullità⁶, essa va più propriamente correlata al principio di *economia del contratto*, così che – nel dubbio in ordine al piano degli interessi concreti da salvaguardare – risulti più agevole identificarne la natura e la portata, in funzione dell'equo contemperamento degli interessi delle parti, di cui il giudice deve tenere conto⁷.

Elemento cardine dell'art. 1371 c.c. nel pensiero dell'Illustre omaggiato è, infatti, il ricorso all'equità come momento di valutazione e bilanciamento degli interessi dei contraenti; ed è palese il farvi riferimento quale bari-centro dell'assetto negoziale in relazione alla natura della *contrattazione*, da concepirsi come «fenomeno unitario»⁸, nella misura in cui la disposizione

⁴ Cfr. V. Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, spec. 173 ss.

⁵ Così, G. OSTI, voce *Contratto*, in *Nss. D.I.*, IV, Torino, 1959, 524; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, IV, 2, 3^a ed., ivi, 1980, 252 e ss.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, II, G. VETTORI (a cura di), *Regolamento*, Milano, 2006, 366 ss.

⁶ Che la norma in discorso trovi applicazione soltanto in presenza di un regolamento contrattuale dubbio e non anche assolutamente oscuro, che ne comporterebbe la nullità, non essendo possibile alcuna operazione interpretativa, è l'autorevole opinione di G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 40, ora in Id., *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*, III, Padova, 1992, 76, il quale menziona a riguardo la *Relazione c.c.*, n. 91, ove si precisa(va) che «è oscuro ciò che non può in alcun modo essere inteso». Nella recente giurisprudenza, cfr. Cass., 6 novembre 2008, n. 26626, in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, 465; Id., 16 febbraio 2005, n. 3099, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1877.

⁷ Cfr. sempre V. Rizzo, *o.u.c.*, 488 ss., spec. 491; ne avevano condiviso l'impostazione, in precedenza, M. BESSONE-V. ROPPO, *Equità interpretativa ed “economia” del contratto. Osservazioni sull'art. 1371 del codice civile*, in *Giur. it.*, 1974, IV, c. 251; G. PIOLA, *Interpretazione del contratto e regole finali (art. 1371 c.c.)*, in *Temi*, 1976, 238; F. LUCARELLI, *Diritti civili e istituti privatistici*, Padova, 1983, 263 ss.; nonché, per una puntuale ricostruzione dei percorsi dottrinali, E. CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, Milano, 2006, 153 ss.

⁸ Con una ricostruzione innovativa rispetto all'invalso orientamento di legittimità per il quale: «Il criterio ermeneutico sussidiario, dettato dall'art. 1371 c.c., sull'interpretazione del

tralascia (suggerendone così uno specifico punto di ricaduta circa) la sorte di quei contratti c.d. “a causa variabile”, per ciò stesso privi di autonomia operativa, destinata peraltro a giustificarsi, sul piano funzionale, nell’ambito di fattispecie più ampie.

2. - Dal “contratto” all’“operazione economica”.

La questione si pone con particolare intensità per quei contratti di cui permanga incerta la natura *gratuita* o piuttosto *onerosa*, preludendo a una valutazione negativa sulla stessa possibilità di identificazione e, quindi, di riconoscerne la validità.

In questo contesto, la figura probabilmente più ricorrente nell’odierna prassi negoziale degli affari è rappresentata dalla fideiussione, ove resta alquanto arduo stabilire *a priori* se la gratuità, ai fini della regola «sussidiaria» operante *ex art. 1371 c.c.*, vada sempre valutata – come di norma accade – rispetto al creditore, onde così applicare tanto il principio del *favor a beneficio del fideiussore* verso il creditore garantito, quanto dell’«equo contemperamento» nei rapporti tra debitore originario e fideiussore⁹.

Vi si rispecchia, con spiccati acume premonitore, l’evoluzione del recente diritto dei contratti in cui, sia per l’oramai notevole incidenza della legislazione italo-europea, sia per la crescente rilevanza della c.d. *lex mercato-*

contratto oneroso nel senso che realizzi l’equo contemperamento degli interessi delle parti, è applicabile esclusivamente con riferimento a prestazioni che traggano origine dal medesimo contratto, e non anche, pertanto, con riguardo a prestazioni previste da contratti distinti, ancorché fra loro collegati» (cursivo aggiunto) (Cass., 17 marzo 1978, n. 1346, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 217).

⁹ Non a caso, è stato efficacemente chiarito che la qualificazione di «onerosità» o «gratuità» attiene non già al (singolo) *contratto*, bensì all’*attività negoziale*: sulla complessa questione, v. l’approfondita indagine di L. GATT, *La liberalità*, II, Torino, 2005, spec. 159 ss., testo e note. Si deve, peraltro, proprio all’Illustre omaggiato la distinzione tra contratti «gratuiti» e «con obbligazioni a carico di una sola parte», ai fini della (preclusa) equiparazione applicativa della regola contenuta nell’art. 1371 c.c., sottolineando la necessità di prestare massima attenzione alla concreta fase attuativa del rapporto. E ciò, soffermandosi sul significato del termine «obbligato» che, ove inteso alla lettera, condurrebbe a palesi distorsioni rispetto a quelle figure di contratti «reali» a titolo gratuito (es., il comodato) in cui, nel dubbio, sarebbe alquanto anomalo interpretarle in senso favorevole per colui che solo formalmente risultasse «debitore», ancorché concreto «beneficiario» della prestazione (come il comodatario, a scapito del comodante autore dell’attribuzione gratuita). Cfr. sempre V. RIZZO, *o. u. c.*, 435 ss.; in termini più sfumati, v., con pari autorevolezza, P. PERLINGIERI, *Appunti di «teoria dell’interpretazione»*, Camerino-Napoli, 1970, spec. 90.

ria, la pluralità degli interessi, sottostanti l'atto di autonomia, non si esaurisce (la pluralità, n.d.r.) quasi mai in un singolo “contratto”, ma, caratterizzando in concreto la funzione perseguita, rende necessario che tale complessità si esprima nell'unità formale della c.d. «operazione economica», la quale, in quanto tecnica innovativa di costruzione concettuale della fattispecie, è di per sé sovraordinata alla stessa qualificazione, *ex art. 1371 c.c.*, dello schema negoziale divisato.

Nel tentativo di precisare a quali condizioni l'evidenziata nozione possa essere proficuamente utilizzata, senza condurre all'inevitabile faintendimento del *dato economico* rispetto alla *qualificazione giuridica*, l'evocata questione è stata ancor di recente riesaminata proprio in relazione al tema dell'interpretazione del contratto, trovando fondamento nella valutazione dell'interesse degli autori dell'operazione, così che risulta confermato come: «il regolamento, ed i problemi della sua valutazione e della sua disciplina, si risolvono nell'unità dell'operazione»¹⁰.

D'altra parte, il riconoscimento generalizzato dell'operazione si manifesta in numerosi profili normativi, la cui rilevanza sul piano sistematico è tale da giustificare la costruzione di una vera e propria categoria ordinante¹¹. Tale esigenza di tutela si estrinseca attraverso una serie di tecniche regolatrici, dotate ciascuna di un proprio ambito applicativo e di una propria, specifica, tecnica attuativa, come avviene con la disciplina sulla trasparenza e la normativa regolamentare dettata dalle diverse autorità di vigilanza del mercato finanziario, cui è stato riconosciuto un potere di tipizzazione e/o connotazione negoziale¹².

La normativa di trasparenza, che si attua mediante una serie di obblighi informativi, di forma e di contenuto astratto minimo, persegue dunque una “formalizzazione”, sia del contratto, sia delle diverse e ulteriori fasi della vicenda economica, che a sua volta ha lo scopo di prevenire compor-

¹⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 461.

¹¹ In tal senso, v. diffusamente E. GABRIELLI, “*Operazione economica*” e *teoria del contratto. Studi*, Milano, 2013, spec. 172 ss.

¹² Senza pretese di esaurività, cfr. M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le Autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, 65 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, spec. 96 ss.; V. VITI, *Il contratto e le Autorità indipendenti*, ivi, 2013, 122 ss., circa le condizioni ed i limiti, definiti dalla giurisprudenza di legittimità, ai fini della c.d. «eterointegrazione conformativa».

tamenti abusivi degli operatori, garantendo in tal modo l'efficiente regolazione del mercato e delle dinamiche che lo governano¹³.

La lettura del sistema, su un piano generale di valutazione, conferma che la logica preposta alle scelte dell'ordinamento sembra essere dunque quella diretta a favorire la dimensione del contratto come operazione economica, e a procedere, anche sul piano sistematico, dal *tipo di contratto* al *tipo di operazione economica*¹⁴.

3. - *Segue: norme dispositivo e vincoli di tipizzazione.*

Quella delineata finora non è, tuttavia, l'unica funzione assegnabile al «tipo contrattuale», nella sua dialettica con l'«operazione economica» di riferimento. Il tipo contrattuale è infatti, a sua volta, strumento di tipizzazione c.d. «in negativo», utilizzabile per sottoporre a controllo taluni casi, che sarebbe possibile indicare come *abusiva determinazione* dell'oggetto del contratto. In proposito, per giurisprudenza costante, il giudice non è vincolato al *nomen iuris* attribuito dai contraenti¹⁵. E ciò, pare(va) uno dei maggiori

¹³ Così, ancora A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI, *Diritto privato europeo*, II, Padova, 1997, 499, il quale pone in risalto il fatto che soltanto dalla considerazione unitaria e complessiva delle diverse fasi del processo formativo emerge il «costo» dell'operazione, che non è (più) solo «costo del prodotto e/o servizio», ma anche, e soprattutto, «costo del contratto».

¹⁴ A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, 323 ss.

¹⁵ V., *ex multis*, Cass., sez. un., 10 marzo 2014, n. 5487, in *Ragusan*, 2014, n. 361/362, 64, per la quale: «Nell'ipotesi in cui una ASL abbia affidato ad un privato la gestione del servizio di bar all'interno di un ospedale pubblico, il rapporto tra la p.a. ed il privato, avendo ad oggetto un'attività da svolgersi all'interno di locali facenti parte della struttura immobiliare ospedaliera (come tale, destinata a pubblico servizio e, perciò, rientrante tra i beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 830, c.c.), può trovare titolo solo in un atto concessorio, potendo tali beni essere trasferiti nella disponibilità di privati, per usi determinati, solo mediante concessioni amministrative, con la conseguenza che le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Risulta irrilevante il *nomen iuris* (nella specie, contratto di locazione) che concretamente le parti hanno dato all'atto, con il quale è avvenuto l'affidamento dei locali in questione»; nonché Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 238, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 122, con nota di F. CASTOLDI, nonché in *Dir. econ. ass.*, 2010, 794, con nota di M. PROCOPIO, circa i caratteri distintivi del rapporto giuridico tributario (i.e., doverosità della prestazione, mancanza di «sinallagma» tra parti e collegamento della prestazione alla pubblica spesa in relazione ad un presupposto economicamente rilevante), a prescindere dal *nomen iuris* adoperato nella disciplina considerata. Maggiore considerazione del *nomen iuris* si riscontra in Cass., sez. lav., 17 giugno 2009, n. 14054, in *Guida lav.*, 2009, f. 38, 30, per la quale: «Ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo ovvero subordinato, il *nomen iuris* attribuito dalle parti, al pari di altri elementi quali l'osservanza di un determinato orario di lavoro, la cadenza e la misura fissa della retribuzione, l'assenza di

ossequi da rendere all'autonomia contrattuale, nel rispetto dell'effettiva volontà delle parti.

Ma, nel contesto degli scambi di mercato, il *nomen iuris* spesso è assegnato da una sola delle parti; e ciò ricorre soprattutto allorché si pongono problemi di determinazione pattizia dell'oggetto del contratto. L'insegnamento tradizionale appena rievocato rischia, allora, di divenire un omaggio formale all'*autonomia* delle parti, per costituire, in sostanza, un avallo della predisposizione “abusiva” dell'oggetto del contratto.

In particolare, tale orientamento mantiene coerenza solo se comporta l'eventuale riqualificazione, difforme dal *nomen iuris* convenzionalmente utilizzato, per effetto dell'esame di tutte le clausole contrattuali *effettivamente negoziate*¹⁶.

rischio, la continuità della prestazione lavorativa ed altri, ha carattere sussidiario, essendo elemento distintivo del rapporto di lavoro subordinato l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, che si estrinseca in specifiche disposizioni, oltre che in una vigilanza ed in un controllo assiduo delle prestazioni lavorative, da valutarsi in relazione alla peculiarità delle mansioni. Tuttavia, il riferimento al *nomen iuris* dato dalle parti al negozio, risulta di maggiore utilità, rispetto alle altre, in tutte quelle fattispecie in cui i caratteri differenziali tra due o più figure negoziali appaiono non agevolmente tracciabili, non potendosi negare che quando la volontà negoziale si è espressa in modo libero (in ragione della situazione in cui versano le parti al momento della dichiarazione), nonché in forma articolata, sì da concretizzarsi in un documento, ricco di clausole aventi ad oggetto le modalità dei rispettivi diritti ed obblighi, il giudice deve accettare in maniera rigorosa se tutto quanto dichiarato nel documento si sia tradotto nella realtà fattuale attraverso un coerente comportamento delle parti stesse». Per un isolato precedente di segno contrario, ancorché assai significativo, v. Cass., 6 febbraio 1995, n. 1350, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 817, con nota di C. POLLERA, secondo cui: «Il *nomen iuris* utilizzato dal legislatore e dalle parti è vincolante fino a che non si riscontrino – sia in sede di stipulazione del contratto, sia in sede di esecuzione – elementi incompatibili con il tipo legale».

803

¹⁶ Emblematica, in questo senso, Cass., 31 agosto 1984, n. 4738, in *Foro it.*, 1985, I, c. 505, con nota di G. VALCAVI; in *Giust. civ.*, 1985, I, 800, con nota di L. PONTIROLI e 1170, con nota di M. COSTANZA; in *Riv. not.*, 1985, 1220, con nota di A. MALATESTA LAURINI; in *Dir. giur.*, 1986, 229, con nota di C. VENDITTI, che, in relazione ad un caso di fideiussione con clausole unilateralmente predisposte, per imporre rilevantissime deroghe alla disciplina di cui agli artt. 1936 ss. c.c., ha respinto la censura del ricorrente – nel lamentare la sostanziale vanificazione, senza corrispettivo, del diritto di surroga e di regresso del fideiussore – richiamando un remoto precedente (Cass., 3 settembre 1966, n. 2310, in *Giur. it.*, 1968, I, c. 83), secondo cui la questione si risolverebbe nella ricerca dell'*effettiva* volontà delle parti, al fine di valutare se le stesse abbiano voluto concludere: «un negozio contenente tutti gli obblighi relativi ad una fideiussione, con l'aggiunta della rinuncia ad eccepire l'eventuale invalidità dell'obbligazione garantita, oppure se, erroneamente usando il termine di “fideiussione”, abbiano inteso concludere una pattuizione del tutto diversa da quella prevista dagli artt. 1936 ss. c.c.». Vi emerge la tralatizia finzione presuntiva dell'esistenza di negoziazione del contratto standard, seppure erroneamente espressa quanto a *nomen iuris*. Basti qui rilevare, in contrario, l'inverosimiglianza di un errore nell'uso del *nomen*, da parte del predisponente, che normalmente si

Qualora, invece, di tale orientamento si faccia applicazione riqualificando il contratto anche alla luce delle clausole sottratte alla negoziazione – tra le quali, ad es., quelle di determinazione, in senso sfavorevole al garante, dell'oggetto del contratto – ecco che l'originaria *ratio* sottesa non appare più realizzata.

Un esempio, tratto proprio dalla realtà applicativa dei mercati finanziari, può agevolare la comprensione del profilo in discorso.

Ci si ponga nella situazione normativa precedente alla novella, di cui alla l. 17 febbraio 1992, n. 154, il cui art. 10, comma 2 – come si avrà modo di ribadire più avanti – ha aggiunto il capoverso dell'art. 1956 c.c.; e si ipotizzi che a un soggetto venga chiesto da una banca di garantire personalmente il credito futuro, derivante da futuri affidamenti da concedersi a un soggetto terzo avente forma societaria, rispetto al quale il garante non abbia alcun potere di controllo (ad es., né socio, né amministratore del terzo futuro debitore). Si aggiunga che, nel modulo predisposto dalla banca, non sia contenuta solo la deroga all'art. 1956 c.c. (ovvero l'obbligo per il fideiussore di tenersi informato presso la banca sulle future erogazioni di credito, nonché la dispensa della banca dall'onere di comunicare al fideiussore il mutamento delle condizioni di rischio cui è esposto)¹⁷, ma addirittura la deroga all'art. 1957 c.c., mediante la clausola in forza della quale la garanzia si estingue soltanto per effetto dell'estinzione dell'obbligazione principale¹⁸.

Si ipotizzi, poi, che vi siano clausole, unilateralmente predisposte, che prevedano: (i) la sopravvivenza dell'obbligazione di garanzia anche in caso

avale anche di consulenti esperti; il *nomen* ha un effetto evocativo ben preciso nei confronti dell'aderente: altro sarebbe sottoscrivere una fideiussione, altro un «contratto autonomo di garanzia» (*Garantievertrag*), e di ciò è ben consapevole il predisponente che lo adopera (v. *infra*, nt. 67, ed *ivi* anche riferimenti al testo).

¹⁷ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, 4^a ed., Padova, 2004, 442, pur non richiamando la nullità della clausola, che prevede tale dispensa, prospetta che tale clausola vada disapplicata, nel caso in cui il garante sia un prossimo congiunto del cliente della banca, appellandosi al principio della buona fede nell'esecuzione del contratto, che imporrebbe *ex art.* 1375 c.c. alla banca di informare il fideiussore sugli sviluppi, originariamente imprevedibili, delle situazioni di rischio del garantito.

¹⁸ Ritenuta valida da Cass., 2 maggio 1980, n. 2899, in *Rass. Avv. St.*, 1980, I, 791; la preventiva rinuncia alla decadenza, stabilita dall'art. 1957 c.c., è ammessa da Id., 20 aprile 1982, n. 2461, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1315; Id., 19 giugno 1987, n. 5373, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, II, 315; Id., 28 marzo 1990, n. 2545, *ibid.*, 1990, II, 683.

di invalidità dell'obbligazione principale; (ii) l'esclusione del beneficio di preventiva escusione; (iii) il differimento dell'esercizio del regresso e della surroga, sino all'integrale pagamento del creditore garantito; (iv) la reviviscenza dell'obbligazione fideiussoria in caso di invalidità o revoca *ex art. 2901 c.c.* dei pagamenti effettuati dal debitore garantito; (v) nonché l'obbligo di pagamento immediato *ex art. 1462 c.c.*, in caso di contestazione del debito da parte del debitore principale¹⁹.

Se si riflette sulla consueta assenza – come visto – di corrispettivo a favore di colui che rilascia la fideiussione, vi è materia sufficiente per un controllo dell'(eventuale) *abusività* della determinazione del contenuto del contratto, agli effetti dell'art. 1371 c.c., in ragione della disciplina del «tipo»²⁰.

4. - Economia del contratto e ordine pubblico.

In tali casi, viene al cospetto l'*evocazione* (con il *nomen* o con altre evidenze), da parte del predisponente, di un *tipo contrattuale* e del suo contestuale *snaturamento*²¹, per effetto di clausole di determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto, in senso sfavorevole all'altra parte. Un problema,

805

¹⁹ Clausole ritenute valide da Cass., sent. n. 4738 del 1984, cit. *supra*, nt. 16, che giunge ai medesimi esiti, qui prospettati, nel senso della conservazione del contratto depurato delle clausole unilateralmente predisposte, in difformità al tipo "evocato", attraverso il rilievo dell'inderogabilità degli artt. 1955, 1956 e 1957 c.c. (in quanto norme di ordine pubblico), nonché dell'applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c. (*utile per inutile non vitiatur*).

²⁰ In tema, v. *amplius* G. Girti, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, spec. 479 ss.

²¹ Un'eco di tale esigenza si coglie in un significativo *obiter dictum*, contenuto in Cass., sez. un., 1 luglio 1994, n. 6225, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2445, in tema di contratto di cassetta di sicurezza e responsabilità della banca in ordine alla perdita di quanto custodito. Vi si sottolinea, riferendosi alla segretezza del contenuto della cassetta di sicurezza, che «il tipo legislativo lo permette, e fino a che non sarà modificata la legislazione, le parti che vogliono un contratto tipico devono sottostare alla sua disciplina, salve le clausole di adattamento che non ne snaturino il tipo, ovvero siano contrarie a norme imperative»; e rileva, altresì, che «l'autonomia delle parti non può esplicarsi fino ad eliminare un aspetto essenziale degli obblighi della banca». Il profilo viene ora corroborato, in tema di prodotti finanziari, dall'importante Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in www.iusexplorer.it/DeJure, dal 16 febbraio 2016, statuendosi che: «il legislatore, *pre-disposta una struttura normativa significante*, ha voluto sottendere a quella medesima struttura un ulteriore significato non espresso costituito dall'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi cardine (buona fede, tutela del contraente debole, parità quanto meno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati» (enfasi aggiunta), indipendentemente dalla qualificazione adoperata dalle parti.

dunque, di creazione di affidamento e di consapevole delusione (“abusiva”, poiché contraria alla buona fede) del medesimo.

“Evocato”, con il *nomen*, ovvero *aliunde*, un certo tipo contrattuale, non è possibile discostarsi *significativamente* e *sistematicamente* dalla disciplina del tipo, sia pure dispositiva, intesa come disciplina ritenuta mediamente «equa». La deroga *sporadica* alla disciplina, anche dispositiva, del tipo potrà ancora costituire indice per la qualificazione del contratto concreto nel senso della sua eventuale «atipicità»; ma la deroga *sistematica* alla disciplina del tipo evocato imporrà, invece, un’operazione di verifica ed eventuale espunzione della disciplina pattizia in deroga²².

In altri termini, in presenza di una contrattazione nella quale venga *evocato* un determinato tipo contrattuale, le clausole, unilateralmente predisposte, di determinazione dell’oggetto in senso sfavorevole all’aderente non andranno considerate quali elementi idonei alla (ri)qualificazione del rapporto, nel senso dell’«atipicità», bensì come patti la cui validità andrà accertata in concreto *ex art.* 1371 c.c. Si tratta di salvaguardare l’affidamento ingenerato nell’aderente, *ancorché «professionista»*, dal *nomen* o da altri connotati qualificativi del contratto concretamente stipulato²³.

La questione che potrebbe plausibilmente porsi è se questo strumento

²² In questa sede, si tralascia di considerare la complessa questione di eventuali pattuizioni dirette ad attribuire un determinato significato “convenzionale” alle clausole contrattuali, su cui si sofferma ampiamente M. ONORATO, *Gli accordi d’interpretazione*, Milano, 2009, spec. 172 ss. Sulla rilevanza della *sistematicità* della deroga al diritto dispositivo, v. ora M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, 149 ss., testo e note.

²³ La verifica di corrispondenza tra tipo *evocato* e contenuto contrattuale predisposto non è ignoto al legislatore. L’art. 117, comma 8, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, dispone infatti che: «La Banca d’Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione, o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell’intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d’Italia». È significativo che vi si faccia riferimento non solo ai contratti individuati con specifici *nomena*, ma anche individuati sulla base di specifici *criteri qualificativi*, con ciò consentendo che la «rigidità» del tipo operi non solo a fronte di una specifica “evocazione” di un *nomen*, ma anche a fronte dell’evocazione sostanziale del «tipo», conseguente ad altre circostanze. La dottrina che si è occupata più analiticamente del tema ha evidenziato la protezione che tale norma può assicurare, vietando «di ingannare il cliente giocando con i nomi» (così, G. DE NOVA, *Contratti bancari doc*, in *Contratti*, 1993, 525). La tutela è, però, ottenuta con un mezzo reputato incongruo: ossia, la *nullità totale* del contratto e la responsabilità del predisponente *ex articolo 1338 c.c.*, anziché l’*inefficacia* delle sole clausole contrattuali difformi, con persistente validità del contratto (G. DE NOVA, *o.u.c.*, 525). La menzionata disposizione si applica, peraltro, unicamente ai *contratti bancari*, mentre il controllo sull’abusiva determinazione dell’oggetto del contratto è problema più generale. La norma di settore

concettuale possa ascriversi all'attività «interpretativa» in senso stretto, ovvero non attenga piuttosto a quella «integrativa».

In tali ipotesi, cioè, l'art. 1371 c.c. – nel legittimare un'integrazione del contratto – si tradurrebbe in una norma di rinvio all'integrazione «equitativa» disciplinata dall'art. 1374 c.c.²⁴. Di guisa che il richiamo all'«economia del contratto» fungerebbe da criterio orientatore, da un lato, per superare i sollevati dubbi di costituzionalità della (prima) norma, in quanto “espediente” per preservare gli esiti di una contrattazione, a prescindere dalla disparità di forza economica tra le parti che poteva averli (se non altro) condizionati²⁵; e d'altro lato, per estendere, nel contempo, l'intervento correttivo del giudice onde scongiurare trattamenti differenziati, favorendo il realizzarsi di una sostanziale conformazione, (in tal senso) funzionale alla salvaguardia dell'operazione altrimenti invalida²⁶.

Ne emerge così, con pregevole nitore, una condivisibile rivalutazione della nozione di ordine pubblico «economico» che, forse più di altre clausole di principio²⁷, una volta calata nel contesto italo-europeo e internazionale, sembra superare la tradizionale valenza conservatrice²⁸ per cedere il passo a un'inedita funzione omologante di plurimi congegni negoziali, divenendo anzi il minimo comune denominatore su cui misurare il livello di protezione accordato a fattispecie all'apparenza eterogenee.

Rispetto ad esse, infatti, l'invalso paradigma classificatorio sotteso all'art. 1371 c.c., in base alla «causa» dell'attribuzione patrimoniale, piuttosto che

è, tuttavia, indicativa dell'esistenza di un principio generale di “rigidità” del tipo, a tutela dell'affidamento ingenerato dall'evocazione del “tipo” medesimo.

²⁴ A. GENTILI, F. ASTONE, *Sub art. 1371 c.c.*, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, II, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, 2011, 630.

²⁵ M. BESSONE-V. ROPPO, *Equità interpretativa*, cit., c. 250 (v. ora, però, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, dir, 2^a ed., Milano, 2011, 480 ss.). Analoghi riferimenti all'equo contemporamento come un'operazione «piuttosto rispettosa» dell'affare pianificato tra le parti, L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto (Artt. 1362-1371)*, ed. riv. con agg. da V. CALDERAI, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, F.D. BUSNELLI (continuato da), Milano, rist. 2013, 361.

²⁶ V. RIZZO, *op. cit.*, 491 ss.; nonché, segnatamente per rinvii alla teoria del contratto “giusto” ed al principio di proporzionalità delle prestazioni, E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, 366 ss.

²⁷ Su cui, v. da ultimo S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, spec. 68 ss.

²⁸ Sottolineata da G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, II, G. VETTORI (a cura di), *Regolamento*, Milano, 2006, 457.

alla «qualità» dei contraenti²⁹, rivela – come accennato – la propria insufficienza remediale, se non assunto quale indice meramente descrittivo di posizioni giuridiche talora strutturalmente *indisponibili*, in quanto costituzionalmente tutelate all'interno dello stesso circuito mercantile.

5. - Ordine pubblico c.d. “economico” e ordine giuridico del mercato.

Il principio dell'ordine pubblico è nozione sostanzialmente moderna, non riscontrabile neppure nelle elaborazioni immediatamente precedenti il 1789. Si tratta di una formula affermatasi nel momento in cui gli ideali rivoluzionari vengono cristallizzati in un corpo normativo organico, quale la codificazione napoleonica.

Dopo i disordini del periodo giacobino, occorreva sostituire allo spirito della Rivoluzione quello di leggi in grado di restituire il senso di dignità che la prima aveva, per certi versi, deluso.

Nasce così un codice civile che si presenta sostanzialmente come *code du citoyen*, conforme al pensiero liberale radicato sul riconoscimento dei due tradizionali diritti fondamentali: “proprietà” e “libertà”, quest'ultima da non potersi che intendere quale profilo dinamico indissolubilmente intrecciato alla prima e, quindi, come libertà “economica”³⁰.

In tale contesto, la formula *ordine pubblico* viene a designare un concetto nuovo, rispondente a una nuova esigenza: quell'idea di ordine sociale basata, da un lato, sulla soppressione dei c.d. “corpi intermedi” e della distinzione degli individui in “status” tra loro incomunicabili; d'altro lato, sulla tutela della proprietà nonché, in attuazione del principio di non

²⁹ Si allude alla nota teorica del c.d. «terzo contratto», su cui v. recentemente R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, 35 ss.; F. MACARIO, *Dai “contratti delle imprese” al “terzo contratto”: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, 311 ss.; E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, “terzo contratto”*, in *Contr. impr.*, 2009, 150 ss.; E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del mercato*, in G. CAVAZZONI-L. DI NELLA-L. MEZZASOMA-V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, Napoli, 2008, 73 ss.; G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, *passim*.

³⁰ Le cui complesse implicazioni sono esaminate nella brillante analisi di L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in Aa.Vv., *La Costituzione economica, a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 11 ss.

ingerenza dello Stato in materia economica, sulla concessione all'individuo della più ampia libertà di iniziativa ³¹.

Di questo retaggio si è reso interprete l'attuale codice civile, richiamando la nozione in numerose norme, più che nella previgente codificazione, senza tuttavia definirla, né assegnandole un significato univoco.

Ad di là dell'art. 1371 c.c., il principio viene infatti impiegato talvolta per qualificare un certo tipo di norme come «di ordine pubblico» (v., ad es., art. 1229, comma 2, c.c.); talaltra è correlato al buon costume (v., ad es., artt. 5 e 23, ult. comma, c.c.); altre volte ancora è affiancato al buon costume e alle norme imperative (v., ad es., artt. 25, comma 1, 634, 1354 e 2031, comma 2, c.c.), così da adombrare un limite dell'autonomia negoziale diverso da questi ultimi due.

Questa tecnica legislativa del richiamo all'ordine pubblico in correlazione con altre figure costituisce, quasi certamente, il riflesso normativo della difficoltà di definire, tramite ricorso al metodo logico-concettuale, i reali confini della clausola in parola. Come ogni clausola generale, infatti, l'ordine pubblico è un concetto elastico e storicamente variabile a seconda dell'esperienza giuridico-organizzativa cui partecipa ³².

Tanto crea una grande equivocità dell'indicazione legislativa recante due termini (il sostantivo “ordine” e l'aggettivo “pubblico”), che di per sé focalizzano aree semantiche non perfettamente esplicitabili, tanto più in chiave “economica” ³³. Di guisa che converrà abbandonare superflue accentuazioni ideologiche a favore di quella ricostruzione che, con nitido realismo, ha riletto la fase redazionale del codice civile vigente ³⁴.

Partendo dalla nozione di autonomia privata, di cui all'art. 1322 c.c., si può chiaramente notare come non vi sia alcun accenno all'ordine pubblico. E

³¹ Per tali osservazioni, v. *amplius* A. GUARNERI, voce *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, 155 ss.

³² Di questo avviso, Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1789. Vi si sofferma V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 63 ss.

³³ È nota in proposito l'avversione, da un lato, di chi – come G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, ora in Id., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, 341 ss. – reputa superflua tale nozione, irriducibile ad una categoria ordinante unitaria; d'altro lato, di chi – come G. PANZA, voce *Ordine pubblico – I) Teoria gen.*, in *Enc. giur. it.*, XXII, Roma, 1990, 5 – nega un'autonomia concettuale rispetto all'ordine pubblico generalmente inteso, stante la comune funzione di limite all'agire negoziale a garanzia dei valori fondamentali dell'ordinamento.

³⁴ Cfr. F. MARINELLI, *Gli itinerari del codice civile*, 3^a ed., Milano, 2008, spec. 16 ss.

tuttavia, nella Relazione di accompagnamento al codice del 1942, il legislatore – nel commentare tale disposto – richiama in modo significativo il principio, ponendolo al centro dell’agire negoziale. L’autonomia privata, nel nuovo codice ampiamente ripensata rispetto alla previgente codificazione ottocentesca, offre infatti la possibilità di determinare non soltanto «il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge», ma anche di elaborare contratti c.d. “atipici” purché persegano «interessi meritevoli di tutela». Se però l’art. 1322, comma 1, c.c. prevede limiti solo di natura negativa, il capoverso pone in risalto l’espressione «interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico». Ebbene, la menzionata Relazione (n. 603) afferma, in proposito, che la tutela (degli interessi) dei privati si attua nell’ordinamento giuridico ogniqualvolta sia «ammess[a] dalla coscienza civile e politica, dall’economia nazionale, dal buon costume e dall’ordine pubblico».

Attualmente, è alla Costituzione repubblicana che dovrà avversi riguardo, onde rinvenire i principi e i sotterci valori, reputati “meritevoli” secondo l’ordinamento giuridico. Valori e principi che – sia espressi in norme “precettive”, sia desumibili da norme (un tempo qualificate) “programmatiche”³⁵ – si caratterizzano come imperativi che consentono alla sfera degli interessi individuali di coesistere e coordinarsi con la sfera degli interessi sociali (i.e., generali), dove anzi entrambi trovano ragioni e strumenti per un reciproco rafforzamento³⁶.

In questo senso, i principi generali possono definirsi come la cornice entro la quale l’ordine pubblico è destinato ad operare, con quell’indipendenza da ogni espressa previsione normativa (ossia, come criterio valevole di per sé), che emerge in tutta evidenza dalla vigente codificazione.

Non a caso, l’ordine pubblico svolge la funzione di criterio valutativo della *meritevolezza* dell’agire negoziale, recepito quale limite all’autoregolamentazione di privati interessi, che trova la sua più immediata manifestazione negli artt. 1343 e 1418 c.c., essendovi questo concetto assunto a parametro di liceità della *causa* del contratto, situandosi così al centro della validità

³⁵ Nel senso reso esplicito da V. CRISAFULLI, *Le norme “programmatiche” della Costituzione*, in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 51.

³⁶ In proposito, restano imprescindibili le direttive metodologiche autorevolmente espresse da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, rist. 2004, 132 ss. e 163 ss.

degli atti di autonomia. Un limite invalicabile dalle parti, sotto pena della mancata “tutela” – nella formula adoperata, come visto, nella Relazione – nel delineare un nuovo ordine giuridico (anche) del mercato ³⁷.

6. - **Segue: il limite costituzionale dell'utilità sociale e l'emersione dello squilibrio negoziale.**

Se peraltro l'ordine pubblico è stato considerato una formula riassuntiva dei principi fondanti dell'ordinamento giuridico, la crescita esorbitante di comandi e divieti legislativi, espressamente o in via interpretativa qualificati come di interesse “generale”, ha indotto un'insigne dottrina a lamentare la scarsa esaustività di una nozione tradizionalmente collegata a siffatti “principi”, auspicandone una più corretta articolazione della quale potrebbero entrare a far parte anche quegli interessi “particolari” riferibili alla specifica tutela di una sola delle parti (o di una categoria di) contraenti ³⁸.

Sotto questo profilo, proprio l'avvento della Carta costituzionale in prima battuta, nonché il successivo impatto, attraverso la Carta di Nizza, con le «tradizioni costituzionali» degli Stati membri dell'Unione europea richiamate nel relativo Preambolo, hanno inciso profondamente sul concetto di ordine pubblico rispetto al sistema previgente, soprattutto, per quanto qui interessa, in materia economica, tradizionale campo d'elezione dell'intervento comunitario nel suo costante interfacciarsi con l'ordinamento nazionale ³⁹.

Per un verso, la cessazione della neutralità dello Stato di fronte ai fattori economici nell'elaborazione soprattutto transalpina ⁴⁰, e, per altro verso,

³⁷ Esalta la centralità fra «qualificazione» dell'interesse e «natura» della violazione, L. LONARDO, *Ordine pubblico e illicità del contratto*, Napoli, 1993, 53 ss. Nel senso, quindi, che il mercato non è “fonte” ma soltanto “oggetto” di regolazione giuridica, cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, t. 2, Milano, 1972, 245; vi è tornato di recente, con pari acume, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, 5^a ed., Roma-Bari, 2009, spec. 101 ss.

³⁸ G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1040.

³⁹ In questa prospettiva, cfr. G. BIANCO, *Costituzione economica e ordine pubblico economico*, Torino, 2008, 40 ss.; nonché, per ulteriori approfondimenti, F. SBORDONE, *Discrezionalità e tradizioni costituzionali (ordine pubblico, margine di apprezzamento, ponderazione tra valori, comparazione tra principi)*, in A.A. Vv., *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile* (Atti del V Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.), Napoli, 2011, 31 ss.

⁴⁰ Per tutti, v. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, spec. 109 ss.

l'influsso della nozione anglosassone di *policy* relativa, in particolare, ai contratti restrittivi in modo specifico il settore del c.d. *restraint of trade*⁴¹, hanno condotto a una nozione di ordine pubblico in senso «economico» separata dall'ordine pubblico della tradizione codificata, alla luce del principio costituzionale di «utilità sociale» nell'ambito dei rapporti patrimoniali.

Viene così abbandonata la “rilevanza sociale” secondo gli intendimenti della Relazione al codice civile, riferibile all'originario “ordinamento corporativo”⁴², ma resta ferma – come visto – l'idea di «meritevolezza» della tutela relativamente all'autonomia privata, valorizzata in base a tale ultimo principio⁴³.

I “referenti” costituzionali concernenti l'ordine pubblico sono già rinvenibili nelle iniziali disposizioni contenute agli artt. 2 e 3 Cost. La tutela della persona umana, cui si connettono i principi di solidarietà ed uguaglianza, nei rispettivi corollari di salvaguardia delle libertà civili e politiche, non meno di quelle economiche, rappresentano i valori caratterizzanti l'attuale ordinamento costituzionale, che i principi generali e, segnatamente, l'ordine pubblico si trovano a riaffermare.

812

Mentre i primi però, nel momento in cui ne esprimono i valori fondativi, necessariamente e conseguentemente determinano il sorgere di apposite situazioni soggettive tutelabili in forma repressiva (*rectius*, di “divieto”), l'ordine pubblico svolge quella funzione “conservatrice” che gli è (stata storicamente) propria, non già sul piano di queste situazioni, bensì su quello dell'agire dei privati, di cui è teso a stabilire il confine tra lecito ed illecito, nella promozione dell'esercizio *non abusivo* della libertà contrattuale. Una mancata distinzione di questo tipo potrebbe, d'altra parte, comportare un appiattimento di rappresentazioni, in questo senso risultando pregnante

⁴¹ Una puntuale analisi è svolta da P. FAVA, *Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema contrattuale verso la European Private Law*, in Id. (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, 185 ss., testo e note.

⁴² Giustamente rimarcata da A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di diritto civile*, Milano, 1974, 61 ss., con riferimenti alla coeva giurisprudenza.

⁴³ Per tali riferimenti, v. A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumento per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, ora in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 1991, 161 ss; nonché A. FEDERICO, *Illecitità contrattuale e ordine pubblico economico*, Torino, 2004, spec. 156-157.

l'autorevole richiamo per il quale «la tutela della personalità assume, nel sistema giuridico attuale, il significato di principio di ordine pubblico»⁴⁴. Sono certamente ascrivibili all'evidenziato principio, nella sua “variante” economica, i limiti imposti dal comma 2 dell'art. 41 Cost., anzitutto in riferimento alla sicurezza e alla dignità umana, ma in particolare al già segnalato principio di utilità sociale. L'utilità “sociale” si giustifica tenendo presente non soltanto che l'iniziativa economica è rivolta a tutti i soggetti dell'ordinamento senza esclusioni, ma, in modo più significativo, che il suo riconoscimento costituzionale e, quindi, il suo esercizio, non deve contraddirsi i valori insiti nel modello economico prescelto, sulla cui base si giustifica il suo stesso riconoscimento anche nello scenario europeo⁴⁵.

La prospettiva costituzionale appare pertanto ineludibile per tracciare le direttive di un ordine pubblico “economico”, per il quale i contratti con esso contrastanti saranno tutti quelli idonei a pregiudicare l'ordinato svolgimento dei rapporti patrimoniali: vale a dire, l'abuso della libertà contrattuale perpetrato a scapito del c.d. contraente “debole” (*rectius, concretamente svantaggiato*) – che i più recenti indirizzi di matrice comunitaria inquadrano quale “agente di razionalità economica” – determinando soprafazione di interessi “particolari”, integra al contempo pregiudizio a interessi “generali”, quali l'accesso a beni e servizi secondo condizioni contrattuali eque, diretto riflesso per un'effettiva partecipazione all'organizzazione socio-economica del Paese ai sensi degli artt. 2 e 3, cpv. Cost.⁴⁶.

All'ordine pubblico “economico” è, dunque, riservata la tutela di valori che spesso non trovano riscontro in previsioni di legge, benché negli ultimi tempi si assista a una marcata proliferazione di leggi speciali correlate da *norme imperative* sempre più restringenti lo spazio logico concepibile per l'ordine pubblico, con il rischio di una proposizione tautologica:

⁴⁴ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 14; ripreso da A. FLAMINI, *Responsabilità civile e Costituzione*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Camerino* – Nuova serie, vol. II (2013), 22, testo e note.

⁴⁵ La questione – già affrontata nelle pagine classiche di M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata* [1975], Napoli, rist. 2011, 115 ss. – è opportunamente ripresa da C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 415 ss.; nonché S. MAZZAMUTO, *Liberità contrattuale e utilità sociale*, in *Eu. e dir. priv.*, 2011, 365 ss.

⁴⁶ Così, F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 370; per approfondimenti, v. anche I.L. NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1251 ss.

affermare che l'ordine pubblico è il fondamento giustificativo delle norme imperative (e, quindi, individuare queste ultime muovendo dalla considerazione degli interessi da esse tutelati); ma, nello stesso tempo, individuare l'ordine pubblico proprio e solo interpretando le norme imperative.

Converrà allora precisare che l'ordine pubblico non deriva da prescrizioni, ma designa le ragioni e i contenuti che oggettivamente giustificano un *controllo sul contratto* nel quadro dei principi di diritto, ancorché al di fuori di singole previsioni di legge. L'art. 1418, comma 1, c.c. dianzi richiamato detta, non a caso, una “norma di chiusura”, facendo generico riferimento alla «contrarietà a norme imperative», salvo sia disposto diversamente dalla legge, in quanto espressione di un principio generale teso a disciplinare i casi in cui alla violazione di una norma imperativa non si accompagni una specifica previsione invalidante del contratto⁴⁷.

Le nullità per contrarietà all'ordine pubblico “economico” vanno annoverate tra queste ultime ipotesi. Sono tipi di nullità collocate – oggi anche formalmente, all'indomani dell'approvazione del *Codice del consumo* richiamato dal nuovo testo dell'art. 1469-bis c.c. – al di fuori del codice civile, e dunque qualificabili come “speciali”; ma di cui sarebbe preferibile intendere l'aggettivazione per indicare piuttosto gli “effetti” che questa nuova categoria di nullità produce, in ragione della “speciale” fatispecie da cui conseguono, strutturalmente (ancor prima che funzionalmente), posizioni di *disequilibrio* che la tradizionale nullità codicistica, a presidio di interessi “generali”, difficilmente avrebbe potuto perseguire con adeguata efficacia⁴⁸. Si tratta di un riflesso significativo dell'opzione comunitaria per un modello di “economia sociale di mercato” che, lungi dall'affidarne la disciplina al solo criterio dell'efficienza economica, coniuga la libertà d'impresa con gli interessi di quanti ne intercetta il suo ambito di influenza (c.d. *Stakeholder*) in un'ottica di giustizia contrattuale⁴⁹. È in tale prospet-

⁴⁷ Circa il rinvio all'art. 12 disp. prel. c.c. – attualmente riferibile al dettato costituzionale – per riempire di senso la clausola di ordine pubblico, cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 174 ss.; nonché, con un'integrazione anche alla normativa di fonte sopranazionale, L. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli, 1981, 30 ss.

⁴⁸ In argomento, v. la penetrante analisi di A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, *Annuali*, V, Milano, 2012, 370 ss., spec. 381.

⁴⁹ Per tale moderna prospettiva, cfr. A. ADDANTE, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, 2012, spec. 75 ss.

tiva che i noti e dibattuti momenti di emersione di discipline, tese alla protezione del libero ed informato accesso al mercato, nonché dell'effettività nell'esercizio di poteri di autonomia da parte di contraenti strutturalmente svantaggiati, a prescindere dalla natura soggettiva, assumono evidente rilievo di ordine pubblico⁵⁰.

In questo quadro, l'ordine pubblico “economico” traduce il limite costituzionale di utilità sociale nel configurare, già sul piano della «fattispecie» negoziale, le variegate operazioni che abbiano «per oggetto o per effetto» – secondo il *drafting* “per obiettivi” di matrice comunitaria trasfuso nell'art. 33, cpv., cod. cons. – dinamiche contrattuali c.d. “asimmetriche”, riportandole sotto il minimo comune denominatore dell'inderogabile principio comunitario di *proporzionalità*⁵¹.

7. - Riflessi sostanziali sul significato del principio: la “proporzionalità” comunitaria.

Qui si coglie, dunque, il punto di sutura tra la regola ermeneutica «sussidiaria» enunciata dall'art. 1371 c.c., rispetto al percorso decisionale che la più recente giurisprudenza tenta di focalizzare nell'inquadramento della garanzia fideiussoria per obbligazioni future, in quanto fattispecie emblematica – come visto – su cui tarare le potenzialità insite nella prima.

Ed invero, la richiamata l. n. 154 del 1992 ha introdotto norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, quale risultante dell'unificazione di una serie di disegni di legge presentati nel corso della X Legislatura, il cui originario impianto – rappresentato dal d.d.l. n. 3617, del 24 marzo 1986, durante la Legislatura precedente – era ispirato ai principi regolatori della Direttiva 87/102/CEE, relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo⁵².

815

⁵⁰ Lo evidenzia con ricchezza di argomentazioni, G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, 34 ss.

⁵¹ Per un'accurata disamina, cfr. C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, 42 ss., con riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁵² In GUCE, L 042, del 12 febbraio 1987, 48-53. Si tratta, rispettivamente, del d.d.l. n. 467, in data 2 luglio 1987, su iniziativa dell'On. Piro; del d.d.l. n. 520, presentato in pari data dal

Tra le novità di rilievo, per quanto qui interessa, spicca – come ricordato – l’art. 10 che, modificando gli artt. 1938 e 1956 c.c., ha imposto (nel comma 1) la previsione dell’importo massimo garantito in caso di fideiussione prestata per un’obbligazione condizionale o futura, negando al contempo (nel comma 2) la possibilità in quest’ultima ipotesi di preventiva rinuncia del fideiussore alla liberazione, a fronte di peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore principale sovvenzionato⁵³.

Orbene, l’iniziale settore consumeristico di riferimento non deve fuorviare nell’individuazione del raggio applicativo della novella, per come applicata nella prassi, ove non se ne trascuri la sottesa regola operazionale che prescinde – come più volte accennato – dal paradigma ricostruttivo *ratione personae vel causae*.

Per un verso, infatti, a una lettura attenta del testo della Direttiva, merita opportuna sottolineatura la disposizione recata dall’art. 6.1 che, in deroga all’esclusione dal relativo ambito dei contratti di apertura di credito ai sensi del precedente art. 2.1, lett. e), prevede, in caso di accordo tra una banca e un consumatore in ordine alla concessione di crediti sotto forma di anticipi su conto corrente, l’obbligo di informare quest’ultimo, al momento o prima della conclusione del contratto, dell’eventuale *massimale del credito*, che ne impegna la responsabilità.

Trattandosi di evidente principio regolatore della “trasparenza” nei rapporti tra banche e clientela, intesa quale “conoscibilità dei termini dell’operazione”⁵⁴, analoga esigenza è altresì proiettabile al collaterale rapporto tra quest’ultima e suoi (eventuali) garanti, cui si ispira il novellato art. 1938 c.c., a riprova che la giurisprudenza ne ha correttamente estrapolato il principio di c.d. *attrazione soggettiva*, in forza del quale: «in presenza di un contratto di fideiussione è all’obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo ai fini dell’applicabilità della specifica normativa in

primo firmatario On. Visco; del d.d.l. n. 627, in data 7 luglio 1987 (primo firmatario on. Fiamdotti), del d.d.l. n. 698, in data 9 luglio 1987 (primo firmatario On. Tassi), nonché del d.d.l. n. 2798, in data 2 giugno 1988 (primo firmatario On. Bodrato).

⁵³ Una ricognizione dei problemi sollevati dalla figura prima dei correttivi introdotti, trovasi in G. VALCAVI, *Se ed entro quali limiti la Fideiussione Omnibus sia invalida*, in Id., *Scritti giuridici scelti*, Varese, 2005, 257 ss.

⁵⁴ F. MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1991, I, 697.

materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore all'obbligazione garantita»⁵⁵.

Per altro verso, l'enunciato criterio tende decisamente a estendersi anche ai rapporti tra imprese, in relazione al logico corollario inerente alla liberazione del fideiussore *ex art. 1956 c.c.*, parimenti riformato al medesimo scopo di meglio delineare i contorni della buona fede espressiva, nell'ottica comunitaria, dell'evidenziato principio di proporzionalità caratteristico del contesto considerato⁵⁶. Esso viene, così, a denotare la cifra ermeneutica secondo cui interpretare (anche agli effetti dell'*art. 1371 c.c.*) entrambe le novellate disposizioni codicistiche in termini di c.d. *diritto (comunitario) derivato*⁵⁷.

⁵⁵ Da ultimo, v. Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in *Dir. e giust.*, dal 2 dicembre 2011, con nota di S. BORTOLOTTI. Viceversa, a giustificazione del diverso orientamento, l'*art. 7.858 c.c.* olandese del 1992 prescrive, a pena di nullità, l'indicazione del massimale nei soli rapporti di consumo in senso stretto, privilegiando nei rapporti d'impresa (*i.e.*, anche “infra-gruppo”, come nel caso in commento) il ruolo dell'informazione “esperta” quale criterio prevalente di consapevolezza circa i rischi del proprio agire negoziale; cfr. F. MACARIO, *Garanzie personali*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, X, *I singoli contratti*, Torino, 2009, 183, nt. 223.

⁵⁶ Significativa a riguardo Cass., 22 ottobre 2010, n. 21730, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1357, per la quale: «Se, nell'ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente, si manifesta un significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore rispetto a quelle conosciute al momento dell'apertura del rapporto, tali da mettere a repentaglio la solvibilità del debitore medesimo, alla stregua del principio cui si ispira l'*art. 1956 c.c.*, la banca creditrice, la quale disponga di strumenti di autotutela che le consentano di porre termine al rapporto impedendo ulteriori atti di utilizzazione del credito che aggraverebbero l'esposizione debitoria, *di quegli strumenti è tenuta ad avvalersi anche a tutela dell'interesse del fideiussore inconsapevole, se non vuol perdere il beneficio della garanzia, in conformità ai doveri di correttezza e buona fede ed in attuazione del dovere di salvaguardia dell'altro contraente*, a meno che il fideiussore manifesti la propria volontà di mantenere ugualmente ferma la propria obbligazione di garanzia» (enfasi aggiunta). In questo senso, il canone della buona fede contrattuale di matrice codicistica, operante al di là della qualità soggettiva delle parti, si coniuga al divieto dell'abuso di diritto *ex art. 54* della Carta di Nizza, quale criterio sovraordinato al governo dei principi ivi espressi: su cui, v. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, spec. 376 ss.

⁵⁷ Sui cui canoni interpretativi necessariamente extra-ordinamentali, si rinvia alla raffinata trattazione di A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto (Disp. prel. artt. 1-9)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, G. De Nova (diretto da), 2^a ed., Bologna-Roma, 2011, spec. 761-762, testo e note. In altri termini, l'ordine pubblico: «pur venendo normalmente ricostruito a partire da specifiche disposizioni, non si identifica con quelle disposizioni, considerate in quanto tali, ma con i principi di cui queste ultime recano l'espressione: nulla impedisce allora che tali principi, una volta che vengano in rilievo da soli, non più legati alle specifiche previsioni che ne hanno rappresentato il veicolo, si ripercuotano su situazioni estranee alla sfera applicativa delle previsioni stesse» (così, P. FRANZINA, *Le clausole “gravemente inique” per il creditore nei contratti commerciali internazionali: note sui rapporti fra la direttiva 2011/7/UE e il Regolamento Roma I*, in 6 *Cuad. der. trans.*, 2 [2014], 90).

Il guadagno esegetico che se ne trae si apprezza sotto un duplice e concorrente ordine di ragioni, sia sostanziali che processuali.

Sotto l'aspetto sostanziale, appare evidente che, intendendo la nozione di ordine pubblico (anche in senso) “economico” secondo quanto dianzi illustrato, ne riceve notevole giovamento quell'operazione di filtraggio – segnalata in apertura – intrapresa dalle corti nazionali nell'individuare quelle che autorevole dottrina tedesca qualificava in termini di *norme materiali*⁵⁸, caratterizzanti in forma cogente il sistema giuridico di riferimento, e che un più recente orientamento non meno rinomato ha recuperato nell'ottica del c.d. contratto “alieno”, che quelle norme mira viceversa a depotenziare⁵⁹.

Spostare il livello del «controllo contenutistico» (*Schranken der Inhaltskontrolle*) sull'agire negoziale, dal piano degli «effetti» a quello della «fattispecie», significa null'altro che attribuire all'ordine pubblico “economico” quella funzione di “clausola di salvaguardia” dell'utilità sociale, di rango costituzionale, che, nel dubbio, in nessun caso potrebbe essere elusa alla stregua di altre pattuizioni con essa in ipotesi contrastanti, oggi frutto non soltanto – come visto – di possibile deroga sistematica alla cornice dispositiva del «tipo» evocato, ma (ancor più subdolamente) di studiato *depeçage* contrattuale facendo “sponda” con ordinamenti stranieri⁶⁰.

Tale impostazione legittima infatti l'interprete a non limitarsi a verificare la formale validità di singole pattuizioni finalizzate alla produzione di determinati effetti desiderati⁶¹, ovvero a valutare la dichiarata sottrazione

⁵⁸ Cfr. J. KHOER, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jherings Jahrbücher*, (16) 1878, 144, relativamente alle norme non circoscrivibili a singole fattispecie, ma miranti ad un determinato risultato economico (consentito o vietato), cui evidentemente ascrivere lo stesso art. 1371 c.c.

⁵⁹ Si rinvia alla lucida riflessione di G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 53 ss.

⁶⁰ Tecnica indagata con particolare attenzione agli ordinamenti c.d. «plurilegislativi» largamente diffusi nel Nuovo Mondo, su cui v. puntualmente N. POSENATO, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Padova, 2010, spec. 146 ss. Oltre tutto, con l'art. 39 del recentissimo Reg. 1215/2012/UE (c.d. “Bruxelles 1-bis”), in G.U.U.E., L 351, del 20 dicembre 2012, 1 ss., in vigore dal 10 gennaio 2015, anche il residuale passaggio diretto ad accordare efficacia esecutiva ai provvedimenti giudiziari transfrontalieri, ancora contemplato dall'art. 38 del previgente Reg. 44/2001/CE, è stato accantonato a favore del riconoscimento “automatico”.

⁶¹ Si pensi, ad es., alla piena validità dei contratti c.d. «derivati», che l'art. 23, comma 5, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 qualifica «non speculativi», (onde sottrarli) agli effetti dell'art. 1933 c.c.

di taluni congegni negoziali ad apposita censura⁶², bensì a vagliarne *ex art.* 1371 c.c. gli esiti dubbi nella dimensione *causale* “concreta”⁶³, che assurge strutturalmente ad indice di conformità dell’agire (lecito o illecito) dei privati all’ordine pubblico declinabile, in senso “economico”, nell’osservanza dell’evocato principio di proporzionalità.

Non a caso, ambedue i precedenti giurisprudenziali, poi approdati (per essere avallati) in sede di legittimità, sono rappresentati da due pronunce di merito che avevano qualificato la necessaria indicazione dell’importo massimo garantito, dettata per la fideiussione dall’art. 1938 c.c., quale principio inderogabile di portata generale.

Di guisa che, per i giudici capitolini⁶⁴ tale previsione avrebbe dovuto trovare applicazione analogica (*i.e.*, per *eadem ratio*) anche all’impegno di garanzia assunto tramite un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (nella specie, lettera di *patronage* c.d. “forte”)⁶⁵, ad evitare che il garante assumesse obbligazioni dal contenuto indeterminato, scongiurabile soltanto nella misura in cui fosse individuabile *ab origine* l’entità dell’indebitamento da garantire.

L’itinerario è proseguito con l’ulteriore ampliamento del *plafond* obbligatorio anche per le garanzie autonome da parte dei giudici pistoiesi⁶⁶, che vi hanno correttamente rinvenuto ancora una volta la *eadem ratio*.

La Suprema Corte è quindi intervenuta, in rapida sequenza⁶⁷, per ribadire a completamento che ogni qualvolta un soggetto (non soltanto avente

⁶² Si pensi, ad es., ai contratti di garanzia finanziaria, implicanti il trasferimento della proprietà in funzione di garanzia, che l’art. 6, comma 2, d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, si premura di esentarli dal divieto previsto dall’art. 2744 c.c.

⁶³ Inaugurata da Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, con nota di F. ROLFI; in *Giur. it.*, 2007, 2203, con osservazioni di G. BOSCHETTI; in *Giust. civ.*, 2007, I, 1985, con nota di B. IZZI; in *Riv. not.*, 2007, 180, con nota di C. UNGARI TRANSATTE; in *Contr.*, 2007, 621, con nota di F. RIMOLDE; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 299, con nota di M. CUCCOVILLO; in *Rass. dir. civ.*, 2008, 564, con nota di F. Rossi; in *Il civilista*, 2008, f. 9, 71, con nota di E. MINERVINI. In tema, v. recentemente E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, 38 ss.

⁶⁴ Trib. Roma, 18 dicembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 1661, con nota di A. LUZON; in *Soc.*, 2003, 1005, con nota di F. FUNARI; in *Giur. it.*, 2004, 989, con nota di B. DI VITO; in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, II, 326, con nota di R. MANGANO; in *Giur. comm.*, 2003, II, 781, con nota di A. MESSUTI.

⁶⁵ Per una puntuale ricostruzione, cfr. M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, in *Tr. dir. civ. CNN*, IV, 30, Napoli, 2007, 107 ss.

⁶⁶ Trib. Pistoia, 31 luglio 2008, in *Fall.*, 2008, 1309, con nota di M. COSTANZA.

⁶⁷ Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Giur. it.*, 2010, 1618, con nota di B. PETRAZZINI; in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 663, con nota di P. CORRIAS; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 762, con nota di C.A. NIGRO; in *Dir. e giust.*, 2010, 127, con nota di C. GARUFI; in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1246,

qualifica di operatore bancario e/o finanziario) si faccia carico (ovvero sia beneficiario) di una garanzia personale per obbligazioni future, a prescindere dal *nomen iuris*, l'ordinamento ne sanziona la pattuizione lacunosa del relativo massimale, poiché reputa immeritevole che si risponda per rischi economici indeterminabili, in palese violazione dell'inderogabile principio comunitario di (ordine pubblico “economico” di) *proporzionalità*⁶⁸. L'enunciato orientamento si inserisce, a ben vedere, nel solco dell'attenta analisi in ordine alla primaria esigenza di preservare un “contenuto minimo” di patrimonio “proporzionalmente” destinato alla garanzia “generica” *ex art. 2740 c.c.* per la tutela di quei creditori (c.d. “involontari”) che divengono tali non per libera scelta negoziale, ma in quanto coinvolti, loro malgrado, in illeciti (*scil.*, aquiliani) subiti da parte del medesimo soggetto, il cui patrimonio risulti già gravato da plurime garanzie reali o personali, ovvero di estensione “indeterminabile” o “sproporzionata” *ex artt. 1461 e 1956 c.c.*⁶⁹, e quindi di fatto “deresponsabilizzato” nei confronti di costoro⁷⁰.

820

con nota di M. ANGELONE; in *Giur. comm.*, 2011, II, 528, con nota di C. GHIGI; poi seguita da *Id.*, 24 marzo 2014, n. 5951, in *telediritto.it*, inserita dal marzo 2014.

⁶⁸ Non a caso, si sottolinea che: «la delimitazione dell'obbligazione condizionale futura con la previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito, è stata introdotta dal legislatore italiano in adesione agli artt. 85 e 86 del trattato CEE, come chiarito dalla stessa Corte di Giustizia CEE con la sentenza 21 gennaio 1999 (nelle cause riunite C-215/96 e C-216/96) [scil., sentenza Bagnasco, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 130, con nota di S. BASTIANO; in *Corr. giur.*, 1999, 568, con nota di V. CARBONE; in *Contratti*, 1999, 720, con nota di P. SIMONE; in *Giur. comm.*, 1999, II, 477, con nota di G. PERASSI; in *Dir. Banca*, 1999, 511, con nota di A.M. CAROZZI; in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 237, con nota di M. LAMANDINI; *Dir. un. eur.*, 2000, 331, con nota di F. CAMELLI], di guisa che il legislatore italiano, con la novellazione del 1992, ha aderito alla conformazione della normativa italiana alle superiori regole comunitarie derivanti dal trattato» (così, Cass., sent. n. 1520 del 2010, cit. *supra*, nt. prec.); in modo da «innalzare un argine alle condotte prevaricatrici del creditore destinate a tramutare l'obbligazione fideiussoria in uno strumento di vessazione a documento del garante» (così, R. CALVO, *Lettere di patronage e abuso: un intervento chiarificatore della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 717). Del resto, circa l'impossibile “fuga dal tipo” della fideiussione verso schemi negoziali aleatori, cfr. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Contr.*, 2010, 440, con ampio commento di M. LOBUONO; in *Corr. giur.*, 2010, 1022, con nota di F. ROLFI; in *Giust. civ.*, 2010, I, 497, con nota di P. TARTAGLIA, *ibid.*, 1349, con nota di A. LAMORGESE, nonché *ibid.*, 2489, con nota di G. PASCUCCIO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 904, con nota di C.A. PUPPO; in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 257, con nota di G.B. BARILLÀ, nonché *ibid.*, 425, con nota di G. NAPPI; in *Dir. econ. ass.*, 2011, 227, con note di D. CERINI e C.F. GALANTINI.

⁶⁹ Sia pure indirettamente, tale risvolto emerge in Cass., 12 novembre 2008, n. 27005, in *Dir. e giust.*, 2008, con nota di C. GARUFI.

⁷⁰ La questione trae notoriamente spunto dalla legislazione societaria statunitense, la quale mira a tutelare il creditore c.d. “involontario”, basando sulla distinzione della natura della fonte dell'obbligazione, se *contrattuale* o *extracontrattuale*, i limiti del privilegio della responsabilità limitata connessa allo “schermo” della persona giuridica, in favore delle pretese

8. - Segue: i risvolti processuali in rapporto ai c.d. “controlimiti”.

Quanto testé osservato si ricollega (e risulta coerente) con il secondo concomitante profilo di ordine processuale, che impone all'autorità giudicante nazionale di accordare esecutività ai soli provvedimenti adottati da altre autorità giudicanti di Stati membri purché rispettosi della clausola di ordine pubblico.

Quest'ultimo infatti, ove “derubricato” al piano dell'assetto di interessi (*i.e.*, effetti) sfociato nell'accertamento giurisdizionale sottoposto a verifica, incontrerebbe *ex art.* 36, Reg. 44/2001/CE (attuale art. 52, Reg. 1215/2012/UE) la preclusione dell'insindacabilità nel merito, a differenza delle ipotesi di violazione di principi di diritto desumibili dal piano della (struttura della) fattispecie negoziale, siccome *causalmente* configurabile in concreto *ex art.* 1371 c.c., cui tale valutazione risulta più proficuamente ragguagliabile⁷¹. In definitiva, l'ordine pubblico (in senso) “economico” sembra ricalcare, nell'ambito suo proprio dell'autonomia negoziale, le orme che la dottrina dei c.d. «controlimiti» va seguendo nel delineare la *soglia di incompatibilità* (o – se si preferisce – il *livello di permeabilità*) rispetto all'ingresso della normativa comunitaria negli ordinamenti nazionali⁷². E tuttavia, con un vantaggio differenziale di non poco momento. È noto, infatti, che i «controlimiti» operano su un “doppio fondo” qualitativamente incomparabile.

821

risarcitorie di entità (e gravità) tali, da non poter essere soddisfatte dal solo patrimonio dell'ente, con conseguente allargamento della responsabilità in deroga al regime di “autonomia patrimoniale perfetta”. Un chiaro indice sintomatico di tale impostazione è riscontrabile nell'art. 2447-*quinquies*, comma 3, c.c., il quale fa salva la responsabilità “illimitata” della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito, in pregiudizio dei soggetti ingiustamente lesi dalla realizzazione dello “specifco affare”, i quali potranno quindi soddisfarsi al di là della consistenza del patrimonio a quest'ultimo destinato. In argomento, cfr. F. FIMMANO, *Creditori involontari e patrimoni destinati a specifici affari*, in *Nuovo dir. soc.*, n. 10 del 2009, 6 ss.

⁷¹ Risultando altrimenti alquanto faticoso il distinguo tra “violazione” del principio di ordine pubblico considerato (*i.e.*, *quaestio juris*) e sua concreta “applicazione” ai fini della decisione nel merito della fattispecie esaminata (*i.e.*, *quaestio facti*), come eloquentemente testimoniato da Cass., 5 aprile 2012, n. 5487, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 453.

⁷² Ragionando nell'ottica dell'ordine pubblico “comunitario” come sostanziale espressione dell'ordine pubblico “economico”, ben delineato da F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, spec. 190 ss. e 288 ss. Circa il distinguo tra ordine pubblico “interno” ed “internazionale” nella specifica materia in discorso, v. *amplius* F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, *Parte generale e obbligazioni*, 6^a ed., Torino, 2013, 301 ss.

Sul primo di essi, ci si muove sull'abituale terreno del sistema delle fonti e dei relativi criteri di composizione delle eventuali antinomie tra normativa nazionale e comunitaria, in grado di stabilire quale sia la disposizione concretamente applicabile al caso di specie; ove peraltro, una volta riconosciuta, nel testo costituzionale, la vigenza di principi dotati di un grado più elevato di resistenza, è ben possibile sottrarli alla disponibilità delle stesse istituzioni comunitarie.

Sul secondo piano, i “controlimiti” si sganciano dal sistema delle fonti per divenire strumento di composizione del confronto, talora aspro, che punteggia l'odierno “dialogo” tra Corti supreme nel frequente bilanciamento tra varie opzioni “di principio”, che veicola analoghe criticità, in forza del sistema delle impugnazioni, sin dalla fase (giurisdizionale delle corti) di merito⁷³.

Sotto quest'ultimo aspetto, e senza addentrarsi nel complesso di problematiche processuali che un tale strumento di controllo comporta⁷⁴, sarà sufficiente, per quanto qui interessa, rilevare come i più recenti sviluppi in proposito abbiano segnato una sorta di superamento (o comunque di forte attenuazione) di tale “filtro” proprio in relazione alla clausola di ordine pubblico, rispetto alla quale le prerogative un tempo riservate alle autorità giudicanti nazionali appaiono attualmente cedevoli, in un gioco di rimandi incrociati, alla verifica pur sempre devoluta alla Corte comunitaria circa il corretto utilizzo della richiamata clausola in (analoga) funzione “filtrante”. E ciò, in via diretta ovvero di sentenza pregiudiziale, entrambi vincolanti per il giudice *a quo*, in particolare sotto il profilo della “manifesta” contrarietà, che denota il carattere straordinario del diniego di esecutività nel passaggio dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 al nuovo Regolamento⁷⁵.

Ancorare, per contro, il diniego di esecutività fondato sulla ridetta clausola, radicandola al piano della configurazione *causale* della fattispecie, alla luce del (sotteso) principio di *proporzionalità*, piuttosto che sugli effetti

⁷³ Per tali precisazioni, cfr. M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in *forumcostituzionale.it*, dal 16 ottobre 2012, 6.

⁷⁴ Su cui, v. A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, ora in Id., *'Itinerari' di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, 2014, 83 ss.

⁷⁵ Confermato anche dall'attuale art. 45, Reg. 1215/2012/UE, cit. *supra* nt. 60. Ne tratta C.E. Tuo, *La rivalutazione della sentenza straniera nel Regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, Padova, 2012, 77 ss.

(in predicato) positivamente vagliati dall'autorità giudicante estera⁷⁶, implica sterilizzare notevolmente (se non proprio rimuovere) il rischio di potenziali difformità tra giudicato nazionale e comunitario, con prevalenza di quest'ultimo, in ipotesi di rinvio pregiudiziale, nell'affermazione – come visto – di un principio “generale” (*rectius*, “fondamentale”) dello stesso ordinamento comunitario.

9. - Ordine pubblico, tutela “multilivello” e valori personalistici.

Pertanto, secondo l'esaminata prospettiva che intende l'ordine pubblico “economico” come espressione sintetica di interessi non già “pubblici”, in quanto contrapposti a interessi “privati”, bensì *fondamentali* (siano essi pubblici o privati), torna allora preminente l'esigenza di assicurare l'*efficienza* dello scambio contrattuale, non disgiunto tuttavia dal valore legittimante della *giustizia*⁷⁷.

Seguendo questo percorso, ci si avvede ben presto che la formula finisce per sfaccettarsi in plurimi settori di rilevanza, assumendo all'interno di ciascuno caratteristiche peculiari che, ove opportunamente tenute in conto, ne esaltano nuove possibilità di utilizzo.

L'esperienza mostra che lo scambio contrattuale «tende a penetrare tutti gli spazi vitali»⁷⁸, sino ad estendersi, in particolare, alle innovative sfere del c.d. «biodiritto» e dei nuovi modelli familiari.

Quasi in un ricorso storico, la clausola in questione riacquista così, in tempi più recenti, l'originaria valenza di meccanismo elastico a garanzia

823

⁷⁶ Significativa a riguardo, Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Corr. giur.*, 2012, 1068, con nota di P. PARDOLESI; nonché in *Ric. giur. Univ. Venezia*, n. 2 del 2012, 406, con nota di I. DHIMJINI, che riforma la sentenza d'appello sulla ritenuta esecutività di pronuncia statunitense di condanna risarcitoria, liquidata senza riferimento all'istituto dei *punitive damages*, in virtù della sola natura e gravità dei pregiudizi sofferti dal danneggiato, ma non dando conto della ragionevolezza e proporzionalità dell'importo liquidato in rapporto ai criteri risarcitorii interni.

⁷⁷ La tematica, scaturente dal capovolgimento intervenuto nelle relazioni tra comunità e mercato da un ordine «isonomico» ad uno «asimmetrico» – acutamente esplorato da A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, spec. 173 ss. –, si estende oggi sino a ricomprendersi i deprecabili fenomeni di c.d. *dumping* “sociale” quale anticamera delle moderne forme di schiavitù: su cui, v. *amplius* G. TUCCI, *Commento sub art. 4*, in P. GIANNITI (eur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, G. De Nova (diretto da), Bologna-Roma, 2015, 803 ss.

⁷⁸ Così, U. BRECCIA, *Causa*, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XIII, *Il contratto in generale*, t. 3, Torino, 1999, 178.

anche di *valori personalistici*. Anzi, proprio il problema del «contratto sulla persona umana» evidenzia l'estrema complessità di articolazione assunta attualmente dalla nozione di ordine pubblico.

È proprio sul crinale della distinzione tra attributi corporei e attributi incorporali che sembra oramai disgregarsi il risalente modello monolitico dell'ordine pubblico applicato alle relazioni della persona. Infatti, anche a seguito della crescente valorizzazione dei principi di dignità ed autodeterminazione, il postulato dell'*indisponibilità* – sinonimo della sostanziale negazione dell'autonomia privata in quest'area del diritto civile – si atteggià in maniera differente a seconda della tipologia di beni e interessi coinvolti⁷⁹. Si passa, così, dall'inammissibilità di scambi lucrativi, sottesi a logiche solidaristiche, come nell'ipotesi di donazione di organi ai sensi della l. 1 aprile 1999, n. 91; all'accesso controllato a tutela della propria identità nel campo dei beni immateriali; sino ai territori di frontiera delle manipolazioni genetiche, ove la regola posta dall'art. 1371 c.c. si mostra «sussidiaria» nel senso più pregnante – come visto – di offrire sul piano sistematico un «ausilio interpretativo» nella ricerca del «senso» delle relative pattuizioni⁸⁰.

Non meno dirompenti appaiono gli effetti in ordine alle nuove forme di convivenza, non soltanto alternative alla famiglia di impronta costituzionale, venendo in rilievo l'ipotesi dell'unione di vita tra due individui del

⁷⁹ Si rinvia alla pregevole indagine di G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, spec. 155 ss.

⁸⁰ Drasticamente rilanciate da Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2343, con note di R. ROMBOLI e G. CASABURI; in *Corr. giur.*, 2014, 1062, con nota di G. FERRANDO; in *Guida dir.*, 2014, f. 27, 16, con nota di A. PORRACCIOLO, che ha sancito l'illegittimità costituzionale del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo «eterologo» per coppie sterili o infertili, insieme alla delicata questione della gravosa onerosità di tecniche ad altissimo gradiente scientifico, ma per scopi terapeutici, la cui accessibilità dovrebbe essere garantita indipendentemente dalle condizioni economiche degli interessati. Il che non elide, peraltro, la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata (c.d. «utero in affitto»), ove manca ogni traccia di legame biologico con il minore, ammessa nella sola forma dell'adozione: cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Dir. e giust.*, 2014, f. 12, 49, con nota di A. DI LALLO. E tuttavia, lascia riflettere l'orientamento assunto da App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 251, con nota di M.C. DE TOMMASI; nonché in *Giur. mer.*, 2010, I, 349, con ampio commento di M. DELL'UTRI, in cui proprio la ricerca di senso nell'equo contemporamento dei contrapposti interessi ha portato a riconoscere efficacia a tale pratica negoziale, nel superiore interesse del minore.

medesimo sesso⁸¹, ma anche della conseguente stabilità di legami affettivi intrattenuti con l'eventuale figlio del proprio *partner* (c.d. adozione «co-genitoriale»), ovvero concepito con il suo apporto (c.d. filiazione «omo-genitoriale»)⁸².

Il nuovo “grimaldello” ermeneutico risulta fornito dall’interpretazione “convenzionalmente orientata” in forza dell’art. 117 Cost., quale “rinvio mobile” alle disposizioni CEDU e, più in generale, alle diverse Carte internazionali dei diritti, in quanto «un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell’ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali»⁸³.

Un’impostazione sintomatica del nuovo «sistema multilivello di tutela»⁸⁴, di cui la lucida riflessione dell’Illustrer omaggiato è stata antesignana, nel sottolineare come la distinzione tra «regole» (plurime) e «principi» (esigui) – ovvero tra la “volpe” (espressione multiforme priva di una visione unitaria) e il “riccio” (sintesi di una visione accentuata)⁸⁵ – imponga l’analisi stringente di ogni singolo principio, riconosciuto come tale, per fissarne

⁸¹ Per le cui problematiche, v. ora A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affidò di minori a coppie di omosessuali*, in *Itinerari*, cit., spec. 485 ss., con ampi riferimenti alla giurisprudenza interna ed internazionale.

⁸² Su cui v., rispettivamente, Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2743, con nota di G. CASABURI; nonché App. Torino, decr. 29 ottobre 2014, in *IlCaso.it*, Sez. giurispr., n. 11842, dal 7 gennaio 2015 (con ampio commento di G. NOTO LA DIEGA, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio di coniugi “same sex”*, in *Dir. civ. contem.*, dal 19 gennaio 2015), che richiamano l’orientamento di CEDU, Grande Camera, 19 febbraio 2013, n. 19010, in *Eu. e dir. priv.*, 2014, 271, con nota di S. ROSSI; nonché in *Guida dir.*, 2013, f. 11, 64, con nota di G. VACCARO, che censura la violazione dell’art. 8 Conv., sul diritto al rispetto della vita familiare, in comb. disp. art. 14 Conv., sul divieto di discriminazione, a fronte di una legislazione nazionale preclusiva ad uno dei soggetti di coppia omosessuale dell’adozione del figlio del proprio convivente, al pari di quanto già riconosciuto per legge ad una «coppia di fatto» eterosessuale. Com’è noto, neppure la recentissima l. 20 maggio 2016, n. 76, recante *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in vigore dal 5 giugno 2016, ha posto termine al vivace dibattito.

⁸³ Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, punto 8, in diritto, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4747, con note di G. UMBERTIS e F. BILANCIA, nonché *ibid.*, 2010, 1815, con nota di D. BUTTURINI; in *Foro it.*, 2010, I, c. 359, con nota di G. ARMONE; in *Guida dir.*, 2010, f. 2, 73, con nota di R. BRICCHETTI; in *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, 149, con nota di C. DELL’AGLI.

⁸⁴ Noto almeno da un decennio alla riflessione giuridica, su cui, per una suggestiva panoramica, cfr. A. D’ATENA-P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, *passim*.

⁸⁵ Si allude a I. BERLIN, *La volpe e il riccio*, 3^a ed., Milano, 1998, 69.

origine e fondamento operativo, sino a indicare in che modo possa trarsene un modello decisionale che integri (nel caso, *ex art.* 1371 c.c. ovvero, in certi ambiti, sostituisca) una regola “dubbia” (*rectius*, inesistente), o non (più) adeguata e/o effettiva.