



GIULIO MASTROPASQUA

Dottorando di ricerca - Università di Roma Tor Vergata

### ART. 1418 C.1. C.C.: LA NORMA IMPERATIVA COME NORMA INDEROGABILE

**SOMMARIO:** 1. Intorno alla nullità virtuale del contratto. Vaghezza della formula “norma imperativa”. - 2. L’inciso finale dell’art. 1418 c.1 c.c.. - 3. Letture teleologicamente orientate: teoria dell’interesse generale e teoria dell’ordine pubblico. - 4. Teoria dell’interesse indisponibile. - 5. Un criterio strutturale. - 6. Norma imperativa e norma di condotta.- 7. Norma imperativa come norma inderogabile.

1. Al pari di ogni altra manifestazione espressiva, le formule del linguaggio legislativo presentano sovente un certo margine di ambiguità e vaghezza. L’ambivalenza e la scarsa attenzione linguistica del legislatore possono determinare interpretazioni estremamente variabili dei testi normativi, e con ciò precludere un adeguato livello di uniformità applicativa. E’ vero che le decisioni dei tribunali, quando i giudici esercitano entro i previsti confini il proprio potere/dovere di interpretazione della legge e qualificazione del fatto, offrono alla collettività nuovi modelli di lettura della realtà sociale e sono un mezzo imprescindibile di innovazione dell’ordinamento giuridico.

In ogni sistema di *civil law* assumono un rilievo decisivo le scelte del legislatore proprio in ordine alla selezione dei termini: grava sugli organi del potere legislativo il dovere di perseguire chiarezza e precisione semantica, riducendo al massimo le ambiguità dei testi normativi; e quindi l’onere – nel rispetto del principio di separazione dei poteri- di delineare i confini dei poteri ermeneutici e valutativi del giudice.

E’ stato autorevolmente affermato<sup>1</sup> che, nel delineare il sistema delle nullità dei contratti, il legislatore abbia agito con l’intento di non trascurare alcuna ipotesi, di non consegnare nulla al caso; o, potrebbe soggiungersi, di non lasciare alle (mutevoli) sensibilità degli interpreti il potere di decidere la sorte del contratto, mezzo privilegiato di esercizio della libertà individuale: il tenore complessivo delle disposizioni in materia di nullità (artt. 1418-1424 c.c.) tratteggia un sistema rigido, rispetto al quale la selezione delle fattispecie di (in)validità dei contratti appare rimessa esclusivamente alla determinazione degli organi legislativi. Eppure proprio in materia di nullità contrattuale<sup>2</sup> la dottrina civilista italiana ha individuato una delle disposizioni più controverse e di (apparentemente) dubbia interpretazione del nostro codice civile, l’art. 1418 c.1.

<sup>1</sup>A. DI MAJO, *La nullità*, in AA. VV., *Il contratto in generale*, VII, in *Trattato di Diritto Privato* a cura di M. BESSONE, Torino, 2002. Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, *RIV. CRIT. DIR. PRIV.* 1985, pp. 435-453.

<sup>2</sup> Senza pretesa di completezza, tra le opere maggiormente rilevanti in materia di nullità si segnalano: F.FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Padova, 1902; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943; A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943; M.ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955; R. TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 866 e ss; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit.; G.FILANTI, *Nullità I) diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990; G.VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; G.B.FERRI, *Appunti sull’invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Rivista Diritto Commerciale*, 1996, p. 393; F.GALGANO, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Commentario del Codice Civile SCIALOJA-BRANCA*, Roma, 1998; A. VILLELA, *Le nullità virtuali*, in *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, a cura di L. FERRONI, Milano, 1998, pp. 611-677; C.M. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile-3*, Milano, 2000; V. SCALISI, *Nullità*



“Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.”<sup>3</sup>

Intorno a tale disposizione, a più di settant’anni dall’emanazione del Codice, non si arrestano dibattiti e confronti e dottrinali e giurisprudenziali.

L’art. 1418 c.1 parrebbe esigere dall’interprete una duplice valutazione: individuare, entro il *genus* delle norme di diritto privato, un nucleo di disposizioni qualificabili come *imperative*; svolgere quindi un giudizio di compatibilità tra il dettato normativo (della disposizione imperativa) ed il regolamento contrattuale, al cui esito il contratto risultato incompatibile dovrà dichiararsi nullo.

Al fine di definire con precisione l’ambito di applicazione della norma, l’attenzione di giurisprudenza e dottrina prevalenti si è essenzialmente rivolta alla prima delle due *valutazioni* prospettate: fin dall’emanazione del codice civile innumerevoli pagine sono state scritte intorno al significato proprio della locuzione *norma imperativa*, non pervenendosi invero a risultati univoci né stabili.

2. Il punto di partenza dell’indagine è rappresentato dall’inderogabilità della norma: imperativa è quella disposizione normativa che i privati non hanno il potere di derogare. Si suole muovere dall’elementare distinzione tra norme inderogabili (o *cogenti*) e norme “*relative*”(o *derogabile, cedevoli*)<sup>4</sup>, le seconde segnalantesi sovente per espressioni quali «salva diversa volontà delle parti», «salvo patto contrario», «in mancanza di una diversa pattuizione». Secondo parte della dottrina la derogabilità pattizia di una disposizione di legge potrà essere desunta - pur in mancanza

---

*e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e Diritto privato*, 2001, pp. 489 e ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di Diritto Privato* a cura di M. BESSONE, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, pp. 31 e ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, Napoli, 2003, in *Trattato di Diritto Civile del Cons. Naz. del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI; R. SACCO, *Le invalidità*, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il Contratto*, 2, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2004; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti* (P. RESCIGNO e E. GABRIELLI), *I contratti in generale*, IV, 1, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 2006; M. MANTOVANI, *La nullità ed il contratto nullo*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto, Volume IV-Rimedi-1*, Milano, 2006; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, II ed., Padova, 2008; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008 (rist. ed. 1969); A. BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in *Il contratto in generale, Trattato dei contratti*, Vol. III, 2, diretto da N. LIPARI- P. RESCIGNO, Milano, 2009; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica Zatti*, II ed., Milano, 2011; G. D’AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enciclopedia del diritto-Annali*, IV, Milano, 2011; M. RABITTI, *Art. 1418 - Cause di nullità del contratto*, in *Commentario al Codice Civile*, Vol. III, a cura di E. NAVARRETTA- A. ORESTANO, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012

<sup>3</sup> La disposizione allude alle ipotesi di nullità c.d. *virtuale*, cioè inespressa, “*implicita nella natura imperativa della norma*” (G. B. FERRI, *Appunti sull’invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, cit., p. 393. Cfr. A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 72; A. VILLELA, *Le nullità virtuali*, cit., p. 611). Vi è chi puntualizza l’impossibilità di fare della nullità *virtuale* una categoria autonoma: A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pp. 96 e ss. Parte della dottrina dubita dell’effettivo rilievo sistematico della norma. In particolare R. SACCO sembra ritenerla superflua: “*l’art. 1418 c.1 osserva in maniera ridondante che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative*”. R. SACCO, *Le invalidità*, cit., p. 518.

A. ALBANESE considera inappropriata la formula *nullità virtuale*, rilevando come la stessa sembri alludere ad un giudizio di invalidità sciolto da una precisa disposizione del legislatore: A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è virtuale è razionale: riflessioni sulla nullità*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 526. Cfr. in proposito anche G. D’AMICO, il quale ricorre all’espressione “*nullità non testuale*”: G. D’AMICO, *Nullità non testuale*, cit., pp. 798 e ss.

<sup>4</sup> N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 89



dell'espressa attribuzione, in capo ai contraenti, del potere di autoregolazione - anche dal contesto sistematico entro cui la stessa opera<sup>5</sup>.

La dottrina afferma in vario modo che il concetto di *norma imperativa* rilevante ai fini dell'art. 1418 c.1 sia più rigoroso rispetto alla mera inderogabilità, e debba essere chiarito ponendo in luce le *rationes* delle disposizioni inderogabili che disciplinano l'esercizio dell'autonomia privata.

E' stato autorevolmente affermato come sia lo stesso art. 1418 c.1 ad imporre all'interprete di verificare il fondamento della norma inderogabile, e, sulla base di tale analisi (incentrata sulla *natura* dell'interesse sotteso alla disposizione) escludere o dichiarare la nullità del contratto ad essa contrario.

*"Il grado di imperatività richiesto dalla norma è più elevato di quello che si esprime nella constatazione della non derogabilità per volontà delle parti, postulandosi [ciò] dalla riserva finale dell'art. 1418 c.1, salvo che la Legge disponga diversamente"* <sup>6</sup>

L'inciso finale della disposizione (*salvo che la legge disponga diversamente*) non farebbe riferimento solo alle ipotesi in cui la nullità sia testualmente esclusa dalla norma violata<sup>7</sup>, ma anche a quelle in cui la *ragione* della disposizione varrebbe ad escluderla<sup>8</sup>. Di qui l'esigenza di trovare un *quid pluris* che caratterizzi le norme imperative rispetto alle altre norme inderogabili.

Si è quindi sostenuto che il compito non sia limitato all'identificazione del carattere imperativo mediante l'indagine sulla *ratio* della norma, dovendo l'interprete spingersi alla valutazione circa la congruità dell'effetto-nullità rispetto al fine perseguito dal legislatore: in presenza di una norma imperativa che preveda non già l'invalidità dell'atto bensì un diverso effetto, allora l'interprete sarà chiamato ad una valutazione teleologica. Dovrebbe su questa linea ammettersi che l'esigenza di tutela possa implicare in ogni caso la nullità del negozio, ancorché non prevista (*rectius* esclusa, esplicitamente od implicitamente) dalla legge; o viceversa, in difetto della previsione di un diverso effetto, la nullità potrebbe essere esclusa se il rimedio risulti incoerente rispetto al fine di tutela postulato dal legislatore.

<sup>5</sup> Cfr. F. GALGANO, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, cit., p. 233

<sup>6</sup> F. GALGANO, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, cit., p.233

<sup>7</sup> Nel senso della necessaria previsione di un effetto diverso dalla nullità sembrerebbe orientarsi Cass. Civ. 7 marzo 2001, n. 3272: l'inciso finale "*lascia margine a meccanismi positivamente introdotti per realizzare egualmente gli effetti del negozio, in considerazione degli apprezzamenti, discrezionalmente compiuti dal legislatore, dei valori tutelabili*".

<sup>8</sup> G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit, p.441; cfr. L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, cit., p.149.; nonché E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma suppletiva, norma dispositiva*, in *Rivista Diritto Civile*, 2001, pp. 573 e ss. Notazioni sul nesso tra rimedio ed interesse anche in A.BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, cit., p.969: "*anche a voler riconoscere nell'inciso finale...una direttiva all'interprete intesa a delimitare l'area della nullità virtuale...la valutazione conserverebbe attitudine funzionale all'individuazione di un elemento impeditivo della fattispecie e non certo dei suoi elementi costitutivi*".



Il criterio in esame, denominato da De Nova “*del minimo mezzo*”<sup>9</sup> è stato accolto in più di una pronuncia di legittimità<sup>10</sup>.

La tesi parrebbe conferire all’inciso finale un significato non aderente al tenore della norma: il testo della disposizione sembra sancire la possibilità che il legislatore escluda l’effetto della nullità per talune ipotesi di contrarietà del contratto alla disciplina di legge. La previsione sarebbe così volta ad eliminare in radice ogni possibile contrasto -in sede applicativa- tra la regola (nullità per contrarietà alla norma imperativa) e l’eventuale deroga di legge (esclusione della nullità), sancendo in via generale la possibilità di introdurre eccezioni. Così ragionando la specificazione appare superflua e ridondante, specialmente se riferita alle sole ipotesi di esclusione testuale della nullità<sup>11</sup>. Tuttavia, in ragione di una coerente interpretazione estensiva, si potrebbe affermare che la proposizione faccia riferimento, oltre che alle ipotesi di testuale esclusione della nullità, a fattispecie in cui il contratto non possa essere dichiarato invalido in virtù dell’esplicita previsione di un diverso effetto (ad es. risarcimento del danno; risoluzione del contratto; sanzione fiscale).

Sembra offrire argomenti in favore di quest’ultima impostazione anche la Relazione al Codice Civile, ove si sottolinea come l’art. 1418 c.1 sia atto a risolvere “*la dibattuta questione circa gli effetti della violazione di una norma imperativa in cui non sia espressamente comminata la sanzione della nullità del vincolo: è normale l’effetto dirimente, ma sempre quando la volontà della legge non possa indirizzare a conseguenze diverse*”<sup>12</sup>. L’efficacia dirimente della disposizione sembrerebbe compromessa laddove si conferisse al giudice il potere di rilevare o viceversa escludere l’effetto “nullità”, in ragione dello *scopo* della norma. Tale veduta rischia di risolversi in un’interpretazione *contra legem*, mediante la quale si attribuisce all’interprete non solo la qualifica della norma imperativa<sup>13</sup>, ma soprattutto la possibilità di dichiarare o meno la nullità a prescindere dalla norma, della “*volontà della legge*”: validità e invalidità deriverebbero da scelte di opportunità, lasciate al libero apprezzamento del giudice, con grave forzatura del dato testuale e della *ratio* stessa dell’art. 1418, primo comma, c.c.

Varie voci<sup>14</sup> hanno sottolineato le ricadute negative sul piano della certezza del Diritto:

*“Nel momento in cui si abbandona la lettera della norma, la quale richiede un’esclusione testuale della nullità, appare inevitabile l’adozione di criteri arbitrari. Né...sembra*

<sup>9</sup> G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit, p. 446: “*la nullità deve essere esclusa se l’esigenza perseguita dal legislatore mediante la previsione della specifica sanzione... sia compiutamente realizzata con la relativa irrogazione, mentre deve essere ammessa in caso contrario*”; cfr anche A. BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, cit, pp. 978 e ss.

<sup>10</sup> Cass. Civ., 11 Dicembre 1991, n. 13393, in *Massimario foro italiano*, 1991, p. 1172; Cass. Civ., 5 aprile 2003, n.5372; in *Massimario foro italiano*, 2003, p. 460; Cass. Civ., 24 maggio 2003, n. 8236, in *Massimario foro italiano*, 2003, p. 749.

<sup>11</sup> Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit, p. 439

<sup>12</sup> Relazione al Codice Civile, n. 649

<sup>13</sup> Vd. *Infra*, nn. 3-6

<sup>14</sup> G.VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit.; A.BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, cit.



*utile osservare che si tratterebbe, allora, di una disposizione inutile, attesa la possibilità per il Legislatore di escludere (di volta in volta) la nullità anche in assenza di quell'enunciato. Significherebbe ignorare la circostanza che il codice civile abbonda di definizioni e pseudoconcetti. D'altra parte è anche utile rammentare che l'inciso...non fu neppure il frutto di una consapevole elaborazione. Esso fu introdotto solo in seguito ai lavori di coordinamento tra i vari libri del codice”*<sup>15</sup>.

3. Pur prescindendo dal richiamo all'inciso finale della disposizione, con riferimento all'art. 1418 c.1 si sono tradizionalmente affermate interpretazioni *teleologicamente orientate*. Le soluzioni proposte sono accomunate dall'idea che le disposizioni *imperative* si caratterizzino per un *quid pluris*, idoneo a distinguerle dalla generalità delle disposizioni cogenti.

i) Diffusa opinione<sup>16</sup> attribuisce carattere imperativo alla norma inderogabile posta a tutela di un interesse pubblico: sono imperative, ai fini del giudizio di nullità, quelle norme contenenti un comando o un divieto teso a tutelare un interesse a carattere generale.

Sarebbe tale la disposizione che non solo non ammette una diversa volontà delle parti, ma “*neppure un'eccezione od esonero previsti dalla stessa legge...o da fonti equiparate*”<sup>17</sup>, proprio perché posta a presidio di un interesse generale.

In tal senso si è orientata, talora, anche la Corte di Cassazione.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> A.DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, cit., p. 45

<sup>16</sup> *Ex multis*, R.TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1978, pp. 908 e ss.; V.ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 382 e ss.; C.M.BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 618 e ss. Un quadro dettagliato delle posizioni di dottrina e giurisprudenza in F.DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., pp. 435 e ss. A.BARBA, in *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, cit., pp. 964 e ss., si esprime in senso complessivamente critico rispetto alle ricostruzioni “teleologicamente” orientate.

In giurisprudenza: Sez. Un. 21 Agosto 1979, n. 2697 (in *Giustizia Civile*, 1972,I, p. 1914) : “*Allorquando si sia in presenza di una norma proibitiva... priva della sanzione di invalidità dell'atto proibito, occorre controllare la natura della disposizione violata, per dedurne l'invalidità o la semplice irregolarità dell'atto e tale controllo si risolve nell'indagine sullo scopo della legge ed in particolare sulla natura della tutela apprestata, se cioè di interesse pubblico o privato*”.

Cass. Civ., 18 Febbraio 2008, n.3950, in *Foro Amministrativo-CDS*, 2008, I, p.378: “*L'ipotesi di nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa si verifica, salvo che la Legge disponga altrimenti, indipendentemente da un'espressa comminatoria della sanzione di nullità nei singoli casi, in quanto la norma dell'art. 1418 c.c. esprime un principio generale, che consente di disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione di precetti imperativi non si accompagna una specifica previsione di nullità. In tali casi, compito del giudice, ai fini della declaratoria della nullità del contratto, è solo quello di stabilire se la norma o le norme contraddette dall'autonomia privata abbiano carattere imperativo, siano, cioè, dettate a tutela dell'interesse pubblico*”.

Cass. Civ. 26 Gennaio 2000, n.863 (*Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 1585): il Giudice di legittimità indica “*nell'interesse generale della collettività*” il solo idoneo ad attribuire il carattere dell'imperatività al precetto.

Il medesimo orientamento è espresso in Sez. Un., 4 Aprile 2012, n. 2012 (in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, I, pp. 15 ss con nota di commento di C.SCOGNAMIGLIO). La sentenza affronta la questione della rilevabilità d'ufficio della nullità. Si afferma che limitare l'area di rilevabilità officiosa alle azioni di adempimento (oltre che di nullità), con esclusione dei giudizi promossi per la risoluzione del contratto, “*svilisce la categoria della nullità, l'essenza della quale... risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali, o che comunque trascendono quelli del singolo*”.

<sup>17</sup> M.MANTOVANI, *La nullità ed il contratto nullo*, cit., pp. 39 e ss.; cfr. F. GALGANO, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, cit., p.234.

<sup>18</sup> Cass. Civ. 4 Dicembre 1982, n. 6601, in *Giustizia Civile*, 1883, I, p. 1172: “*un elemento certo di identificazione (delle norme imperative) è costituito dalla mancanza di previsione della possibilità di esonero di alcuni dei destinatari della norma... dalla osservanza del divieto. L'assolutezza del divieto è collegata infatti alla opinione del legislatore circa la incompatibilità con la tutela dell'interesse di un comportamento diverso da quello imposto dalla norma.*”



Si postula che norma imperativa sia solo quella che non ammette limitazioni alla sua applicazione, né compressioni dell'interesse (*rectius*, dell'assetto di interessi) che essa tende a sancire. Pertanto, la vigenza di una disposizione di legge in deroga alla regola generale determinerebbe la “perdita” del carattere dell'imperatività di quest'ultima.

E' implicata l'idea per la quale deroga di legge e derogabilità pattizia incidano in modo analogo, seppur con differente intensità, sulla *natura* della norma derogata. *I gradi di cogenza* delle disposizioni di diritto privato sarebbero almeno tre: minima, quando sia conferito ai privati il potere di autoregolazione (norme *relative*); media, quando sia esclusa la deroga pattizia ma sussistano eccezioni di legge (norme *inderogabili*); massima, quando la disposizione si ponga in modo assoluto, in quanto tesa alla tutela o promozione di un interesse generale (norme *imperative*).

Tali assunti destano perplessità. Non convince l'idea che in presenza di un'eccezione alla regola, quest'ultima sia destinata a perdere forza cogente. Se non è revocabile in dubbio che, in ragione della deroga di legge, da un punto di vista applicativo la fattispecie generale subisca delle *compressioni* relative all'ambito di applicazione (destinato a restringersi), la forza della norma, ossia la sua vigenza, rimane integra: la regola generale (così come la sua eccezione) ha in ogni caso il crisma della cogenza, non essendo comunque attribuito ai contraenti il potere di sottrarsi all'applicazione della disciplina eteronoma. Per altro verso l'assetto di interessi alla cui conformazione tende la disciplina nel suo complesso, non è compromesso dall'esistenza di una deroga di legge: se si riconosce che una disposizione persegue fini di promozione e tutela di un interesse pubblico (desumendosi ciò dalla *ratio* della disposizione, oltre che dall'inderogabilità pattizia della disposizione), tale *direzione finalistica* non viene meno in ragione di una deroga di legge. In tali ipotesi, piuttosto, l'eccezione può esprimere la necessità di modulare e differenziare la tutela del medesimo interesse pubblico in ragione del particolare settore o ambito di applicazione della relativa disciplina, prevedendo un nucleo di regole diverse (si pensi, ad esempio, alle disposizioni eccezionali che derogano il diritto comune in punto di emissione e circolazione di azioni ed obbligazioni bancarie); ovvero può accadere che la deroga risponda alla necessità di contemperare due contrapposti interessi, entrambi di matrice *pubblica*.

E' difficile rinvenire nell'ordinamento regole o principi (con esclusione, forse, dei fondamentali principi costituzionali) che non subiscano mai compressioni in ragione di differenti esigenze, senza per questo che ne venga sacrificato il connotato della “generalità”- come pure vulnerato il carattere cogente.

La teoria che lega in un nesso inscindibile il carattere *imperativo* della norma alla tutela di un interesse generale (*id est* collettivo, pubblico) vacilla, in tempi recenti, a seguito della proliferazione di disposizioni di carattere indubbiamente *imperativo*, espressione del c.d. *ordine*



*pubblico di protezione*: norme tese piuttosto che alla salvaguardia di interessi generali, alla promozione e tutela di interessi facenti capo a specifiche categorie di soggetti, latori di peculiari esigenze di protezione<sup>19</sup>. Non sembra possibile obiettare che in tali ipotesi interesse pubblico e seriale (o individuale) vengano a coincidere, a sovrapporsi, onde non verrebbe meno il legame tra interesse pubblico e norme imperative: una simile obiezione porterebbe con sé il tautologico effetto di dover considerare *generale* ogni interesse protetto dalla legge (inderogabile) dello Stato. Se si assume che l'ordinamento, nel tutelare la posizione giuridica di una determinata categoria di soggetti (quali i consumatori), persegue pur indirettamente finalità di carattere generale, analogamente si potrebbe affermare che ogni qual volta il legislatore appresti tutela ad un qualsiasi interesse *particolare*, persegua, mediatamente ed in ultima istanza, uno scopo a carattere generale; ravvisabile, al limite, nell'interesse a che tutti i rapporti tra privati si svolgano in conformità alle prescrizioni di legge. Così ragionando, la pretesa di enucleare la specie "norme imperative" entro il genere delle norme inderogabili, in ragione della generalità dell'interesse dalle prime tutelato, risulterebbe priva di una reale capacità discriminante.

ii) Un secondo orientamento<sup>20</sup>, specificazione del primo<sup>21</sup>, ha goduto di largo seguito e si fonda su di un'avvertita inscindibilità tra norme imperative ed ordine pubblico; il secondo elemento costituirebbe il *plus* che si somma alla cogenza della norma, rendendo possibile considerarla oltre che inderogabile anche imperativa. Si sposta anche qui l'angolo visuale sul fondamento della previsione, sul tipo di interessi che essa è chiamata a tutelare. L'assunto troverebbe una conferma testuale, pur indiretta, nell'art. 1343 c.c., che prospetta in tema di causa illecita le norme imperative, l'ordine pubblico ed il buon costume come concetto unitario<sup>22</sup>. Quindi norma imperativa sarà solo quella volta alla tutela dell'interesse generale che faccia riferimento all'ordine pubblico o al buon costume.

In tal senso si è orientato anche il giudice di legittimità affermando che "*quando il negozio è contrario all'ordine pubblico... la mancanza di un'espressa sanzione non è rilevante ai fini della nullità dell'atto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418*"<sup>23</sup>.

Nel caso in cui la norma, pur inderogabile, non si ponga a tutela dell'ordine pubblico, la sua violazione comporterà la mera irregolarità del negozio.

<sup>19</sup> Vd. *Infra*, n.4

<sup>20</sup>E.RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma suppletiva, norma dispositiva*, cit., pp. 573-599

<sup>21</sup> Vi è chi assimila l'ordine pubblico all'interesse pubblico: R.TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, cit., p. 870

<sup>22</sup> Critico G.B. FERRI, secondo cui ordine pubblico, buon costume e norme imperative, svolgendo la loro funzione di "*criteri di valutazione delle liceità (e quindi di validità dell'agire negoziale)*", sono sì chiamati ad "*operare insieme*", ma rimangono concetti ben distinti tra loro: non si verificherebbe quindi quell'identificazione della norma imperativa nella regola di ordine pubblico (o buon costume), dovendo quindi l'interprete concretizzare i tre concetti autonomamente l'uno dall'altro. G.B.FERRI, *Ordine pubblico (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 1038-1057; cfr. anche L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, spec. pp.49 e ss.

<sup>23</sup> Cass. Civ., 11 ottobre 1979, n. 5311, in *Massimario foro italiano*, 1979, p.1079.



Sono prospettabili due ordini di obiezioni: la prima concerne le difficoltà nel delineare contorni netti del concetto di “ordine pubblico”<sup>24</sup>; la seconda riguarda la postulata inscindibilità tra ordine pubblico e norme imperative.

Il problema della fluidità del concetto di ordine pubblico è oggetto di dibattiti di lunga data.

G.B. Ferri<sup>25</sup> denuncia come “*non sempre giustificabili*” le ragioni storiche e dogmatiche che hanno “*indotto la dottrina a considerare l’ordine pubblico come un concetto di difficile definizione. E’ nostra convinzione che l’ordine pubblico sia un concetto tutt’altro che oscuro ed indecifrabile*”.

Nel *Code Civil* francese del 1804, la locuzione operava come un riferimento agli ideali rivoluzionari, implicando un rinvio all’ordine sociale di nuova formazione, imperniato sulla soppressione delle corporazioni e dell’incomunicabilità tra classi sociali, sul riconoscimento dell’autonomia privata e della libertà di iniziativa. L’ordine pubblico si poneva come baluardo per la conservazione (e promozione) di quel complesso di principi e valori.

Analogamente oggi la formula *ordine pubblico* costituirebbe un ellittico riferimento ai principi e valori che è interesse generale e fondamentale preservare, sanciti, o comunque desumibili, dalla nostra Carta Costituzionale<sup>26</sup>; espressioni “*di quegli ideali di democrazia e libertà che consentono alla sfera degli interessi individuali di coesistere e ordinarsi. Ma, mentre i principi generali (costituzionali)...determinano il sorgere di situazioni giuridiche soggettive, l’ordine pubblico svolge quella funzione limitativa...sul piano dell’agire autonomo dei privati*”<sup>27</sup>.

Il ragionamento è coerente, ma non elimina le difficoltà applicative: non sarà agevole per l’interprete desumere dal complesso delle norme costituzionali dei limiti precisi da imporre alla libertà negoziale del privato, onde valutare, sulla base degli stessi, la liceità (o meno) dell’atto di autonomia privata. Di guisa che non risulterà semplice l’individuazione delle norme imperative: anche la *teoria dell’ordine pubblico* rischia di determinare esiti applicativi estremamente variabili, perché dipendenti dalla sensibilità del singolo interprete.

La stessa qualificazione delle norme imperative come norme di ordine pubblico è poi revocabile in dubbio se si fa riferimento alla più recente legislazione. *Ex multis*, da ultimo, il D.L. 27

<sup>24</sup> Cfr. U. BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, *Il contratto in generale*, Torino, 1999, p.157; p. 162: “*tutte le definizioni fallirono; le nuove sembrano destinate a fare la stessa fine*”. Vd. anche E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma suppletiva, norma dispositiva*, cit., p. 587

<sup>25</sup> G.B. FERRI, *Ordine pubblico (diritto civile)*, cit., pp. 1038 e ss.

<sup>26</sup> Ricorre sovente la distinzione tra ordine pubblico *politico* ed ordine pubblico *economico*: il primo attinente ai principi fondamentali di funzionamento dello Stato e dei poteri pubblici, alle libertà e diritti fondamentali di singoli e formazioni sociali; il secondo ha riguardo ai principi che governano la produzione e circolazione della ricchezza. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 383 ss.; G. D’AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in F. DI MARZIO, *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 42.

Si parla talora esplicitamente di *ordine pubblico costituzionale*: Cass. Civ. 19 dicembre 2001, n. 16026, in *MGL*, 2002, p. 349.

<sup>27</sup> G.B. FERRI, *Ordine pubblico (diritto civile)*, cit., p. 1054



ottobre 2009, n. 250 (c.d. *Riforma Brunetta*) ha innovato l'art. 2 c.1 del D.Lgs 30 marzo 2001 n.165 (Testo Unico del Pubblico Impiego), definendo le disposizioni del T.U. quali norme “*a carattere imperativo*”: non sembra possibile sostenere che le norme richiamate siano qualificabili come disposizioni *di ordine pubblico*, *a fortiori* se la locuzione operasse come riferimento ai principi liberal-democratici sanciti nella Carta Costituzionale; più agevole ritenere che il legislatore, con tale specificazione, abbia inteso fugare ogni dubbio applicativo scaturente dalla concorrenza tra la disciplina speciale del T.U. e quella generale del titolo I Capo II Libro IV del Codice Civile, richiamata espressamente dal medesimo art.2 c.2 T.U.P.I.: il concetto di *imperatività* evocato in tale sede sembra unicamente implicare la prevalenza della normativa speciale rispetto a quella generale e l'inderogabilità pattizia delle norme del T.U.P.I.

Il meccanismo di “riduzione” delle norme imperative a “norme di ordine pubblico”<sup>28</sup> rimane dubbio anche perché, così argomentando, si finisce per non conferire alle prime alcuna specifica autonomia concettuale. In tal senso sembrerebbe che il tenore letterale dell'art. 1343 c.c., piuttosto che legittimare la sostanziale omogeneizzazione delle une con l'altro, ponga in rilievo la distinzione dei due concetti.

La supposta omogeneità, inoltre, non dà ragione della mancata riproposizione della formula recata dall'art. 1343 c.c. anche al primo comma dell'art. 1418 c.1.: nella prima delle due disposizioni il Legislatore sarebbe incorso in un'ambigua ridondanza; nella seconda si sarebbe avvalso di una formula ellittica, pur volendo riproporre il medesimo concetto e la medesima *regola*.

Più coerentemente potrebbe allora riflettersi che, implicando l'art. 1418 c.1 il raffronto (in termini di *compatibilità*) tra due fonti di diritto (la legge ed il contratto), il Legislatore abbia logicamente limitato il piano di rilevanza alle sole norme imperative. La riproposizione in tale ultima disposizione della contrarietà all'ordine pubblico ed al buon costume si sarebbe presentata superflua: tale *forma* di contrarietà si risolve in sé stessa nell'illiceità della causa, non implicando un confronto tra effetti di regole pattizie ed effetti di legge; la violazione dell'ordine pubblico o del buon costume inerisce unicamente alla ragione giustificativa del contratto<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Vi è chi ha sostenuto la natura di *norme di ordine pubblico* delle disposizioni imperative argomentando dalla impossibilità di prospettare l'ordine pubblico come parametro autonomo di liceità: esso si esprimerebbe sempre mediante il *Ius cogens*. Cfr. F.FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., p. 61; E.RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma suppletiva, norma dispositiva*, cit., p. 587: “*non esiste l'ordine pubblico come parametro autonomo del controllo causale sull'attività negoziale; esistono norme (cogenti) di ordine pubblico*”. *Contra*, G. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, cit., pp. 47 ss, secondo cui le norme imperative, pur non qualificabili quali fonti dei principi di ordine pubblico, costituiscono tuttavia un “*utile (se non indispensabile) punto di riferimento, in grado di orientare l'interprete...*”. Anche L. LONARDO nega l'identificazione dell'ordine pubblico con le norme imperative, in *Ordine pubblico ed illiceità del contratto*, cit., p. 53, p. 273.

<sup>29</sup> Cfr. V.ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 380: “*Il contratto ha causa illecita quando la sua ragione, il senso dell'operazione che con esso le parti perseguono, sono disapprovati dall'ordinamento giuridico perché contrastanti con interessi, obiettivi, valori essenziali per l'ordinamento*”. Cfr. anche F.DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 431, ove si sottolinea il diverso modo di operare della nullità virtuale rispetto alle fattispecie di illiceità contrattuale determinate dal contrasto tra causa del negozio e norme imperative, ordine pubblico, buon costume.



Prevedere invece la nullità per la contrarietà del contratto (1418 c.1 c.c.) ovvero della causa (1343 c.c.) a norme imperative sottolinea la diversità dell'indagine cui è chiamato l'interprete nelle due ipotesi<sup>30</sup>: nell'un caso confronto della disciplina autonoma con quella eteronoma; nell'altro analisi della conformità alla legge (oltre che ai principi di ordine pubblico e buon costume) della ragione giustificativa del contratto; un'analisi che non implica un raffronto *meccanico* tra *lex autonoma* e *lex eteronoma*, ma una valutazione più fluida, riferita al senso generale del rapporto<sup>31</sup> e pertanto meno strettamente ancorata alla (verifica della) compatibilità delle due discipline.

Un'ultima obiezione involge ogni impostazione che sottrae alle disposizioni "solamente inderogabili" l'effetto della nullità, ed attiene la sorte del contratto contrario alla disposizione non imperativa, il quale non possa dirsi invalido attesa l'inapplicabilità dell'art. 1418, primo comma, c.c.

Desti dubbi l'affermazione, comune alla maggioranza delle dottrine che propongono interpretazioni *teleologiche* della formula *norma imperativa*, in base alla quale il contratto contrario alla norma meramente inderogabile implichi l'*irregolarità* dello stesso<sup>32</sup>.

Di irregolarità alcuni autori parlano proprio con riferimento alle ipotesi in cui la disposizione (inderogabile o imperativa) preveda in caso di violazione una conseguenza diversa dalla nullità<sup>33</sup>.

Ma vi è da chiedersi in cosa si risolva tale irregolarità qualora il Legislatore non abbia previsto espressamente un effetto diverso dalla nullità<sup>34</sup>, laddove si ritenga di dover escludere l'applicabilità dell'art. 1418 c.1. c.c., in ragione della natura non generale dell'interesse promosso o tutelato mediante la disposizione.

Sembra doversi escludere che sia conferito al giudice il potere di determinare *motu proprio* un effetto (es. rescissione o annullamento) ovvero una "sanzione" (es. risarcimento del danno,

---

<sup>30</sup> La distinzione, come sembra potersi desumere dalla Relazione al Codice Civile (n. 649), appare alla base della stessa previsione di cui all'art. 1418 c.1 c.c.: "*la violazione delle norme imperative della legge è ricordata quale ragione autonoma di nullità del contratto per comprendere anche le ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita*".

<sup>31</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 380. Talora alcuni Autori sembrano inclinare per una sostanziale assimilazione tra nullità *virtuali* e nullità per illiceità della causa. Così C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 618: "*il contratto contrario a norme imperative è nullo in quanto la violazione della legge comporta un giudizio di dannosità sociale e quindi di immeritevolezza della causa, qualificabile essa stessa come illecita*". Autorevole dottrina distingue invece il contratto illecito (per illiceità di oggetto o causa) dal contratto illegale (per contrarietà alla norma imperativa): solo con riferimento al secondo può ipotizzarsi che la legge *disponga diversamente*, escludendo la nullità contrattuale a seguito della violazione di talune norme imperative. Analoga riserva non sarebbe immaginabile ove colpite dal giudizio di illiceità fossero la funzione o le prestazioni contrattuali. A.CATAUDELLA, *I contratti (parte generale)*, 3° ed., Torino, 2009, p. 294

<sup>32</sup> Si fa espresso riferimento all'alternativa nullità/irregolarità in Sez. Un. 21 Agosto 1978, cit.: "*Allorquando si sia in presenza di una norma ... priva della sanzione di invalidità dell'atto proibito, occorre controllare la natura della disposizione violata, per dedurre l'invalidità o la semplice irregolarità dell'atto proibito...*"

<sup>33</sup> F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., pp. 3 ss.: contratto irregolare sarebbe quello contrario ad una disposizione che, per l'ipotesi della sua violazione, preveda effetti diversi dalla nullità, poiché ispirata non già alla tutela di interessi generali, ma a scopi diversi (di finanza, polizia, disciplina). Cfr. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., p. 23

<sup>34</sup> Sempre F. DI MARZIO sostiene che la violazione di una norma imperativa possa non determinare la nullità del contratto ove la legge, pur implicitamente, disponga diversamente: "*non l'annullabilità o la rescindibilità, per le quali si richiede una previsione espressa. Ma certamente la mera irregolarità, la risolubilità, l'inefficacia in senso stretto o quant'altro*". F. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, p. 433



sanzione fiscale) non espressamente contemplata dalla legge. Né, d'altra parte, è data nel Codice Civile una disciplina generale dell' "irregolarità negoziale". Di modo che, quando sia la Legge a prevedere un determinato effetto diverso dalla nullità troverà applicazione l'inciso finale dell'art. 1418 c.1 c.c.; quando così non fosse, la fattispecie resterebbe priva di una disciplina, non supplendo in tal senso le norme generali sui contratti.

Resta escluso che gli effetti negoziali possano determinarsi in contrasto con una disposizione di legge, la quale, ancorché non imperativa, è comunque destinata a prevalere sul regolamento contrattuale, siccome sovraordinata rispetto alla fonte autonoma difforme (*arg. ex artt. 1322 e 1374 c.c.*).

Bisognerebbe pertanto ipotizzare che, in virtù della prevalenza della disciplina eteronoma sul regolamento contrattuale contrastante, il giudice, non potendo dichiarare la nullità del contratto (in ragione della non imperatività della disposizione di legge) debba scegliere quali delle fonti applicare al caso, giungendo a disapplicare quella subordinata. Il meccanismo opererebbe pertanto unicamente sul piano dell'*efficacia* della fonte contrattuale, lasciandone impregiudicata la *validità*<sup>35</sup>.

Tale soluzione, indubbiamente coerente, sembra porsi in aperto contrasto il principio (e l'esigenza) di certezza dei rapporti giuridici, perseguito dall'ordinamento giuridico proprio mediante le disposizioni che eliminano *in nuce* ogni dubbio circa la (in)validità dei contratti contrastanti con la disciplina di legge.

4. Un terza impostazione<sup>36</sup> trae origine dalla crisi del legame tra nozione di imperatività ed interesse pubblico o generale tutelato dalla norma.

Tale crisi, come accennato in precedenza, trova la ragione più profonda nell'espansione dell'area delle norme a carattere imperativo riconducibili al c.d. *ordine pubblico di protezione*. Si tratta di disposizioni caratterizzate da un'inderogabilità solo relativa, che escludono deroghe convenzionali le quali comportino un trattamento deteriore per la parte la cui protezione la norma vuole assicurata. Sono precetti che proteggono l'interesse di uno solo dei contraenti, appartenente ad una specifica categoria economico-sociale, che il Legislatore considera meritevole di una protezione particolare nell'abito dei rapporti giuridico-economici con la controparte (esempio chiaro già nel

---

<sup>35</sup> F. DI MARZIO prospetta però inefficacia ed irregolarità come effetti alternativi; *op. ult. cit.*, p. 433

<sup>36</sup> M.MANTOVANI, *La nullità ed il contratto nullo*, cit., pp. 42 e ss.; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., pp. 503 e ss.



codice civile, ove l'art. 1932 prescrive l'inderogabilità, se non in senso più favorevole all'assicurato, di una serie di disposizioni del Capo XX, Libro IV del c.c.)

Il carattere dell'imperatività sarebbe pertanto un connotato non solo delle disposizioni volte a tutelare l'interesse generale, ma, a ben vedere, ricorrerebbe ove si configuri come indisponibile l'interesse che la norma è preordinata a proteggere (e la relativa *tutela*) sia esso generale (pubblico) o speciale (individuale o seriale).<sup>37</sup>

L'interprete sarà di volta in volta chiamato a valutare la compatibilità dell'assetto di interessi posto in essere dai privati con gli interessi e valori che l'ordinamento intende garantire - con la norma imperativa<sup>38</sup>. Laddove sussista *contrarietà*, il contratto (o la singola clausola) saranno nulli.

Questa ricostruzione ha il pregio di ricercare e cogliere un fondamento unitario delle nullità virtuali, in un contesto in cui tradizionali categorie concettuali e consolidati approcci ermeneutici appaiono di tendenza inadatti a sistematizzare la complessità del quadro normativo<sup>39</sup>. Ponendo l'accento sul concetto di indisponibilità dell'interesse, piuttosto che sulla generalità dello stesso, si evidenzia implicitamente la variabilità delle *rationes* sottese alle fattispecie di nullità.

Tuttavia dal ragionamento sembrano derivare implicazioni dubbie.

L'inderogabilità è concetto che esprime una regola: i contraenti non possono pattuire in senso difforme alla legge. Pertanto si dirà che il legislatore, sottraendo ai privati il diritto-potere di dettare regole autonome con riferimento a specifici aspetti del rapporto, ha riservato a sé medesimo il potere di delineare una parte della disciplina, *id est* di predeterminare le regole per la composizione degli interessi in gioco. Tali interessi (*rectius*, tale assetto di interessi) saranno pertanto indisponibili per i contraenti.

Inderogabilità della disposizione ed indisponibilità dell'interesse (*id est*, imperatività della norma) vengono quindi a coincidere: abbandonato il riferimento alla *ratio* della disposizione, ogni norma cogente finisce – diremo pure, per definizione – per rendere indisponibile l'assetto di interessi predeterminato dal Legislatore, sia esso generale, seriale, settoriale.

5. Una prima alternativa agli orientamenti che fondano l'indagine sulla nullità virtuale intorno all'interesse tutelato dalla norma imperativa è rappresentato da quell'impostazione - piuttosto

<sup>37</sup> M.MANTOVANI, *La nullità ed il contratto nullo*, cit., pp. 43 e ss.; si veda anche A.BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, cit., p. 967

<sup>38</sup> Ai fini del giudizio di nullità risulta decisiva la sottrazione ai privati del potere di disporre dell'interesse tutelato dalla disposizione. Cfr. A.ALBANESE, *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto*, cit. p. 310; C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, I, p. 31.

<sup>39</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, cit., pp. 30-31



risalente - che ritiene rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1418 c.1 solo le norme c.d. *proibitive*, ossia le disposizioni contenenti un divieto.

*“Essendo principio fondamentale dell'ordinamento quello della libera autonomia contrattuale, e ponendosi le norme imperative...come un limite funzionale, risulta evidente che esse non possono che consistere se non in un divieto: sono, cioè, necessariamente proibitive, non già precettive od ordinative.”*<sup>40</sup>

Sarebbe dunque solo la legge proibitiva a difendere l'ordine sociale, a salvaguardia dei *“beni assoluti”*<sup>41</sup>.

Ma è possibile convertire una norma precettiva (un comando di fare) in un divieto (inteso genericamente quale obbligo di non fare)<sup>42</sup>. E del resto, quand'anche tale conversione non sia possibile, la circostanza di per sé non consente di negare in generale il carattere *imperativo* delle disposizioni aventi la struttura dell'obbligo positivo.

Deve inoltre constatarsi come larga parte della legislazione speciale (prevalentemente di matrice comunitaria) si caratterizzi oggi per la presenza di numerose disposizioni imperative in forma di comandi rivolti al contraente *“forte”*<sup>43</sup>.

A ben vedere, ciò distingue l'obbligo positivo (comando) dall'obbligo negativo (divieto) attiene esclusivamente il modo in cui la disposizione di legge inciderà sul regolamento contrattuale. Nelle ipotesi in cui la norma imponga un determinato contenuto negoziale (*rectius*, conformi il rapporto determinandone alcuni aspetti *ab externo*), in applicazione dell'art. 1419 c.2 c.c., la disciplina eteronoma, destinata a prevalere, si sostituirà di diritto alle clausole contrattuali difformi, non implicando pertanto la totale nullità del contratto.

Diversamente, limitandosi la norma imperativa c.d. *proibitiva* a vietare un determinato contenuto o clausola contrattuale, in caso di contrasto tra fonte eteronoma e autonoma potrà determinarsi alternativamente la nullità totale del contratto, quando sia questo nel suo complesso ad essere *“contrario”* (art. 1418 c.1 c.c.), o meramente la nullità delle singole clausole difformi, sempre che non risulti che le parti non avrebbero concluso il contratto senza la parte dello stesso colpita da nullità (art. 1419 c.1 c.c., rispettivamente primo e secondo periodo).

---

<sup>40</sup> G.B.FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 160; cfr. anche F.GALGANO, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, cit., p. 127

<sup>41</sup> E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma suppletiva, norma dispositiva*, cit., p. 584

<sup>42</sup> G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 85

<sup>43</sup> Per questi rilievi F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p.443



6. In tempi recenti si è diffusa e gode di un discreto seguito un'impostazione che, sempre nel tentativo di comprendere e delimitare la sfera di applicazione dell'art. 1418, primo comma, c.c., lascia decisamente in secondo piano letture teleologicamente orientate, prendendo invece le mosse dalla distinzione tra norme di validità e norme di comportamento<sup>44</sup>.

Si rileva che l'art. 1418 c.1 disciplina il contrasto tra contratto e norma imperativa, sanzionando con la nullità il regolamento autonomo disapprovato (in sé stesso) dalla norma, e non interessandosi, per contro, del comportamento delle parti in occasione della conclusione o dell'esecuzione del contratto<sup>45</sup>. La non conformità del contegno dei contraenti ad una norma imperativa non rileverà come causa di invalidità del contratto, ma importerà per l'irrogazione di una diversa sanzione, sia essa penale, civile o amministrativa<sup>46</sup>.

Tale veduta appare di recente fatta propria dalla nota *sentenza Rordorf*<sup>47</sup>, in tema di violazione di obblighi di informazione posti a carico di mediatori finanziari.

<sup>44</sup> Distinzione tesa a scongiurare le incertezze applicative che potrebbero determinarsi ricorrendo al principio di buona fede (o ad altre clausole generali) nelle valutazioni concernenti la validità del contratto: quando una disposizione impone schemi di contegno dai contorni non chiaramente definiti, la valutazione della conformità della condotta delle parti alla fattispecie normativa è in larga parte rimessa al giudice, alla valutazione delle circostanze concrete. Ammettere che l'inadempimento della regola di comportamento possa determinare la nullità del contratto, significherebbe sacrificare quelle esigenze di certezza ed uniformità che la materia esige. Cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica diritto privato*, 1989, p. 9; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006, p. 1001: "Le regole di validità attengono ... alla fattispecie del contratto ... le regole di comportamento (o di buona fede) sono dirette invece ad assicurare la correttezza e la "moralità" delle contrattazioni ... sono regole "elastiche" perché risultanti dalla "concretizzazione" (giudiziale) di una "clausola generale" ... Una volta riconosciuto che per le regole di validità si giustifica (e, anzi, si impone) la necessità di una rigorosa formalizzazione - si verrebbe meno a questa esigenza ove si ammettesse che l'invalidità di un atto possa dipendere dalla qualificazione di un comportamento alla stregua dei (mutevoli) criteri valutativi extralegali, cui rimanda una regola ... come quella di buona fede". S.PAGLIANTINI, *Una nullità virtuale di protezione? A proposito degli artt. 28 e 34 del c.d. "Cresci Italia"*, in *ODCC*, 2012, pp. 73 e ss, spec. 76-81. Cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro italiano*, I, 2008, p. 784: "i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite".

<sup>45</sup> Cfr. G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit., pp. 808 e ss.

<sup>46</sup> Ambito principale di applicazione del criterio quello del contratto concluso in violazione del precetto penale. La questione degli effetti civili della violazione della norma penale è ampiamente dibattuta. Dottrina e giurisprudenza hanno prospettato soluzioni differenziate: vi è chi sostiene la non circoscrivibilità del disvalore penale, affermando la necessaria nullità del contratto a seguito dell'irrogazione della sanzione penale (cfr. M. FOSCHINI, *Delitto e contratto*, in *Archivio Penale*, 1935, p. 72; P.MELFI, *Sulla nullità del contratto d'opera per difetto di titolo professionale*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1952, I, p. 259; cfr. anche Cass. Civ. 8 Agosto 1990, n. 7998, in *Massimario del foro italiano*, 1990, p. 946); chi è propenso ad escludere la nullità del contratto muovendo dalla qualifica del precetto penale quale norma di comportamento (M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, p. 63; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990); chi ritiene di escludere la nullità ove la disposizione penale si rivolga alla tutela di interessi privati (Cass. Civ., 17 Maggio 1986, n. 3266, in *Società*, 1986, p. 1310); chi (tra gli altri, I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati contratto e reati in contratto*, in *RIDPP*, 1990, p. 997; cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 443 e, soprattutto, G. OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Rivista Diritto Commerciale*, I, 1963, p. 153-202, spec. 178) distingue tra *reati-contratto* e *reati in contratto*, affermando la nullità sia del negozio disapprovato espressamente dall'ordinamento penale (come accade nelle fattispecie di ricettazione, art. 348 c.p.), sia del contratto che, pur non specificamente vietato, appaia il prodotto della condotta illecita di entrambi i contraenti (così, ad esempio, nel reato di turbata libertà degli incanti, art. 353 c.p.), ma ritenendo di escludere la nullità per le ipotesi in cui la condotta di uno solo dei contraenti sia colpita dal disvalore penale (così per l'estorsione: art. 629 c.p.).

Cfr. F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 446 e ss.; A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, Napoli, 2003.

<sup>47</sup>Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.. Nella sentenza, la Corte esclude che l'inadempimento degli obblighi informativi, pur idoneo ad influire sul consenso, "inquinandolo", possa consentire di ritenere mancante il consenso medesimo. Si afferma inoltre la distinzione ed il principio di *non interferenza* tra regole di comportamento e regole di validità: "Che tale distinzione, sovente ribadita anche dalla dottrina, sia fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile. Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame) - il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento



La carenza di dati positivi idonei a discriminare tra norme di validità e norme di comportamento sembra essere il principale ostacolo per tale ricostruzione<sup>48</sup>; che tuttavia ha il merito di suggerire un differente angolo visuale.

Si è già detto come l'art. 1418 c.1 c.c. imponga di isolare una norma imperativa e quindi vagliare la compatibilità tra regolamento autonomo e disciplina legale. La distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, pur inidonea nella sua nettezza a fungere da criterio di individuazione delle norme rilevanti ai fini delle nullità *virtuale*, ripropone con rinnovata centralità la seconda delle due valutazioni prospettate: il comportamento dei contraenti, qualora rimanga estraneo alla sfera degli effetti del contratto, non potrà che essere irrilevante per la pronuncia di nullità, proprio in ragione del fatto che l'art. 1418 c.1 c.c. impone che siano posti a confronto (per il giudizio di contrarietà) gli effetti della disciplina autonoma e quelli determinati dalle legge<sup>49</sup>. La condotta dei contraenti, che rilevi in quanto elemento della fattispecie o quale presupposto del contratto non potrà mai causare la nullità del negozio, in quanto non soggetta a quella verifica di compatibilità imposta dal primo comma dell'art. 1418 c.c.

Ragioniamo per modo d'esempio.

La condotta del professionista abusivo, che eserciti la propria attività in assenza della prescritta autorizzazione, viola un precetto penale (art. 348 c.p.; *id est* una norma di comportamento)<sup>50</sup>.

Il contratto di prestazione d'opera concluso dal medesimo soggetto ha come precipua conseguenza l'esercizio abusivo (nonché "contrattualizzato") della professione, determinando quindi

---

*per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo".* Già in precedenza la Corte si era occupata della sorte del contratto concluso a seguito dell'inadempimento di obblighi informativi, escludendone la nullità tanto per mancanza del consenso quanto per contrarietà a norme imperative: Cass. Civ., 29 settembre 2005, n. 19024.

<sup>48</sup> Critico V. ROPPO, secondo il quale l'applicazione del criterio comporterebbe il chiaro assorbimento della nullità virtuale nella categoria delle nullità strutturali, riducendosi inevitabilmente la disposizione di cui al c.1 dell'art. 1418 a lettera morta: non potendo mai derivare la nullità dalla violazione di un obbligo comportamentale, la nullità virtuale interverrà solo per vizio di un requisito comunque *strutturale*, col risultato che il primo comma dell'art. 1418 risulterà applicabile solo negli stessi casi in cui troverà (già) applicazione il comma 2 dello stesso articolo. V. ROPPO, *La nullità virtuale dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e responsabilità*, 2008, p.536. Cfr. F. DI MARZIO, secondo il quale vi sono margini per la dichiarazione della nullità a seguito dell'inadempimento di un obbligo di condotta, ogni qual volta la condotta imposta sia delineata nel suo preciso contenuto dal legislatore, e non rimessa alla determinazione del giudice F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 539. Cfr. per notazioni critiche, anche A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, pp. 24 e ss. Si segnala infine Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *Giustizia Civile*, 2005, p. 1271, emblematica di un orientamento diffuso nelle corti di merito, inclini a riconoscere la nullità del contratto concluso a seguito dell'inadempimento dei doveri di informazione da parte dell'intermediario finanziario: *"la normativa [di trasparenza] è posta a tutela dell'ordine pubblico economico e, dunque, si sostanzia in norme precettive, la cui violazione impone la reazione dell'ordinamento attraverso il rimedio della nullità del contratto"*.

<sup>49</sup> La verifica della compatibilità tra regola autonoma ed eteronoma, imposta dall'art. 1418 c.1. c.c., ha senso solo ove il confronto sia operato sul piano degli effetti, non già delle fattispecie: per dirsi in rapporto di contraddizione, due regole debbono prevedere, per il medesimo fatto dedotto in ipotesi, conseguenza giuridiche incompatibili. Cfr. U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 127-128

<sup>50</sup> L'opinione prevalente in giurisprudenza afferma la nullità del contratto argomentando dalla natura pubblica dell'interesse tutelato dall'art. 348 c.p. Emblematica Cass. Civ. 7 marzo 2001, n. 3272, ove la Corte conferma la nullità del contratto di *swap* concluso dall'intermediario finanziario non abilitato, puntualizzando la *ratio* di ordine pubblico che ispira la norma penale, così come le disposizioni che regolano l'accesso all'attività di intermediazione mobiliare.



un effetto evidentemente coincidente con quello che l'art. 348 c.p. tende a vietare. Tra (gli effetti de) il contratto e (gli effetti de) la norma di condotta vi è, in tale ipotesi, una chiara contrarietà. Il contratto dovrà essere dichiarato nullo *ex art. 1418 c.1 c.c.*

Diversamente in caso di violazione di obblighi di informazione: l'art. 6 lett. e) L. n. 1/1990 impone al professionista mediatore mobiliare di “operare in modo che il cliente sia sempre adeguatamente informato sulla natura ed i rischi delle operazioni....”

Nel caso in cui un contratto sia concluso in assenza della prescritta informativa, la contrarietà alla norma imperativa riguarda non già gli effetti del contratto bensì i suoi presupposti, come tali non implicati nella valutazione di compatibilità imposta dall'art. 1418 c.1 c.c. Il contratto non potrà dichiararsi nullo per contrarietà a norma imperativa.

7. Alla ricerca del significato proprio di *norma imperativa*, vengono in rilievo considerazioni di teoria della norma.

Il dibattito è stato lungamente dominato dalla disputa tra imperativisti ed anti-imperativisti: i primi, sostenitori dell'identificazione tra norma e comando; i secondi, fautori del concetto di norma come giudizio ipotetico (o valutativo).

Non si entrerà nel merito di tale disputa, ma si ritiene senza dubbio accettabile l'assunto per il quale, pur non essendo riducibile ogni norma giuridica alla struttura del comando, ciò che da un punto di vista teoretico caratterizza la norma giuridica è il suo atteggiarsi a proposizione prescrittiva, che consigliando, avvertendo, permettendo, vietando, comandando influisce sul comportamento di chi a tale norma è sottoposto<sup>51</sup>. E così, anche nel descrivere la norma in termini di giudizio ipotetico, non sarà negabile che essa operi come prescrizione: “*se A, allora B*” non è una costruzione linguistica dal contenuto descrittivo; “*allora*” non è un elemento neutro, mediante il quale ci si limita a constatare l'esistenza ed il modo d'essere di *B*; *B* si risolve, per definizione, in qualifica della condotta, sicché essa è imposta e non naturale, voluta e non automatica, prescritta e non descritta.

“*Ed è proprio nella doverosità della conseguenza, nella sua necessità deontologica, che riposa la pars veritas dell'imperativismo. La norma è giudizio ipotetico, ma la verifica dell'ipotesi è rimessa all'adesione degli operatori destinatari...*”<sup>52</sup>

<sup>51</sup> N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., pp. 14 e ss.

<sup>52</sup> N. BOBBIO, *Norma giuridica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, 1964, pp. 330 ss.



Si può constatare che non sempre tale funzione prescrittiva sia esercitata con la stessa intensità, potendosi avere differenti *gradi* di vincolatività, dal comando (o divieto) assoluto alla mera raccomandazione, dal principio inderogabile alla direttiva.

A tale ricostruzione teorica il Diritto Privato non fa eccezione: la norma giusprivatistica non si presenta strutturalmente differente dalle norme di altri settori dell'ordinamento complessivo.

Ai fini della nostra analisi, non appare revocabile la fondamentale bipartizione delle norme privatistiche in cogenti e relative<sup>53</sup>: le prime si impongono *in modo assoluto ed in ogni caso*, le seconde trovano applicazione soltanto ove manchi una disciplina autonoma. Tra norme inderogabili e cedevoli, *tertium non datur* (da un punto di vista strutturale).

Donde la naturale conseguenza che, in assenza di differenze strutturali, e rivelatesi carenti di fondamenti ed esiti certi le discriminazioni incentrate sulle *rationes* delle norme<sup>54</sup>, ogni pretesa di distinzione, di enucleazione di una *species* norme imperative nel *genus* delle disposizioni inderogabili non parrebbe persuasiva.

Non sembra che vi siano indici sufficienti a suffragare una distinzione – ontologica, prima che applicativa - tra disposizioni cogenti ed imperative.

In virtù di tali considerazioni, un'interpretazione rigorosa dell'art. 1418 c.1 conduce a ritenere che la nullità del contratto si determinerà ogni qual volta questo sia *contrario* ad una norma cogente, inderogabile dalla diversa volontà delle parti, e quindi, appunto e solo per questo, imperativa; mentre resterà esclusa in tutti quei casi in cui la norma sia cedevole; quando la legge preveda esplicitamente un effetto alternativo (*disponga diversamente*) ovvero escluda espressamente la nullità; infine nei casi in cui non possa dirsi sussistente tra norme cogente e contratto una relazione definibile in termini di *contrarietà*.

Affermare l'identità ontologica e giuridica di norma *inderogabile* e norma *imperativa*, oltre ad apparire coerente con il concetto stesso di *norma di diritto*, sembra poter determinare una pluralità di vantaggi.

- consente di evitare ricostruzioni che, inevitabilmente fondate su considerazioni pre-normative e comunque extra-positive, rischiano di condurre ad esiti applicativi non omogenei, e di dover essere sottoposte a costanti *rettifiche* imposte dalle innovazioni legislative, dal mutato contesto sistematico;

- non implica dubbi circa gli effetti che deriverebbero dalla contrarietà del contratto ad una norma inderogabile ma non imperativa (per l'ipotesi in cui la legge non disponga espressamente un effetto diverso dalla nullità);

<sup>53</sup> N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p.89

<sup>54</sup> Vd. *Supra*, n. 3



- sembra offrire maggiori garanzie sul piano della certezza del diritto: impone all'interprete di concentrare gli sforzi ermeneutici nel giudizio di compatibilità tra la disciplina autonoma ed eteronoma; una valutazione da svolgersi entro gli argini del diritto positivo, in tutto analoga al giudizio di antinomia tra fonti del diritto;

- non sacrifica la permanenza in capo al Legislatore del potere di escludere la nullità - anche e soprattutto prevedendo un effetto diverso dalla nullità - per le ipotesi di contrarietà del contratto alla norma di legge.

Rimane privo di risposta l'interrogativo da cui prende le mosse ogni considerazione intorno alla nullità *virtuale*: a che scopo il Legislatore ha affiancato al sostantivo *norme* l'attributo *imperative*? Che valore ha e quali intenzioni giustificano la specificazione? Il quesito, si avverte da subito, non ha una soluzione definitiva. Neanche la relazione al Codice Civile offre certezze.

La responsabilità di determinare il confine semantico della locuzione grava sul singolo interprete.

Affermare l'esistenza di un significato proprio di *norma imperativa* è sembrata la via obbligata per contenere le ipotesi di nullità *virtuale* del contratto e dare ragione di una specificazione altrimenti superflua (è di per sé evidente che la contrarietà del contratto a norma dispositiva non potrà causarne la nullità).

Qualificare *imperativa* la norma inderogabile non sembra *prima facie* appagare allo stesso modo queste esigenze. La capacità demolitoria dell'art. 1418 c.1, così ragionando, potrebbe apparire pressoché illimitata: il contratto concluso in violazione di norme inderogabili di legge è nullo, salvo che la disposizione violata non escluda la nullità. Si avverte subito il pericolo insito in una formulazione sì generica: la compressione del potere autonomo dei privati entro confini angusti; la penetrante ed incisiva limitazione dei traffici economico-giuridici.

E tuttavia, se si volge l'attenzione al problema della compatibilità tra la disciplina autonoma e quella eteronoma, gli effetti dell'art. 1418 c.1 appariranno meno dirompenti: la nullità non può essere dichiarata per ogni generica difformità del contratto dalla legge; è piuttosto necessario che la relazione tra le due fonti sia qualificabile in termini di contrarietà. L'interprete sarà chiamato a svolgere un'analisi rigorosa, che guarda alla compatibilità formale tra gli effetti derivanti dalle due fonti.