

Il lavoro qui presentato è il frutto di un'intensa ricerca condotta al fine di fare chiarezza sui problemi che possono sorgere riguardo alla violazione di un concetto, quale l'ordine pubblico economico, di particolare rilievo in una società come la nostra caratterizzata dal ruolo essenziale dell'economia. Il nostro legislatore, infatti, proprio con lo scopo di rispondere alle nuove problematiche che ne derivano, interviene sempre più spesso, con la creazione di categorie ed istituti giuridici volti a tutelare i contraenti deboli.

Introduzione

1. Nascita ed evoluzione del concetto di Ordine Pubblico Economico

1.1. La Storia

1.2. Le applicazioni giurisprudenziali nell'epoca del code Napoléon: la difesa della libertà economica

1.3. Concezione Attuale

2. Tipologie di Ordine Pubblico

2.1. Ordine Pubblico Politico

2.2. Ordine Pubblico Tecnologico

2.3. Ordine Pubblico Internazionale

2.4. Ordine Pubblico Economico

3. Ordine Pubblico Economico e Costituzione

4. La critica del Ferri al concetto di Ordine Pubblico Economico

5. Nullità del contratto per contrarietà all'Ordine Pubblico Economico

5.1. Illiceità della causa

5.2. Nullità del contratto per violazione dei principi di ordine pubblico economico

5.3. Problematiche della nullità dei contratti dei consumatori per contrarietà all'ordine pubblico economico

Bibliografia

Introduzione

Il lavoro qui presentato è il frutto di un'intensa ricerca condotta al fine di fare chiarezza sui problemi che possono sorgere riguardo alla violazione di un concetto, quale l'ordine pubblico economico, di particolare rilievo in una società come la nostra caratterizzata dal ruolo essenziale dell'economia. Il nostro legislatore, infatti, proprio con lo scopo di rispondere alle nuove problematiche che ne derivano, interviene sempre più spesso, con la creazione di categorie ed istituti giuridici volti a tutelare i contraenti deboli.

Con questo studio abbiamo ricercato strumenti di dottrina e giurisprudenza, anche con qualche elemento comparatistico, per costruire una disciplina organica della nullità del contratto per contrarietà all'ordine pubblico economico, istituto quasi del tutto negletto, nonostante l'importanza pratica che ricopre negli ambienti giuridici di oggi.

L'analisi storica è proceduta dal Code Napoleon, il primo codice dell'era moderna ed il più vicino al nostro ordinamento, fino ad arrivare ai giorni nostri, al rapporto con la nostra Carta Costituzionale, per poi cercare di tracciare quali potranno essere le direttive future.

Dopo aver messo in luce anche le posizioni contrarie di un autorevole autore rispetto al concetto di ordine pubblico economico, abbiamo modellato una teoria sistematica e completa della nullità del contratto per contrarietà all'ordine pubblico economico, partendo dai suoi caratteri più generali fino ad arrivare allo specifico, con i contratti del consumatore che hanno interessato anche il legislatore europeo.

1. Nascita ed evoluzione del concetto di ordine pubblico

1.1. La Storia

La formula "ordine pubblico" ha una data di nascita sufficientemente precisa; essa appare per la prima volta nel codice di Napoleone dove venne inserita non senza contrasti, incertezze e vivaci dissensi.

Contrariamente ad altre formule (quali ad esempio "diritto pubblico" e quella stessa di "buon costume" la cui tradizione risale al diritto romano) l'ordine pubblico è una formula sostanzialmente nuova non riscontrabile neppure nelle opere dei giuristi che immediatamente precedettero la Rivoluzione francese.

Si tratta di una formula che nasce nel momento in cui le nuovi grandi idee e principi espressi, in maniera a volte caotica e contraddittoria, della Rivoluzione vengono cristallizzati in un corpo normativo organico e armonico qual è appunto il codice civile.

Occorreva dopo il disordine dell'ancien régime ristabilire l'ordine, sostituire allo spirito della Rivoluzione lo spirito delle leggi.

Bisognava cercare di tradurre, in norme e principi giuridici, quegli ideali che si fondavano sulla libertà e sulla dignità dell'individuo, sull'esaltazione dei suoi fondamentali diritti, della sua personalità di uomo e di citoyen che la rivoluzione aveva deluso.

A quest'opera si accinse Napoleone: nasce così un codice civile che si presenta sostanzialmente come codice del cittadino, conforme all'ideologia del pensiero liberale. Napoleone restituisce sul piano dei rapporti tra individui e in chiave soprattutto economica, quella libertà che sul piano politico sottrasse loro.

Nasce così un codice civile che si fondava sul riconoscimento dei due tradizionali diritti fondamentali: proprietà e libertà, che in un codice civile non poteva non essere intesa che come libertà economica.

In tale contesto legislativo la formula ordine pubblico sembra voler esprimere un concetto

nuovo e soddisfare una nuova esigenza: quella che emerge dalle fondamentali idee che ispirano la Rivoluzione francese: quell'idea di ordine sociale che si basa da un lato sulla soppressione delle corporazioni e della distinzione degli individui in stati non comunicabili tra loro; dall'altro si fonda sul riconoscimento e la tutela della proprietà e, in attuazione del principio del non intervento dello Stato in materia economica, sulla concessione al singolo della più ampia autonomia e libertà di iniziativa.

Questi valori e scelte, l'ordine pubblico è chiamato ad affermare e conservare.

La funzione di limite, che l'ordine pubblico è chiamato a svolgere nei confronti dell'autonomia negoziale, non esprime l'esigenza di una supremazia dell'interesse pubblico sull'interesse dei privati e la possibilità che questo può e deve cedere a quello; l'ordine pubblico come limite dell'agire negoziale esprime più specificatamente l'esigenza che i privati non sovvertano quei valori fondamentali su cui si fonda l'ordine sociale: ma che realizzino i loro rapporti nel rispetto di quei valori e principi che lo Stato considera essenziali e caratterizzanti l'organizzazione sociale di un determinato momento storico.

L'ordine pubblico dunque pone limiti all'autonomia dei privati in funzione del rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda e che caratterizzano l'ordinamento giuridico, per cui l'ordine pubblico fu previsto dal legislatore napoleonico e che l'ordine pubblico svolge ancora nel sistema di codice attuale.

Certo i valori e principi portanti del nostro ordinamento giuridico sono in parte diversi da quelli che caratterizzavano il sistema per il quale l'ordine pubblico fu, per la prima volta, elaborato e introdotto nel codice civile.

Nel nostro sistema attuale è alla Costituzione repubblicana che dobbiamo far capo per trovare i valori e i principi oggi fondamentali nel nostro ordinamento giuridico. Valori e principi che, sia espressi in norme precettive, sia desumibili da norme soltanto programmatiche, chiaramente si caratterizzano come espressioni di quegli ideali di libertà e democrazia che consentono alla sfera degli interessi individuali di coesistere e coordinarsi con la sfera degli interessi sociali e dove anzi, interessi individuali e sociali trovano ragioni e strumenti per un reciproco rafforzamento.

La tutela della persona umana, l'ideale di uguaglianza, di solidarietà, il diritto al lavoro (artt. 2-3-4 Cost.); l'affermazione e la tutela della libertà religiosa, della libertà d'insegnamento; la solenne dichiarazione che l'arte e la scienza sono libere; la tutela e l'affermazione delle libertà civili, non meno che di quelle economiche e politiche (in sostanza tutte le norme contenute nella parte. 1, tit. 1-4 Cost.); questi dunque i valori caratterizzanti il nostro ordinamento giuridico, che i principi generali e l'ordine pubblico si trovano ad affermare.

Ma mentre i principi generali, nel momento in cui esprimono i valori fondamentali su cui si fonda l'ordinamento giuridico, necessariamente e conseguentemente determinano il sorgere di situazioni giuridiche soggettive, l'ordine pubblico svolge quella funzione conservatrice che gli è propria, non sul piano di queste situazioni ma su quello dell'agire autonomo dei privati, dei quali è pertanto diretto a stabilire il confine tra lecito e illecito.

In questo senso i principi generali possono definirsi la cornice, in cui l'ordine pubblico è destinato ad operare, con quell'autonomia da ogni espressa previsione normativa (e dunque come criterio in sé e per sé destinato a valere), che emerge dal nostro sistema attuale.

1.2. Le applicazioni giurisprudenziali nell'epoca del code Napoléon: la difesa della libertà economica

Primo nucleo di applicazioni giurisprudenziali della regola dell'ordine pubblico è offerto da casi di coalizioni industriali tendenti a compromettere la libertà del mercato.

Un secondo nucleo di applicazioni giurisprudenziali del concetto di ordine pubblico attiene ai patti che limitano in modo eccessivo la libertà economica individuale esaltata dalla Rivoluzione (clausola o patto di non concorrenza, pactum de non alienando, clausola di preferenza, patto di boicottaggio, vendita a prezzo imposto...).

Per quanto riguarda le disposizioni convenzionali che producono effetti al di fuori dei rapporti patrimoniali, quando implicano una limitazione eccessiva della libertà personale, non sono reputate contrarie all'ordine pubblico, ma alla legge o al buon costume.

Non manca in questa operazione di politica del diritto un corollario dell'equazione ordine pubblico-tutela delle libertà economiche, la cui "positivizzazione" è data dalla Rivoluzione francese. Quando dette libertà non sono in gioco l'interprete ricorre alle categorie della illegalità o dell'immoralità, proprie della tradizione prerivoluzionaria.

1.3. Concezione attuale

Dopo aver analizzato l'evoluzione storica del concetto di ordine pubblico; passiamo ora allo studio della concezione odierna del suo significato.

Partiamo subito col rilevare che il codice civile richiama in molte norme il concetto, senza, però definirlo, né assegnandoli un significato costante. Per citare solo alcuni esempi possiamo notare come spesso è connesso al buon costume riassumendo in sé l'insieme delle norme inderogabili; in altri casi, invece, oltre al buon costume, è messo in relazione alle norme imperative, in modo da apparire un limite all'autonomia negoziale diverso dagli altri due; altre volte è sostenuto dal concetto di illiceità della causa, usato, dunque, come termine generico.

Tutto ciò crea una grand'equivocità dell'indicazione legislativa che contiene due termini (il sostantivo ordine e l'aggettivo pubblico) che di per sé focalizzano aree concettuali non perfettamente interpretabili.

La dottrina ha, poi, incontrato altre difficoltà nell'inquadrare il ruolo e la funzione che il legislatore ha voluto ascrivere al concetto di ordine pubblico nel codice del 1942, avendo questo concetto assunto il criterio di valutazione della liceità della causa del contratto, situandosi così al centro dell'agire lecito negoziale e della validità degli atti di autonomia privata. Un ulteriore

problema si pone in materia di ordine pubblico internazionale che nelle disposizioni preliminari del codice civile (art. 31 disp. prel.) trova il suo riconoscimento formale.

Ma il concetto di ordine pubblico non deve essere inteso come un qualcosa di oscuro ed indecifrabile, che spesso, invece, è il frutto di un atteggiamento dottrinale. È necessario abbandonare le inutili accentuazioni ideologiche, a favore di quella dottrina che con maggiore realismo ha influenzato la redazione del codice civile vigente.

Analizziamo ora la funzione del concetto di ordine pubblico. Per fare ciò partiamo dal concetto di autonomia privata e in particolare dall'art. 1322 c.c. Nella lettura di quest'articolo possiamo chiaramente notare come non ci sia alcun accenno al concetto in esame, ma nella relazione al codice del 1942, il legislatore nel commentare, appunto, questo articolo ha richiamato in maniera significativa questo concetto ponendolo al centro dell'autonomia negoziale. Il principio di autonomia negoziale, che come sappiamo costituisce una delle maggiori novità rispetto al codice previgente, dà la possibilità ai privati di determinare "il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge"; nonché la possibilità di concludere contratti cosiddetti atipici purché questi perseguano "interessi meritevoli di tutela". Il primo comma dell'articolo in considerazione prevede limiti solo di natura negativa. Il secondo comma invece pone diversi interrogativi riguardo all'espressione "interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico". La Relazione al codice civile n. 603 a tal proposito afferma che la tutela dei privati trova riscontro nell'ordinamento giuridico quando sia "ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico". Dobbiamo, inoltre ricordare che l'ordine pubblico svolge la funzione di criterio di valutazione della liceità della validità dell'agire negoziale, recepito in questo caso come atto di autoregolamentazione di interessi, cui facevamo cenno all'inizio di questo paragrafo, e che trova la sua consacrazione in due articoli molto importanti quali l'art. 1343 e l'art. 1418 c.c. che individuano, quindi, una funzione di limite negativo allo stesso agire negoziale. Un limite che non può essere superato dalle parti a pena della mancata "protezione" (espressione usata nella Relazione e che ritroveremo poi a proposito della tutela dei consumatori) dell'ordinamento giuridico.

La funzione dell'ordine pubblico attuale deve essere inoltre intesa anche alla luce della Carta costituzionale, che ha profondamente rivoluzionato il concetto di ordine pubblico rispetto al sistema previgente soprattutto in campo economico, che è ciò che più interessa in questo studio. Il rapporto tra ordine pubblico (economico) e Carta Costituzionale sarà però analizzato in seguito, qui ci limitiamo a segnalare l'introduzione del concetto di "utilità" e "funzione sociale" che hanno ampliato il significato di ordine pubblico.

Un ultimo aspetto da trattare cui si faceva cenno nella parte introduttiva di questo paragrafo è se il legislatore adottando l'espressione "ordine pubblico" senza nessun altro aggettivo abbia voluto richiamare sia l'ordine pubblico internazionale che l'ordine pubblico interno, anche in questo caso, però è necessario un rinvio (v. infra), salvo accennare al fatto che è concetto di ordine pubblico vada certamente ricavato dal sistema cui appartiene.

Questa analisi della concezione odierna non potrebbe essere compiuta senza un accenno al concetto di ordine pubblico (public policy) nei Paesi di Common Law, la cui evoluzione influenza anche il significato del corrispondente concetto nel nostro ordinamento giuridico. Anche nei

Paesi anglosassoni, risulta problematica la separazione all'interno della classe dei contratti illeciti tra quelli contrari a norme imperative rispetto a quelli contrari alla morale e alla public policy. I contratti rientranti in questa ultima categoria sono i contratti restrittivi della libertà personale, in modo specifico la materia matrimoniale e ciò che concerne il restraint of trade. In particolare ricordiamo le clausole di non concorrenza a carico del lavoratore subordinato dopo la cessazione del rapporto e quelle a carico del cedente un'azienda. Ma sia negli Stati Uniti che in Gran Bretagna, la regola di public policy è spesso messa in subordine rispetto alla categoria dei contratti illegali.

2. Tipologie di ordine pubblico

Una riuscita tassonomia suggerisce di ripartire i principi di ordine pubblico in diverse categorie, in ragione della natura degli interessi e valori tutelati. I concetti successivamente trattati sono i più rappresentativi della ripartizione anzidetta.

2.1. Ordine Pubblico Politico

Esso comprende i principi che riguardano l'esistenza e il funzionamento dello Stato e in generale dei poteri pubblici, nonché le libertà e i diritti fondamentali delle persone, sia come singoli sia in relazione ai gruppi sociali cui appartengono.

- Sotto il primo profilo sono contrari all'ordine pubblico i contratti che alterano la genuinità dei meccanismi di rappresentanza politica (patti di voto, accordi per rinuncia a cariche pubbliche) ; pregiudicano la difesa dello Stato e ne minacciano la sicurezza interna ed esterna, turbano il corretto ed efficace esercizio delle funzioni pubbliche; incidono sullo status di cittadinanza.
- Sotto il secondo profilo sono contrari all'ordine pubblico i contratti che: limitano eccessivamente o impropriamente diritti della personalità e libertà fondamentali; incidono sugli status di filiazione; hanno causa discriminazione razziale, sessuale, sociale in spregio dell'art. 3 comma 1 Cost.

È un campo dominato dall'incertezza e dal cambiamento. Incerti sono talora i confini fra determinati profili dell'ordine pubblico politico e il buon costume, e non sono rari i mutamenti di pensiero, che conducono a considerare lecito ciò che prima si riteneva illecito o viceversa.

2.2. Ordine Pubblico Tecnologico

Concetto elaborato da un giurista francese, Ivanier, che indica l'"ordre publique technologique" consistere nell'esercizio di un controllo giudiziale istituzionalmente diretto a verificare che l'uso delle tecnologie non si compia in forme tali da pregiudicare "sécurité et bonne marche du circuit économique" e questo concetto per la sua stessa natura pare a Ivanier dover trovare applicazione anche in assenza di singole norme (o una legislazione speciale) intese a codificare il principio. Il concetto di ordine pubblico diventa con Ivanier uno strumento di

qualificazione dogmatica avente ogni sorta di garanzia di rispetto delle fondamentali esigenze sociali, Ivanier sviluppò diverse argomentazioni ritenute necessarie per la dimostrazione che il suo progetto può avvalersi dei controlli dei giudici capaci di specificare il concetto di ordine pubblico nella sua accezione "tecnologica". La teoria di Ivanier diventa più interessante dal punto di vista dogmatico che non dal punto di vista della politica del diritto. Per ogni metodo di controllo sociale a proposito dell'uso delle tecnologie bisogna circoscrivere il sistema degli imperativi di ordine tecnico nel settore industriale che va ad inserirsi nel complessivo ordine economico.

2.3. Ordine Pubblico Internazionale

Per ciò che riguarda l'ordine pubblico internazionale una prima definizione possiamo ricavarla dall'art. 31 disp. prel., ormai abrogato con l'entrata in vigore della l. 218/95, il quale prevedeva che le leggi e altre disposizioni di uno Stato estero non erano in nessun caso applicabili all'interno dello Stato italiano se contrarie al buon costume e all'ordine pubblico. La dottrina dominante ritiene l'ordine pubblico internazionale come manifestazione del diritto interno di uno Stato; in altre parole l'espressione internazionale indicherebbe l'ambito della sua rilevanza e non la sua appartenenza. Ma da quest'opinione differiscono quanti prendono in considerazione le cosiddette concezioni universalistiche, le quali identificano l'ordine pubblico internazionale in principi di civiltà e giustizia universali e che sono considerati tali dall'opinione pubblica formatasi all'interno di ciascuno Stato.

Dalla lettura dell'art. 31 disp. prel. sono derivate diverse interpretazioni. Alcuni si chiedevano, ad esempio, come abbiamo già accennato, se quando si parla di ordine pubblico (senza altri aggettivi) il legislatore del 1942 abbia voluto richiamare sia l'ordine pubblico internazionale (riguardo alla previsione delle leggi di altri Stati) sia l'ordine pubblico interno (per la previsione della restante parte dell'articolo). Al di là dalle varie interpretazioni teoriche dell'articolo ormai abrogato, resta il fatto che l'ordine pubblico individua i valori fondamentali del sistema giuridico e la sua funzione è quella di proteggere i valori in esso contenuti. Da ciò, in definitiva, ricaviamo che il concetto di ordine pubblico può ricavarsi solo dal sistema cui appartiene.

Vi è stata una sentenza della Cassazione italiana (sentenza n. 2622/98), in materia di licenziamenti, che ha appunto applicato un principio di ordine pubblico internazionale. In questo caso la ricorrente era una società armatrice che aveva stipulato con un lavoratore italiano (controparte) un contratto di lavoro subordinato basato sulla legge liberiana, stato di immatricolazione della nave, che permette il licenziamento ad nutum del dipendente. Nei gradi precedenti i giudici avevano sempre accolto il diritto al reintegro del lavoratore. La Corte di Cassazione rigettò il ricorso, sostenendo tra i diversi motivi che "il disposto dell'art. 31 delle preleggi impediva la libera recedibilità del datore di lavoro dal rapporto a tempo indeterminato in quanto la tutela della stabilità del rapporto doveva ritenersi costituire oltre che un principio di ordine pubblico internazionale, anche un limite all'applicabilità nello Stato della legge straniera. Limite che impone, appunto, per l'attuazione del principio della stabilità, la diretta applicazione della legge italiana, ogniquale volta la legge straniera non garantisca in alcun modo detta stabilità".

La Suprema Corte ha, poi, più volte ribadito, in tema di regolamentazione del rapporto di lavoro nautico, che la regola del favor verso il lavoratore subordinato costituisce un principio di ordine pubblico internazionale che impedisce in ogni caso l'applicazione della legge straniera meno vantaggiosa per il prestatore di lavoro. Alla luce di tali dimostrazioni svolte non è, dunque, passibile d'imputazione la sentenza oggetto del ricorso che ha affermato che detta tutela rappresenta un limite all'applicabilità nello stato della legge straniera, sul presupposto che la tutela della stabilità del rapporto costituisca principio di ordine pubblico internazionale: un limite di natura positiva che impone, per la realizzazione di quel principio, la diretta applicazione della legge italiana, ogni qual volta la legge straniera non garantisca in alcun modo una simile tutela. Il che accade, appunto, con riferimento alla legge liberiana che - come risulta non contestato in causa - non appresta alcuna tutela del lavoratore avverso il recesso ingiustificato del datore di lavoro.

2.4. Ordine Pubblico Economico

Un altro concetto di ordine pubblico che, ai fini di questo studio, è quello che più rileva è il concetto di ordine pubblico economico, del qual è giusto dare una nozione che lo distingue dagli altri concetti sin qui esaminati. Nel previgente sistema corporativo l'ordine pubblico economico era a malapena presente negli artt. 2088-2093, ma si è poi ampliato con l'ingresso dello Stato nel settore dell'economia e con il crescente sviluppo economico. Questo nuovo concetto si distingue da quello tradizionale di ordine pubblico, per la sua funzione di tipo positivo che si estrinseca in una funzione di direzione ed una di protezione (tutela dei consumatori). Studiosi come il Ferri, però, sostengono a tal proposito che la formula usata è di tipo caotico non riconducibile ad uno studio univoco che sia in grado di delineare un quadro organico tale da poter realizzare un concetto ed una nozione unitaria. Secondo Ferri, infatti, interventi di direzione s'intrecciano a quelli di protezione.

Lo Stato interviene nel settore economico sia come imprenditore, sia attraverso la predisposizione di programmi di coordinamento e di indirizzo dell'attività economica sia nella sfera pubblica che in quella privata; sia intervenendo, infine attraverso l'organizzazione di misure riguardanti diversi comparti dell'economia nazionale.

I maggiori promotori dell'idea di ordine pubblico economico sono stati gli studiosi francesi che hanno distinto questo concetto da quello tradizionale; è questo tipo di ordine pubblico, non più inteso come un'eccezione, ma gli viene attribuito una nozione "funzionale". Per ciò che riguarda il suo contenuto possiamo affermare che l'ordine pubblico economico non si rifà più ai principi fondamentali che regolano la società, ma realizza al contrario la normale qualificazione delle nuove legislazioni.

Il concetto di ordine pubblico economico ingloba dentro di sé situazioni disparate tra di loro alla cui regolamentazione si arriva attraverso meccanismi che tra l'altro appartengono a diversi rami del diritto.

Le applicazioni giurisprudenziali in materia, sono piuttosto scarse, alcune di queste dichiarano nulli i contratti per contrarietà all'ordine pubblico economico mettendo in luce il consolidarsi

dell'orientamento positivista. Ciò è quanto avvenuto con un provvedimento della Corte di Cassazione che nella sentenza n. 6716/92 che per la clausola che fissa la misura degli interessi moratori sotto la soglia stabilita per legge, che se definita, però, a certe condizioni, non è contraria all'ordine pubblico economico.

Vi è, poi, da richiamare l'attenzione sulla giurisprudenza che ritiene "contrario all'ordine pubblico della libertà dell'iniziativa economica il rifiuto di contrarre se non a condizioni inconsuete ed onerose da parte di impresa in posizione dominante". Questo è quanto ha stabilito il Tribunale di Bari (15-7-1993, FI, 1994, I, 3256 ss.) in una causa molto particolare relativa ad uno dei rari casi di contratto di diffusione pubblicitaria a mezzo stampa e che ha visto coinvolto nella stessa sentenza un'altra situazione che determina la contrarietà dell'ordine pubblico economico: la concorrenza sleale. Infatti, in questo caso il collegio, tenuto anche conto della particolarità del caso concreto, superò la definizione della questione e decise in base ai profili di correttezza commerciale.

3. Ordine Pubblico Economico e Costituzione

Il sistema italiano attuale, dopo la caduta dell'ordinamento corporativo, come sappiamo, si erige sulla Costituzione repubblicana che richiama principi di libertà e democrazia e che certamente si allontana dall'esigenza solidaristica dalla precedente compagine collettivistica. Nella nostra Costituzione, tra i vari principi in essa contenuti, ci sono i tratti essenziali del concetto di ordine pubblico economico.

Viene, oggi, abbandonata la "rilevanza sociale" com'era intesa nella Relazione al codice civile. Resta ferma l'idea di meritevolezza di tutela per ciò che riguarda l'autonomia privata.

Certamente i primi principi concernenti l'ordine pubblico li troviamo già nei primissimi principi sanciti dalla Costituzione, quali ad esempio gli artt. 2 e 3. La tutela della persona umana, l'ideale di uguaglianza, di solidarietà, il diritto al lavoro le libertà politiche ed economiche e in sostanza tutti i principi contenuti nei titoli I-VI della Costituzione qualificano nel nostro ordinamento giuridico l'ordine pubblico. Mentre, però, i principi generali agiscono sul piano delle situazioni soggettive, l'ordine pubblico volge la propria funzione anche sull'autonomia dei privati, oltre che sulle situazioni suddette. Una mancata distinzione di questo tipo, può comportare un appiattimento di rappresentazioni e una sovrapposizione di posizioni, e solo in questo senso è possibile accogliere il parere del Perlingeri ("La personalità umana nell'ordinamento giuridico", Napoli, 1972), il quale afferma che "la tutela della personalità assume, nel sistema giuridico attuale, il significato di principio di ordine pubblico".

Per ciò che riguarda più in particolare la materia economica, sono riconducibili al concetto di ordine pubblico economico i limiti imposti all'iniziativa economica dal comma 2 dell'art. 41 Cost. innanzitutto per ciò che riguarda la sicurezza, la dignità umana, e la libertà, ma in particolare riguarda il principio dell'utilità sociale (diversa dalla funzione sociale). L'"utilità sociale" si giustifica tenendo presente il fatto che l'iniziativa economica è rivolta a tutti i cittadini, e ponendo quest'ultima alla base dei valori dello Stato e del suo sistema economico; questo limite alla libertà è posto perché altrimenti si rischierebbe che la libera iniziativa di un soggetto possa

negare la libertà di iniziativa di altri contraddicendo così il valore espresso dalla stessa Carta costituzionale.

Alcuni studiosi manifestano un atteggiamento ideologico solidaristico. Per dar tangibilità a questa dottrina, le tecniche sono diverse che si ritrovano nell'art. 41 Cost, nei principi generali e nei parametri individuati nella Costituzione, cosicché ognuno interpreta il concetto di ordine pubblico economico in base al significato che ritiene più consono. Attraverso la nozione di ordine pubblico economico, ad esempio, si fa riferimento alla nozione di "bene comune" proprio della dottrina cattolica. Altri intendono il concetto di ordine pubblico come strumento di lotta di classe. In questa prospettiva, la nozione dell'ordine pubblico economico negherebbe quelle condizioni generali di contratto che rappresentano una deroga diffusa e continua al diritto dispositivo senza alcuna giustificazione di carattere obiettivo.

La lettera costituzionale è fondamentale anche per tracciare le direttive di un aspetto dell'ordine pubblico economico di particolare rilievo soprattutto in un'epoca di capitalismo maturo: la tutela del consumatore, che occuperà ampio spazio anche in quest'indagine.

Gli indirizzi per un'organica legislazione volta alla "consumer protection" sono, infatti, contenuti nel 2° e 3° comma dell'art. 41 Cost. In questa direzione deve essere volta l'opera del legislatore intento a garantire la tutela del contraente debole attraverso la regolamentazione dell'attività d'impresa volta all'"utilità sociale" che come abbiamo detto costituisce un limite dell'ordine pubblico.

Il dettato costituzionale tradisce teorie troppo astratte che concedono ampio spazio ad un'idea di ordine avente argomenti di natura ideologica. È una disposizione costituzionale in ogni caso attenta alla contrapposizione tra i vari interessi di mercato.

Certamente prive di fondamento sono le dottrine che puntano soprattutto sul valore dell'iniziativa economica e del free market capitalism, senza, invece, tener conto della legittimazione degli interventi di controllo, tra i quali appunto i casi di nullità per contrarietà all'ordine pubblico economico.

A contrario non trovano spazio nei due commi in esame dell'art. 41 Cost. coloro che evocano un intervento dirigista nel mercato che, invece esclude il "free market".

La stessa norma costituzionale rinvia a nuovi lavori riguardo alla propria ratio legis, che per quanto concerne le garanzie per il consumatore, c'è ancora molto da lavorare. Sarà, ovviamente necessario il supporto di teorie di tipo concettuale favorite dallo sviluppo al quale assistiamo negli ultimi tempi del concetto di ordine pubblico economico.

Questo concetto si dimostra fondamentale per tutto quanto interessa la tutela dei contraenti deboli sole se, però, consideriamo l'idea di ordine pubblico economico lontana dai termini codicistici che mirano invece all'ordine pubblico (economico) come un divieto del singolo atto; anche se, è utile, però, non dimenticare che vi sono anche articoli del codice che dispongono attraverso l'ordine pubblico (economico) alcune significative tutele dei consumatori (come gli artt. 1469-bis ss). Come vedremo alcuni suggeriscono, per orientare l'ordine pubblico

economico di là dal testo codicistico, di adoperare l'espressione ordine pubblico "economico" come sintesi per individuare gli obiettivi di "direzione" e "protezione" degli interessi generali da attribuire alla moderna legislazione nel settore dell'economia che costituiscono al tempo stesso le due diverse funzioni dell'ordine pubblico economico. In questo caso è anche necessario assumere come modello i commi 2 e 3 art. 41 Cost. oltre a questa norma fondamentale, nel corso dell'analisi avremo modo di segnalare altri precetti costituzionali che influiscono sull'ordine pubblico economico.

4. La critica del Ferri al concetto di Ordine Pubblico Economico

Abbiamo trattato sin qui quelli che sono i caratteri essenziali del concetto di ordine pubblico economico, possono essere ricondotti, sinteticamente alla sempre maggior caratterizzazione, in senso economico, delle categorie e degli istituti giuridici, ma soprattutto ai sempre più numerosi interventi dello Stato nell'economia, anche nei sistemi di tradizione liberistica. Analizziamo ora le teorie di un noto studioso che ha dedicato molti dei suoi studi a questo concetto: Gian Battista Ferri.

Già il codice civile del 1942 appare discostarsi dai principi rigorosamente liberisti cui si erano ispirati sia il code Napoléon che il codice civile italiano del 1865. Rompendo, per diverse ragioni, il criterio dell'esclusiva privatezza dell'iniziativa economica, lo Stato entra, dunque, nel "gioco" dell'economia e vi entra con tecniche e modalità nuove rispetto ai tradizionali, ma generici, interventi "protezionistici".

Da un lato, lo Stato entra nel "gioco" dell'economia assumendo esso stesso in prima persona, per certi settori produttivi, la veste di imprenditore; dall'altro, predisponendo programmi che coordinino e indirizzino l'attività economica sia pubblica che privata (come prevede anche l'art. 41 Cost.); dall'altro lato, infine, predisponendo autoritativamente misure riguardanti diversi settori dell'economia nazionale (dalla politica del credito alla regolamentazione dei prezzi, dalla politica del territorio a quella del risparmio, e così via).

La cessazione della neutralità dello Stato di fronte ai fatti economici, ha indotto, come si è detto, taluni scrittori, soprattutto francesi, a elaborare la nozione di ordine pubblico economico, autonoma e distinta dall'ordine pubblico della tradizione del codice.

In questo senso la nozione di ordine pubblico economico dovrebbe caratterizzarsi e distinguersi da quella di ordine pubblico come nozione "funzionale".

Quanto al contenuto, l'ordine pubblico economico "n'est plus définissable par référence aux principes fondamentaux qui gouvernaient la société...mais il est constitué, au contraire, la qualification normale des législations nouvelles" (Farjat, Droit économique).

Quanto invece alla funzione, quella dell'ordine pubblico economico, non sarebbe più, come si diceva, quella dell'"interdiction" che caratterizza invece quella dell'ordine pubblico; ma quella "positiva" che si realizza attraverso "une grande diversité de techniques d'intervention" (Farjat, loc. cit.), riassumibile, per altro in due categorie generali: quella degli interventi di

DIREZIONE (ad esempio, la politica del credito, il controllo dei prezzi) e quella degli interventi di PROTEZIONE (ad esempio, la tutela del contraente più debole, le misure a favore del consumatore, ecc.).

Ma tutta questa serie di interventi attuati, in materia economica, dalle varie legislazioni speciali, da cui si è cercato di far emergere la nozione di ordine pubblico economico, si presenta come un insieme certamente non armonico, se non, a volte, caotico.

Interventi di direzione s'intrecciano a quelli di protezione, spesso entrambe determinati da esigenze contingenti e transitorie. Da essi non è possibile desumere, almeno nel nostro sistema (e in quelli in cui sono riconosciute ed attuate la libertà di iniziativa economica, l'autonomia e la proprietà privata), un disegno univoco che permetta di intravedere un quadro organico su cui costruire nozioni e concetti unitari.

Così come viene presentato, dalla dottrina che vi fa riferimento, il concetto di ordine pubblico economico finisce per avere la fisionomia di una formula che copre situazioni diversissime tra loro, alla cui regolamentazione si arriva attraverso tecniche e meccanismi legislativi che appartengono a diverse branche del diritto.

Di una formula dunque tanto vasta quanto generica e quindi inutilizzabile.

Per indicare l'insieme di questi interventi è meglio allora ricorrere alla formula "ordinamento pubblicistico dell'economia", che almeno ha il maggior pregio (rispetto a quella dell'ordine pubblico economico) di non voler individuare un concetto giuridico, ma soltanto una tendenza di politica legislativa.

C'è infine da sottolineare come, in materia economica, sono riconducibili al concetto tradizionale di ordine pubblico i limiti che incontra l'iniziativa economica privata nel comma 2 dell'art. 41 Cost., non soltanto per quanto riguarda la "sicurezza", la "libertà", la "dignità umana", ma anche per quanto riguarda l' "utilità sociale" che (contrariamente agli altri limiti) sarebbe difficilmente riconducibile alla nozione di ordine pubblico che è stata proposta.

Come limite l'"utilità sociale" (non da considerarsi equivalente a funzione sociale) ha un duplice significato.

La prima, che è la più immediata, consiste nel fatto che l'iniziativa economica privata, nella sua portata effettuale ha come destinatari tutti i consociati indistintamente; la seconda, meno appariscente, ma più significativa, consiste nel fatto che il riconoscimento costituzionale dell'iniziativa economica privata, indica come questa, sia espressione di valori fondamentali che reggono una società e che ne caratterizzano il sistema economico; in quanto tale l'esercizio dell'iniziativa economica privata non deve contraddire i valori ordinati del sistema economico prescelto, sulla base dei quali si giustifica il suo stesso riconoscimento.

Inteso in questo senso il limite dell' "utilità sociale" anche se sembra rappresentare un limite di natura oggettiva posto alla tutela del mercato, è pur sempre riconducibile al concetto di ordine pubblico.

Nel nostro che si distingue anche sulla base del valore e del principio di libertà di iniziativa economica privata, l'affermazione dell'utilità sociale rappresenta un limite all'iniziativa economica privata, posto a tutela della libertà di iniziativa economica stessa; ciò al fine di impedire che l'uso di tale libertà finisca per tradursi in una negazione della libertà di iniziativa economica altrui e per contraddire, con ciò, il valore fondamentale che questa esprime nel nostro sistema.

5. Nullità del contratto per contrarietà all'Ordine Pubblico Economico

Entriamo ora nel vivo della trattazione del nostro studio esaminando più da vicino i caratteri del contratto nullo per violazione del concetto di ordine pubblico economico. Questa indagine è scomposta in tre sezioni: siamo partiti dai caratteri più generali (illiceità della causa), per arrivare nello specifico e trattare la speciale nullità oggetto di questo studio, per giungere, infine, alla nullità dei contratti dei consumatori che costituiscono oggi l'espressione più significativa della violazione del concetto di ordine pubblico economico.

5.1. Illiceità della causa

La causa è uno dei requisiti del contratto (art. 1325 n.2), perciò la sua mancanza determina la nullità del contratto (art. 1418 comma 2). La causa è la ragione giustificativa del contratto; è la sua ratio, cioè l'elemento che lo spiega razionalmente.

Sul requisito previsto al n. 2 dell'art. 1325 sono fiorite diverse teorie, la prima fondamentale contrapposizione è fra dottrine soggettive e dottrine oggettive.

Le prime identificano la causa in un dato psicologico: causa sarebbe lo scopo, il fine, il motivo, che spinge la parte a prestare il consenso contrattuale. Queste teorie dunque finiscono per dissolvere l'elemento della causa in quello dell'accordo, inteso come incontro di volontà. Ma oggi le teorie soggettive non hanno seguito.

Domina invece la diversa impostazione per cui la causa va ricercata in qualche elemento oggettivo, esterno e autonomo rispetto alle rappresentazioni mentali dei contraenti. Nascono perciò le teorie oggettive, tra cui quelle di maggior spicco sono la teoria della causa astratta (tipizzata) e la teoria della causa concreta (individualizzata).

Prototipo delle teorie astratte è la teoria elaborata da Emilio Betti, che definisce la causa come funzione economico-sociale del contratto, ovvero come sua funzione economico-sociale tipica. Ma in questo modo la causa finisce per appiattirsi sul tipo legale, se è nominato e disciplinato dal legislatore; ma anche sul tipo sociale, se pur in assenza di previsione legislativa, è impiegato e di fatto codificato nella prassi dei traffici. Questa teoria ha avuto fortuna nel mondo giuridico italiano.

Oggi, però, si ritiene più aderente alle esigenze di un'evolva teoria e disciplina del contratto concepire la causa come causa concreta, intesa come ragione che giustifica il particolare

contratto in esame, alla luce delle specificità rilevanti che lo connotano. La concretezza ve intesa in termini di oggettività.

Dopo aver introdotto e inquadrato la causa nel panorama giuridico odierno, passiamo ora a ciò che più ci interessa e conta ai fini del nostro lavoro, ovvero quando la causa rileva per la sorte del contratto, prevalentemente, in modo, per così dire, negativo. La rilevanza negativa della causa la troviamo quando essa non c'è: mancanza di causa. Essendo la causa ragione giustificativa del contratto, i contratti privi di causa sono contratti ingiustificati, contratti senza ragione.

Inoltre essa rileva quando non è lecita: illiceità della causa. Causa illecita significa che la ragione del contratto, il senso dell'operazione che con esso le parti perseguono, sono disapprovati dall'ordinamento perché socialmente dannosi o pericolosi.

Noi qui ci proponiamo di analizzare il problema dell'illiceità della causa per poi arrivare al punto focale del nostro lavoro, ovvero la nullità del contratto per contrarietà all'ordine pubblico economico.

Come è stato anzi detto il contratto ha causa illecita quando la sua ragione e il senso dell'operazione che col contratto le parti perseguono sono riprovati dall'ordinamento perché contrastanti con interessi, obbiettivi, valori essenziali per l'ordinamento stesso. Può trattarsi di obbiettivi e interessi latu sensu politici, come quelli sottesi alle norme imperative o all'ordine pubblico; oppure di valori morali, riconducibili alla nozione di buon costume. I parametri dell'illiceità come abbiamo visto sono le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume.

In primo luogo la causa è illecita "quando è contraria a norme imperative" (art. 1343 c.c.). Le norme imperative di cui parla l'art. 1343 c.c. sono quelle che proibiscono direttamente e specificatamente ciò che il contratto vuole realizzare, in nome di interessi pubblici o generali prevalenti, che il contratto metterebbe a rischio. La qualifica di imperatività può ricavarsi da indici testuali, come quando la norma stessa si autodefinisce inderogabile o dispone la nullità del contratto che la violi. Ma l'imperatività può ricavarsi anche da dati extra-testuali, ovvero dal giudizio di rilevanza sociale degli interessi che la norma protegge.

In secondo luogo la causa è illecita "quando è contraria all'ordine pubblico" (art. 1343 c.c.).

Le norme imperative rispetto all'ordine pubblico hanno il vantaggio della precisione: identificano puntualmente il comportamento o il risultato che vogliono proibire e così rendono più facile e certa la sua repressione. Hanno però il correlato svantaggio della rigidità; proprio perché descrivono fattispecie precise, non sono in grado di descrivere tutte le fattispecie che meritano di essere colpite per la loro indesiderabilità sociale. Il legislatore non è in grado di immaginare tutti i comportamenti e risultati che meritano di essere vietati. Un aiuto in questo senso è dato dalla categoria dell'ordine pubblico, che consente di colpire contratti socialmente dannosi o pericolosi, anche se non corrispondenti a

Ad alcuna fattispecie precisamente descritta da norme imperative.

L'ordine pubblico è definibile come la serie di principi politici, sociali ed economici che sono alla base dell'ordinamento giuridico in un determinato momento storico.

Non sono necessariamente enunciati in modo espresso e tantomeno esplicitano il divieto dei contratti che li contrastano. Si ricavano per lo più da norme o complessi di norme che pur senza enunciarli li presuppongono. Ovvio che la ricerca di essi potrà essere tanto più feconda, quanto più si rivolge a contesti normativi vocati all'enunciazione di principi generali e fondamentali e così soprattutto alla Costituzione.

Una fortunata classificazione suggerisce di ripartire i principi di ordine pubblico in diverse categorie, in ragione della natura degli interessi e valori tutelati. Procediamo qui solo a un'elencazione di queste categorie in quanto esse sono state trattate precedentemente. Abbiamo così che dal concetto tradizionale di ordine pubblico sono stati ricavati: l'ordine pubblico politico, tecnologico, internazionale ed economico.

Infine, in terzo luogo, la causa è illecita "quando è contraria al buon costume" (art. 1343 c.c.). Il buon costume è la serie di principi etici condivisi dalla gran parte del corpo sociale in un dato momento storico, così che un atto contrario a essi sarebbe percepito dalla maggioranza dei consociati come immorale e vergognoso. Il buon costume condivide con l'ordine pubblico il valore di clausola generale, cioè di criterio elastico buono ad applicarsi a una pluralità indeterminata di fattispecie non predefinite analiticamente (e questo lo differenzia dalle norme imperative). Ma il buon costume se ne distacca sotto un altro profilo: l'ordine pubblico (al pari delle norme imperative) esprime scelte politiche del legislatore, mentre i principi del buon costume sono extralegali, perché scaturiscono dal corpo sociale senza la mediazione dell'autorità politica.

Il contratto illecito è sempre nullo, ma le conseguenze sono diverse a seconda che l'illiceità dipenda da violazione di norme imperative, ordine pubblico o buon costume. Nei primi due casi la nullità produce la ripetibilità di tutte le prestazioni eseguite in base al contratto nullo. Invece nel caso di contratto immorale chi ha eseguito la prestazione "per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato" (art. 2035 c.c.). Ciò vale solo se chi ha fatto la prestazione è partecipe dell'immoralità, non se è rimasto estraneo ad essa.

Abbiamo visto qui i tre parametri che rendono la causa illecita, a questi se ne aggiunge uno, il contratto in frode alla legge. Inoltre l'illiceità del contratto non è dovuta solo alla causa illecita, ma può ricorrere anche quando vi è oggetto illecito del contratto o motivo illecito comune ad entrambe le parti ed esclusivo.

5.2. Nullità del contratto per violazione dei principi di ordine pubblico economico

Dopo questa breve introduzione generale sulla illiceità della causa possiamo ora individuare le caratteristiche essenziali della nullità del contratto per contrarietà all'ordine pubblico economico.

All'ordine pubblico economico è riservata la tutela di regole e di valori, che spesso non trovano

riscontro nella legge, anche se negli ultimi anni stiamo assistendo ad una mirabile proliferazione di leggi speciali che sta portando ad un'assimilazione tra il concetto di ordine pubblico (in modo particolare quello economico che è spesso il propulsore per le nuove norme) e le norme imperative. Ciò accade sia per il legislatore italiano che per quello comunitario le cui direttive spesso costituiscono l'input per una nuova disciplina a livello nazionale. Uno degli esempi più importanti è rappresentato, come vedremo dalla novella del 1996 del codice civile in tema clausole vessatorie e tutela del consumatore; in quest'occasione il legislatore italiano con l'art. 25 della l. 52/96 recepì la direttiva 93/13/CEE.

Le regole e i valori dell'ordine pubblico economico possono essere desunti sia dal settore in cui questo opera, quale, appunto il settore economico e possono anche rientrare nel sentimento comune. Nell'ordine pubblico economico possono perfino annoverarsi principi come quello di libera concorrenza, oltre al principio generale di libera iniziativa economica.

C'è stato un caso famoso (C. app. Roma 1993), nel diritto societario, ad esempio in cui fu ritenuta nulla per contrarietà all'ordine pubblico economico una convenzione para-sociale che, prevedeva tra le altre cose, un sindacato di voto con efficacia reale, in modo che il socio era del tutto privato di qualsiasi diritto di partecipazione alla vita della società. In quest'occasione l'ordine pubblico economico protegge apparato organizzativo della società, in modo da tutelare i diritti di intervento del socio.

Un altro esempio lo abbiamo nel settore bancario (Cass. 1567/97) in cui la nullità per contrarietà all'ordine pubblico economico fu sentenziata per la clausola che derogava all'obbligo della banca di richiedere al fideiussore l'autorizzazione a fare credito al terzo che versava in una cattiva posizione patrimoniale. Ciò che accade in tema di nullità di contratti bancari privi, ad esempio della pubblicità e delle forme previste e delle nuove forme di nullità di protezione è singolare: questo tipo di nullità, che rientra nell'ambito degli interessi generali, costituisce sia una violazione della norma imperativa che la nullità per contrarietà all'ordine pubblico economico.

Se, invece, ci volgiamo alla legislazione speciale, sono state ad esempio ritenute concordi con l'ordine pubblico economico, le norme che riguardano il diritto di prelazione nonché il riscatto agrario perché indirizzate al raggiungimento degli scopi sociali e di politica agraria, ma anche economica.

La dottrina si è posta negli ultimi tempi il problema tra le nuove forme di nullità (relative all'ordine pubblico economico, come le cosiddette nullità di protezione) e le nullità codicistiche. Compito del giurista è quello di non respingere il nuovo, ma individuare le linee di lunga durata del fenomeno in esame.

Le nullità per contrarietà all'ordine pubblico economico, vanno annoverate tra le nullità speciali. A questo proposito l'interprete deve tracciare i confini di queste nullità. Sono tipi di nullità che si pongono al di fuori del codice, come indica l'aggettivo "speciali", ma che, secondo alcuni, hanno ormai scansato la "centralità" del codice. Sarebbe quindi preferibile intendere l'aggettivo "speciali" per indicare gli effetti che questo nuovo tipo di nullità produce; ma oltre agli effetti possono essere speciali le nullità fattispecie, come ad esempio per l'art. 1469-bis per ciò che

riguarda le clausole vessatorie, o i casi di dipendenza economica (art. 9 l. 192/98).

Le nullità per contrarietà all'ordine pubblico possono essere divise in due categorie: le nullità di protezione e le nullità di divieto.

Il punto di partenza per lo studio di queste nuove nullità per molti studiosi è stato quello della protezione dell'interesse del singolo contraente (sia esso cliente di una banca, di un'assicurazione, o consumatore in generale) al quale va garantita una particolare tutela.

Perciò all'interesse generale, tipico della nullità del codice, si è aggiunto negli ultimi tempi una nullità rivolta al singolo, per la cui tutela la generale forma di nullità, essendo questa astratta e neutrale, mal avrebbe potuto avere un'adeguata efficacia. Da queste premesse muove la nullità di protezione.

A questo punto si comprende anche lo "squilibrio" del modo di operare della nullità (art. 1469-quinquies) che la norma crea a vantaggio di una sola delle parti contraenti (art. 1469-bis c.c.) dovuto alla totale assenza di qualsiasi forma di negoziato individuale (art. 1469-ter c.c.), o, ancora, alla situazione di dipendenza economica.

A questo punto, non sorprende nemmeno il fatto che i requisiti di forma del contratto che tradizionalmente erano rivolti a tutte le parti contraenti, vengano oggi rivolte solo ad uno di essi, come ad esempio accade per i clienti della banca, e la cui nullità, a questo punto potrà essere fatta valere solo dalla parte protetta e la sua derogabilità è possibile solo se favorevole al contraente protetto.

A fronte di questa prima analisi della nullità del contratto per contrarietà all'ordine pubblico economico, essendo questo un tipo di nullità considerata "anormale" è sempre considerato come un'eccezione; da qui il riemergere della tradizionale contrapposizione tra regola ed eccezione. Intesa in questo senso la nullità di protezione viene considerata come una forma alternativa rispetto alla nullità sanzione e invece più vicina alla nullità-rimedio, in favore di un solo contraente.

Per ciò che riguarda le nullità divieto, per quanto concerne la contrarietà all'ordine pubblico economico, possono essere annoverati in questo caso ad esempio i contratti di concorrenza tra imprese. Questi tipi di nullità vanno intesi come nullità di disvalore.

In questi casi le nullità per violazione della concorrenza si sono ampliate, passando dalle norme del codice alle previsioni comunitarie, fino ad arrivare alla legge antitrust. Si discute oggi se divieto e nullità possano convivere: dalla ratio della nullità, l'interprete sarà in grado di ipotizzare se un negozio o contratto possa essere oggetto di divieto.

La nullità da divieto è una forma di nullità il cui ambito di applicazione è delimitato dal divieto medesimo, la cui interpretazione resta di competenza dell'autorità giurisdizionale con effetti dichiarativi.

Da questa trattazione appare chiaro, quanto variegato sia l'ambito di applicazione del concetto

di ordine pubblico economico (e, dunque, delle nullità per contrarietà di esso), da rendere arduo, come rilevava il Ferri, lo sforzo di tracciare una nozione unitaria del concetto in esame.

Possiamo, però, certamente affermare che violazioni dell'ordine pubblico economico, così come quelle dell'ordine pubblico in generale, sono delle violazioni virtuali, perché non sono previste dalla legge, ma sono in ogni caso desumibili da regole e principi che possiamo ritrovare anche allo stato diffuso, e che costituiscono un limite all'autonomia dei privati.

5.3. Problematiche della nullità dei contratti dei consumatori per contrarietà all'ordine pubblico economico

Durante l'analisi del concetto di ordine pubblico economico abbiamo distinto due diverse funzioni: una di direzione e una di protezione. Questa ultima funzione sta negli ultimi anni acquisendo una maggiore importanza dovuta anche alla crescente disparità tra i vari contraenti. In particolare, molti sono i casi di nullità del contratto per contrarietà all'ordine pubblico economico che sono dovuti al rapporto tra imprese e consumatori; ciò ha portato il legislatore a adottare diverse disposizioni per la tutela dei cosiddetti contraenti deboli. Queste normative costituiscono strumento di garanzia soprattutto per quanti sottoscrivono contratti standard. È, però, una garanzia limitata a singoli segmenti di mercato nei quali si ricorre alla cosiddetta contrattazione di massa. Per ciò che riguarda il codice civile la previsione più importante è certamente quella dell'art. 1341 c.c. che tutela l'homme faible che generalmente non legge le clausole del contratto e lascia perdere contro il lawmaking power di impresa, ma fino alla riforma del 1996 e alla direttiva 93/13/CEE, la disciplina era molto lacunosa anche alla luce del successivo art. 1342. A peggiorare le cose ci pensa la giurisprudenza che in tema di condizioni generali di contratto e di contratti standard interpreta da sempre in maniera restrittiva le proprie responsabilità di controllo riguardo agli usi dei poteri d'impresa, preferendo anzi, in molte occasioni una posizione "agnostica" e una direzione di politica del diritto piene d'incertezze e riserbi inspiegabili. Tutta altra cosa accade invece nei paesi di common law; qui, infatti, il giudice è portato ad una più ampia interpretazione delle proprie responsabilità di controllo dovute alla tecnica di ermeneutica del contratto e alle valutazioni in tema di consideration dello scambio negoziale. Di questo tipo d'interpretazione di responsabilità ne risente anche la giurisprudenza tedesca e quella francese che parla di ordre publique economique.

La situazione italiana comporta che la predisposizione di standards negoziali d'impresa tende ad evolversi in dispositivo d'intemperanze che portano alla deterioramento complessivo del mercato, fino ad arrivare ad un intollerabile costo sociale. L'imperatività di fatto delle condizioni generali del contratto d'impresa non vuol dire che questi standards debbano essere considerati come fonte di diritto obiettivo ma che esiste un'infinità di problemi di natura diversa in questo settore.

Il ricorso a condizioni generali di contratto coinvolge diversi settori dell'industria ormai da diverso tempo ed è l'espressione di un vero e proprio "lawmaking power" delle imprese; ormai il contracting inteso come trattativa è oggi divenuto un'eccezione.

Le norme necessarie per arginare questo potere delle imprese e tutelare i contraenti deboli

comportano una policy orientata in direzione di misure di controllo che ricercano un razionale punto di equilibrio tra interessi generali e logica imprenditoriale; in questo modo resta escluso un "accroissement du dirigisme" incompatibile con le economie di mercato e con la libertà di iniziativa individuata anche nella nostra Costituzione (art. 41), ma viene comunque tutelata la posizione del consumatore che vede dichiarare nulle per contrarietà all'ordine pubblico economico (e alle norme imperative) le clausole vessatorie predisposte unilateralmente dalla controparte.

La Carta costituzionale stabilisce una riserva di legge volta al controllo degli standards di impresa che costituisce una policy da attuarsi attraverso una disciplina organica delle condizioni generali di contratto.

Per quanto riguarda in modo particolare l'"economia" del negozio, ne risulta un'estensione delle garanzie a favore del contraente debole tale da giustificare l'asserzione di coloro che ritengono che con esse sono presenti direttive di ordine pubblico nelle condizioni generali del contratto. Questo ordine pubblico, assume in questa politica del diritto il significato di ordine pubblico economico secondo quanto abbiamo sopra delineato, in altre parole è necessaria una legislazione di protezione dell'interesse dei consumatori e in generale dei contraenti deboli delle imprese.

L'espressione "ordine pubblico economico" non riguarda più gli interessi immeritevoli di tutela, delle imprese intesi in senso esclusivamente civilistico. Ma "ordine pubblico economico" deve indicare un regime strutturale di disposizione di interi settori della vita d'impresa considerato anche il criterio di utilità sociale disciplinato dai precetti costituzionale e più volte analizzato nel presente studio. Ciò comporterà una predisposizione legislativa di norme sul processo di formazione degli standards in sé considerati, nonché regole di intervento preventivo per ciò che riguarda la determinazione dei loro contenuti tali da rendere nulli questi contratti in caso di violazione; purché non si oltrepassi la linea dell'accroissement du dirigisme e venga in ogni caso garantita l'autonomia costituzionale. Tutto ciò premesso si dovrà dunque parlare non solo di una politica del diritto, ma anche di un'economia del diritto.

In un'evoluta politica di ordine pubblico economico il controllo della tecnica e dei contenuti delle condizioni di mass merchandising da controllo episodico deve diventare un controllo preventivo attivato in modo assolutamente organico.

In questo campo forte è l'esperienza nord-americana del "Federal Trade Commission Improvement Act 1975", che attribuisce poteri alla commissione "quasi-giurisdizionale" in diversi settori del contenzioso impresa-contraente debole e permette alla commissione di incoraggiare una singolare attività di "contatto" delle imprese dei vari settori, volta a conseguire particolari standards più favorevoli alle controparti non professionali dell'impresa.

A livello europeo la Commissione prospetta una direzione che vede contemporaneamente l'attività di controllo giurisdizionale che di controllo amministrativo degli standards. Il provvedimento più importante del legislatore europeo è stata certamente la direttiva 93/13/CEE, recepita dal nostro legislatore con la legge n. 52 del 6 febbraio 1996; quest'ultima ha novellato il codice civile con l'aggiunta del capo XIV-bis del libro IV Titolo II. Con le disposizioni introdotte

dagli artt. 1469-bis ss il nostro legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento una prima completa disciplina volta a tutelare i consumatori. In un'epoca come la nostra che vede il capitalismo ormai in uno stato maturo, il controllo amministrativo non deve comunque diventare un controllo dirigistico. Quello della Commissione Europea delinea un ordinamento in cui viene sostituita la tradizionale logica di atto autoritativo con una di concertazione tra pubblico e privato. E solo in questo modo è possibile giungere ad un equilibrio di interessi tra libera iniziativa d'impresa e tutela del contraente debole.

Occupandoci ora in particolare della nullità delle clausole contrattuali contrari all'ordine pubblico economico, dobbiamo partire dall'art. 1229 c. 2 c.c. il quale prevede, a proposito delle clausole esoneratrici e limitatrici della responsabilità del debitore che cosa costituiscono violazioni di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

Una clausola nulla ex art. 1229 c. 2 è priva di qualsiasi effetto. Per ciò che riguarda la disciplina specifica della tutela del consumatore, questa appesantisce la disciplina generale, in quanto le regole restrittive colpiscono anche che escludono la responsabilità per colpa lieve o senza colpa. Nei contratti standard, ad esempio, predisposti unilateralmente, ogni clausola deve essere specificamente sottoscritta dalla controparte (art 1341 c. 2). Sono considerate inoltre vessatorie, e quindi nulle, le clausole di esonero o limitazione contenute nei contratti ex art. 1469-bis c. 3 n. 1-2, anche se negoziate dalle parti. Le norme appena citate sono nate come norme di ordine pubblico economico e che ormai dopo l'intervento del legislatore sono divenute norme imperative. È molto forte, come vedremo, l'interdipendenza tra norme di ordine pubblico economico e norme imperative.

Abbiamo sin qui trattato il rapporto tra consumatori ed imprese, e dunque la relativa disciplina di ordine pubblico economico, in particolar modo dal punto di vista degli standards negoziali; studiamo ora il rapporto tra ordine pubblico economico ed economia del diritto, sempre, però, per ciò che riguarda il campo della nullità del contratto del consumatore per contrarietà all'ordine pubblico economico e della sua possibile prevenzione.

Abbiamo già sostenuto quanto la legislazione nel nostro ordinamento sia piena di lacune e le garanzie siano del tutto marginali. Esistono settori in cui vi è una vera e propria lacuna legislativa, e settori, invece, ben disciplinati. Ad una politica del diritto, oggi, si chiede un'economia del diritto a tutela del consumatore, vale a dire si chiede un'ordinata programmazione d'interventi a tutela del consumatore. È questa una tutela che deve essere volta a particolari casi di esigenze come ad esempio quelle dei "weak consumers", e alla tutela delle minoranze socialmente discriminate.

Si pensi ancora a tutto ciò che riguarda la salute (art. 32 Cost.), fino ad arrivare al più volte ricordato art. 41 Cost. dove incontriamo i richiami essenziali per qualsiasi tecnica di sistemazione del mercato nell'interesse dei consumatori.

Affinché possa realizzarsi una perfetta consumer protection è necessario un intervento fondato sui commi 2 e 3 art. 41 Cost.

La stessa norma costituzionale rinvia a nuovi lavori della propria ratio legis, che per ciò che

riguarda il consumatore, molto resta da fare; tutto ciò anche grazie alle teorie concettuali agevolate dal grande sviluppo al quale stiamo assistendo negli ultimi tempi del concetto di ordine pubblico economico.

Questo concetto si dimostra molto importante per tutto quanto concerne la tutela dei contraenti deboli sole se, però, consideriamo l'idea di ordine pubblico economico lontana dalla visione della norma codicistica che guarda invece all'ordine pubblico (economico) come un divieto del singolo atto; anche se, è opportuno sottolineare che vi sono alcuni articoli del codice che dispongono mediante l'ordine pubblico (economico) alcune significative tutele dei consumatori. Il Bessone propone, per orientare l'ordine pubblico economico al di là del testo codicistico, di usare l'espressione ordine pubblico "economico" come sintesi per indicare obiettivi di "direzione" e "protezione" degli interessi generali da attribuire alla moderna legislazione nel settore dell'economia. Anche in questo caso è necessario assumere come modello i commi 2 e 3 art. 41 Cost.

Un esempio di legge di direzione è quello del campo dell'edilizia e del bene-casa. La funzione di protezione dell'ordine pubblico economico si pone, invece, su un piano macroeconomico e riguarda in modo particolare le clausole standards dei contratti di massa. Con l'introduzione del concetto di ordine pubblico economico, non bisogna creare una legislazione di tipo sporadico, ma anche in questo caso sarà necessaria una legislazione organica della materia.

In questo modo arriviamo a tratteggiare i caratteri di una politica del diritto che si trasforma in una vera e propria economia del diritto; esigenza questa ancor più sentita in un'epoca come la nostra in cui dominano continui cambiamenti di mercato ed innovazioni tecnologiche con tutte le conseguenze che ne derivano. Nella nostra epoca, infatti, segnata da un capitalismo ormai maturo, lo sviluppo tecnologico rappresenta certamente il fattore determinante della nostra società, questo determina al tempo stesso nuovi problemi di ordine pubblico (in particolare ordine pubblico economico) relativi alla tutela del consumatore, al fronte dei quali la legislazione "tradizionale" non è in grado di far fronte.

Questa evoluzione tecnologica crea problemi anche sul fronte degli standards negoziali, in quanto lo sviluppo comprende anche una nuova tecnologia nella mass distribution. Si aprono così nuove problematiche anche in tema di ordine pubblico economico che a fronte di queste nuove "realtà tecnologiche" già dagli anni Settanta è stato sostituito con il concetto di "ordine pubblico tecnologico".

Per realizzare il concetto di ordine pubblico tecnologico è necessario impegnare l'impresa all'osservanza del modo di svolgimento della sua attività di mercato.

È necessario, però, non dimenticare che nonostante tutte queste problematiche che si pongono per la tutela del consumatore, in nessun caso è ammissibile una forma di dirigismo dell'economia, ma è, anzi, necessaria una riflessione per trovare un punto di equilibrio tra tutela del consumatore e gli altri interessi di mercato.

§

M. BESSONE, Economia del diritto e ordine pubblico economico a tutela dei consumatori, in Giur. It, 1984, IV, p. 92;

M. BESSONE, Tutela del contraente debole e ordine pubblico economico- Il caso degli standards negoziali di impresa, in Giur. Merito, 1986, p. 1261;

G. B. FERRI, Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto, Milano 1970;

A. GUARNERI, Ordine pubblico, in Dig. disc. priv., XIII, Torino, 1995, ad vocem;

G. PANZA, Ordine pubblico I) Teoria generale, in Enc. Giur., XXII, Roma, 1990, ad vocem;

V. PERLINGERI, La personalità umana nell'ordinamento giuridico, Napoli, 1972;

V. ROPPO, Il contratto, Milano, 2001, p. 361 ss.