

UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA
IN DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE
XXVIII CICLO

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Enrico Quadri

TESI DI DOTTORATO

LE NULLITÁ RELATIVE DI PROTEZIONE

Tutor:
Chiar. mo Prof.
Domenico SINESIO

Candidata:
Dott.ssa
Laura LUCIANO

INDICE

CAPITOLO PRIMO DALLA NULLITÀ CODICISTICA ALLE NULLITÀ RELATIVE DI PROTEZIONE

- Introduzione.....1
1. Dalla nullità codicistica alle nullità relative di protezione: configurazione dogmatica. Eterogeneità degli interessi tutelati. Caratteristiche comuni. L'ordine pubblico a fondamento della nullità di protezione. Impossibilità di una *reductio ad unum*. p.5
2. Alcune ipotesi normative: la nullità relativa di protezione nei contratti tra professionista e consumatore. Caratteristiche e ambiguità della nullità prevista dall'art. 36 del Codice del consumo. L' art. 134 del Codice del consumo in materia di vendita di beni di consumo. I contratti di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori: la sanzione della nullità relativa a fronte della violazione di obblighi informativi.....p.22
- 2.1 (Segue) La nullità di protezione nella disciplina posta a tutela degli acquirenti di immobili da costruire: l'art. 2 del D. Lgs. 122/2005. La garanzia fideiussoria. Peculiarità ed interessi protetti p.37
- 2.2 (Segue) Nullità protettiva nei contratti bancari e nei contratti relativi a servizi finanziari p.44

CAPITOLO SECONDO LA RILEVABILITÀ D'UFFICIO DELLE CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI CON I CONSUMATORI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

1. La rilevabilità d'ufficio delle clausole abusive nei contratti con i consumatori nelle principali sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Il ruolo ed i poteri spettanti al giudice nazionale che accerti d'ufficio la presenza di clausole abusive. L'ampiezza del controllo giurisdizionale ed i criteri di valutazione dell'abusività delle clausole contrattuali. Le sentenze *Océano Grupo Editorial, Cofidis SA, Mostaza Claro e Pannon*. p.50
- 1.1. (Segue) Le sentenze *Asturcom Telecomunicaciones SL, Banco Español de Crédito SA, Banif Plus Bank Zrt e Jörös*.....p.64

2. L'integrazione del contratto: le sentenze *Kasler e Unicaja Banco SA*. Considerazioni finali..... p.76

CAPITOLO TERZO

IL PROBLEMA DELLA RILEVABILITÀ D'UFFICIO DELLE NULLITÀ DI PROTEZIONE NEL DIBATTITO DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE ITALIANO

1. L'art. 1421 c.c. e la discussa compatibilità tra legittimazione relativa all'azione prevista per le nullità di protezione e la rilevabilità d'ufficio..... p.83
2. La rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: questioni processuali..... p.95
 - 2.1. (Segue) Dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 14828 del 4 settembre 2012 alle sentenze a Sezioni Unite n. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014..... p.103

CAPITOLO QUARTO

LA CONVALIDA DELLE NULLITÀ DI PROTEZIONE

1. La "convalida" delle nullità di protezione: le soluzioni proposte dalla dottrina. L'impossibilità di ricorrere a soluzioni astratte e la necessità di valutare la convalida in relazione all'interesse tutelato dalla norma. Importanza dell'art. 1423 c.c. e significato della locuzione "se la legge non dispone diversamente".p.122
2. Il criterio della soddisfazione dell'interesse finale per l'ammissibilità della convalida delle nullità di protezione. p.133

BIBLIOGRAFIA..... p.141

INTRODUZIONE

Il ricorso sempre più frequente alle nullità relative di protezione, per far fronte all'emersione di nuove esigenze di tutela dei contraenti cd. "deboli", ha scardinato di fatto il principio della "monoliticità" della nullità codicistica, ritenuto per lungo tempo assolutamente inviolabile. Attraverso tali nullità, finalizzate alla tutela in via immediata di un interesse particolare, attinente alla parte debole del rapporto, e in via mediata di un interesse di natura pubblica o generale, quale, ad esempio, la sicurezza dei traffici giuridici e l'equilibrio del mercato, il legislatore sanziona il contraente "professionale" che ha violato in qualche modo le regole del gioco concorrenziale, sottraendogli il conseguente vantaggio economico ottenuto scorrettamente.

A differenza, quindi, dell'annullabilità, le nullità di protezione sono finalizzate non solo al riequilibrio delle posizioni delle parti in particolari settori della contrattazione, caratterizzati da squilibrio di forza economica e di potere contrattuale e da vistose asimmetrie informative, ma anche al raggiungimento dell'efficienza del mercato e alla correzione di squilibri macroeconomici.

Il presente lavoro è dedicato, anzitutto, all'analisi delle caratteristiche di tale istituto giuridico e della sua configurazione dogmatica, con l'esame delle principali ipotesi previste da varie norme di legge. Pur se la pluralità delle nullità di protezione ne impedisce, infatti, una *reductio ad unum* in quanto ognuna di esse mira a disciplinare vicende contrattuali con proprie peculiarità ed interessi di tipo diverso, si è evidenziato che le stesse possono comunque essere accomunate sotto il profilo della *ratio* protettiva nonché della fonte da cui traggono origine.

Ampio spazio è riservato, poi, al dibattito dottrinale e giurisprudenziale concernente la possibilità di rilevare d'ufficio tali forme di nullità, pur se, come è noto, a legittimazione relativa e pur nei casi in cui ciò non sia previsto espressamente dalla norma di tutela, alla luce dei principi espressi anche dalla Corte di Giustizia Europea.

Per garantire una tutela effettiva al contraente cd. debole, la Corte di Giustizia ha attribuito, infatti, al giudice nazionale il dovere di rilevazione officiosa delle clausole abusive anche in assenza di richiesta di parte, riconoscendogli poteri istruttori volti a consentire l'individuazione degli elementi di fatto e di diritto necessari a valutare l'esistenza, nel negozio, delle clausole abusive, sempre che il consumatore non vi si opponga espressamente. Tale dovere di rilevazione d'ufficio dell'abusività delle clausole rappresenta, nell'ottica della Corte, non solo uno strumento di protezione individuale ma anche un mezzo fondamentale per la realizzazione di interessi generali.

Analizzando l'impatto delle principali sentenze della Corte di Giustizia Europea sulle teorie dottrinali e giurisprudenziali italiane in materia, emerge che non vi sono argomenti risolutivi per escludere la compatibilità tra le nullità relative di protezione e la loro rilevabilità d'ufficio. Anzi, nel quadro normativo più recente si può asserire che la rilevabilità d'ufficio debba, ormai, essere considerata un connotato costante delle nullità di protezione, anche ove non sia espressamente prevista dal legislatore, in quanto rappresenta un mezzo attraverso il quale l'ordinamento può assicurare l'effettiva tutela degli interessi del contraente debole, ove questi non si accorga del vizio del negozio.

D'altra parte anche la Corte di Cassazione, nelle sentenze a Sezioni Unite del 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, ne ammette la rilevabilità d'ufficio in conseguenza della *ratio* di tutela, specificando che «se le

nullità di protezione si caratterizzano per una precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti), l'omessa rilevazione officiosa della nullità finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole»¹.

Le Sezioni Unite, aderendo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, riconoscono, quindi, che il rilievo d'ufficio operato dal giudice è ammissibile anche nell'ambito delle nullità di protezione, con l'unico limite di riservare tale rilievo al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità.

Viene esaminato, infine, il problema dell'ammissibilità della convalida delle nullità relative di protezione. Alla luce dell'art. 1423 c.c., si ritiene che il problema della convalidabilità delle nullità di protezione non ammetta soluzioni astratte e generali, ma debba essere risolto valutando attentamente gli interessi protetti dalla norma di tutela in relazione al singolo caso concreto ed al danno effettivo subito dal contraente protetto, a causa della pattuizione parzialmente o totalmente nulla.

Deve, quindi, ritenersi che qualora l'interesse protetto dalla normativa di tutela sia stato soddisfatto concretamente ed il contraente cd. debole non abbia subito alcun pregiudizio, la convalida sia ammissibile; qualora, invece, l'interesse finale tutelato dalla norma non sia stato in concreto soddisfatto, ed il contraente protetto abbia quindi subito un

¹ Cass. SS. UU. 12 dicembre 2014 n. 26242 su dirittocivilecontemporaneo.com

concreto pregiudizio, «la sanzione della nullità non può diventare disponibile, perché non è divenuta una tecnica sproporzionata o superflua rispetto all'interesse tutelato»².

² PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pag. 95.

CAPITOLO I

Dalla nullità codicistica alle nullità relative di protezione

Sommario: 1. Dalla nullità codicistica alle nullità relative di protezione: configurazione dogmatica. Eterogeneità degli interessi tutelati. Caratteristiche comuni. L'ordine pubblico a fondamento della nullità di protezione. Impossibilità di una *reductio ad unum*. 2. Alcune ipotesi normative: la nullità relativa di protezione nei contratti tra professionista e consumatore. Caratteristiche e ambiguità della nullità prevista dall'art. 36 del Codice del consumo. L' art. 134 del Codice del consumo in materia di vendita di beni di consumo. I contratti di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori: la sanzione della nullità relativa a fronte della violazione di obblighi informativi. 2.1 (Segue) La nullità di protezione nella disciplina posta a tutela degli acquirenti di immobili da costruire: l'art. 2 del D. Lgs. 122/2005. La garanzia fideiussoria. Peculiarità ed interessi protetti. 2.2 (Segue) Nullità protettiva nei contratti bancari e nei contratti relativi a servizi finanziari.

1. Dalla nullità codicistica alle nullità relative di protezione: configurazione dogmatica. Eterogeneità degli interessi tutelati. Caratteristiche comuni. L'ordine pubblico a fondamento della nullità di protezione. Impossibilità di una *reductio ad unum*.

Negli ultimi anni il legislatore è ricorso, spessissimo, alla nullità relativa di protezione, a fronte dell'emersione di nuove esigenze di tutela di particolari categorie di contraenti, scardinando di fatto il principio della "monoliticità" della nullità (codicistica), ritenuto per lungo tempo assolutamente inviolabile.

In realtà la nullità relativa è un istituto antico, presente già nel codice civile del 1865, ivi importato dal *Code civil* francese, e poi, con il codice civile del 1942, praticamente sostituito dal rimedio dell'annullabilità, sulla scia della Pandettistica tedesca³.

La configurabilità dogmatica di tale istituto è stata, però, a lungo osteggiata in dottrina poiché ritenuta «intimamente contraddittoria: un negozio produttivo di effetti per una delle parti, in guisa tale che questa non può sottrarsi, ancora più un negozio produttivo di effetti fra le parti, e improduttivo di effetti solo rispetto a certi terzi, non possono considerarsi negozi nulli, senza alterare la nozione di nullità»⁴.

³ Cfr. SARTORI N., *L'istituto della nullità relativa nel settore finanziario: dalla teoria alla pratica*, in *Rivista di diritto bancario*, Ottobre 2002, su www.dirittobancario.it, pag. 1, nota 1: «Il modello italiano è quindi sensibilmente diverso in tema di nullità relativa dal modello francese (GHESTIN J., *Le contract*, in *Traité de droit civil*, Parigi, 1980, pagg. 646 e ss.) in cui l'annullabilità viene denominata *nullité relative* e dove la [...] legittimazione opera come spartiacque tra *nullité absolue* e *nullité relative*. L'Inghilterra e gli Stati Uniti (*common law*) utilizzano una accezione di nullità (*voidness*) ed un'accezione di annullabilità (*voidableness*), così diverse dalle nostre, che risulta impossibile compiere dei paragoni. L'unica cosa che si nota è che nella *common law* è quasi impossibile ricondurre tutti i tipi di invalidità a due soli modelli concettuali; ogni caso concreto può essere affetto da un'invalidità particolare, quindi è molto facile ammettere la figura della nullità relativa. Specie in Inghilterra si nota un pullulare di rimedi soprattutto per quanto riguarda la annullabilità. Per la nullità sembra esserci una sola figura. Negli Stati Uniti le elaborazioni dottrinali del diritto hanno raggiunto un livello più avanzato rispetto all'Inghilterra. Sembrano esserci solo tre rimedi: nullità, annullabilità per vizio del consenso e annullabilità per incapacità di un contraente. In Germania (per la *Common Law* e la situazione tedesca si veda GALLO P., *Nullità e annullabilità in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1995, vol. XII, pagg. 310 e ss.) la situazione è più simile a quella anglosassone che a quella continentale: vengono utilizzati i concetti pandettistici della *Nichtigkeit*, operante *ipso iure* e rilevabile d'ufficio, e della *Anfechtbarkeit*, impugnabile dalla parte e che il giudice deve necessariamente dichiarare». Su tali confronti vedi anche GIOIA G., *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.* 1999, V, pagg. 606-607.

⁴ Cfr. SANTORO PASSARELLI G., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1997, pag. 247. Analogamente TOMMASINI R., *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, pag. 870, e CARIOTA FERRARA P., *Il Negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., pag. 344: «Grave controversia è in dottrina se possa ammettersi in linea logica e sistematica e se, in ogni caso, esista nel nostro ordinamento la nullità relativa, intesa come sottospecie della nullità vera e propria, e quindi da non confondere con l'annullabilità (a torto da taluni denominata, con evidente improprietà, nullità relativa). Tale sottospecie della nullità, per potersi raffigurare appunto come nullità, senza che si scivoli nell'annullabilità, deve distinguersi dall'altra sottospecie della nullità (la nullità assoluta) sol perché le manca il requisito della esperibilità dell'azione da parte di chiunque vi abbia interesse, in quanto in essa l'azione è esperibile unicamente da persone determinate. Gli altri requisiti devono concorrere: mancanza di effetti del negozio; impossibilità di convalescenza. In altri termini, nullità relativa è quella nullità che può farsi valere solo da determinati soggetti e non da altri: solo alcune persone sono attivamente legittimate a far valere la nullità. Grave errore è confondere con tale situazione quella, del tutto diversa, che sta nel non potersi la nullità (o invalidità in genere) far valere contro determinati soggetti: nella prima si ha la limitazione alla legittimazione attiva a far valere la nullità, nella seconda si ha limitazione dal punto di vista passivo. Si può ammettere che si è nella prima

Tale posizione si ancorava ad una visione “monolitica” dell’istituto della nullità codicistica, che autorevole dottrina qualificava, in termini unitari, come forma di invalidità conseguente alla lesione di interessi generali dell’ordinamento, e più specificamente, riscontrabile in presenza di un difetto strutturale della fattispecie negoziale, ovvero della sua illiceità⁵.

In verità già le regole dell’art.1421 c.c. (che a proposito della legittimazione all’azione, fa salve le “diverse disposizioni di legge”) e dell’art.1423 c.c. (per quanto concerne la sanatoria della nullità)

situazione quando si parla di una nullità che esiste solo rispetto a date persone, purché si intenda nel senso che solo queste possono invocarla. Così chiarita la nullità relativa, avvertiamo che essa è, comunque, una figura eccezionale: normale è la nullità assoluta. Perciò noi, nel riferirci a questa, abbiamo parlato semplicemente di nullità. Esaminiamo ora la nullità relativa, indagando se può concepirsi ed ammettersi. A nostro avviso no, e ciò sia che si guardi alla nullità in sé, sia che si guardino gli effetti del negozio relativamente nullo; una nullità che esiste per l’uno e non per l’altro è concetto falso o assurdo; l’essere e il non essere sono termini contrapposti; il negozio non può produrre effetti, ed invece questi devono valere come prodotti per tutti, se la parte che sola ha diritto alla pronunzia di nullità non crede di chiederla, ossia vale come avvenuto ciò che non è avvenuto». Cfr. anche CARRESI F., *Il contratto*, Giuffrè Editore, 1987, pagg. 627-632, ove si nega in modo assoluto l’opportunità di configurare la categoria della nullità relativa, data l’intima contraddittorietà che è connaturale a questo concetto. In senso ugualmente critico di fronte alla figura della nullità relativa v. anche PECCENINI F., *Sub art. 1421 c.c. in Simulazione. Nullità. Annullabilità del contratto in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, 1998, il quale afferma che: «Quanto più ci si sforza di connotare come autonoma la categoria astratta e, per così dire, sfumata, della nullità relativa, tanto più ci si avvicina a quella dell’annullabilità - relativa per espressa previsione normativa – cui talvolta è possibile ricondurre, superando l’improprio linguaggio di alcune decisioni giurisprudenziali, i casi presi in considerazione e risolti sotto l’egida della nullità relativa».

⁵ Tra gli altri, TOMMASINI R., *Nullità (dir. priv.)*, cit. e DE GIOVANNI B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, pagg. 90 e ss. Cfr. FREDA A., *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere - dovere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche giuridiche* 2/2/2013, Università Ca’ Foscari Venezia, in internet, pag. 585: «Originariamente si riteneva che il criterio distintivo tra nullità ed annullabilità fosse di natura quantitativa, che la nullità fosse caratterizzata dall’assenza o dal difetto di requisiti essenziali o costitutivi della fattispecie (e quindi, per questo, più grave), mentre l’annullabilità fosse caratterizzata dall’assenza o dal difetto di requisiti non essenziali o non costitutivi. Successivamente venne sostenuto il criterio qualitativo: la differenza era dovuta alla diversità della natura degli interessi tutelati, la nullità era la patologia evidenziata dal legislatore con riferimento a quelle situazioni incidenti negativamente su un interesse generale, pubblico, della collettività; l’annullamento, invece, era la patologia prevista dal legislatore con riguardo a quelle situazioni incidenti negativamente su un interesse particolare, privato, del singolo contraente. L’opinione un tempo pressoché pacifica assumeva l’unitarietà del fondamento della nullità, ravvisato sempre e solo nell’esigenza di tutela del pubblico interesse, contrapposto ed astratto rispetto a quello individuale dei contraenti, e corollario di tale considerazione era *in primis* che la nullità operava indipendentemente dalla reazione della parte lesa con la conseguenza della possibilità di rilevarla d’ufficio, con legittimazione cioè assoluta e non relativa, all’opposto il contratto era annullabile solo su iniziativa di parte e non d’ufficio e la legittimazione era riservata alla parte che avesse subito il vizio della volontà. Nel rigore di quella rappresentazione concettuale non vi era spazio per riconoscere rilievo formale alla peculiare *ratio* normativa di nullità poste a speciale tutela di un contraente».

lasciavano presagire l'insostenibilità del dogma dell'unitarietà della categoria dell'invalidità⁶.

Tuttavia il superamento definitivo della dogmatica tradizionale della nullità negoziale è sicuramente dovuto alla più recente legislazione

⁶ In tal senso, cfr. VENOSTA F., *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, Milano 2004, pagg. 186 e ss.; SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, pag. 506; Id., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pag. 211; PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano 1995, pagg. 41 e ss.; MONTICELLI S., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1995, pagg. 11 e ss.; TOMMASINI R., *Nullità (dir. priv.)*, cit., pagg. 873 e ss. Cfr. anche GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, 2008, pag. 19: «Si nota la presenza, nella disciplina della nullità, di diverse clausole di respiro, che sembrerebbero autorizzare già di per sé alcune deviazioni rispetto allo schema prestabilito al quale ormai siamo soliti riferirci in tema di invalidità: si possono citare, a tale proposito, l'incipit dell'art. 1418 c.c. ed anche l'art. 1423 c.c. È da riconoscere comunque che il sistema delle invalidità vigente sembrerebbe un sistema aperto, potenzialmente suscettibile di accogliere al suo interno anche figure diverse da quelle tradizionalmente concepite». Così anche SACCO R., *Le invalidità*, in Sacco – De Nova, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, Torino 1993, pag. 500: «Formulare una dottrina unitaria della nullità del contratto (come effetto del vizio del contratto stesso) è forse ancora più difficile che formulare una dottrina unitaria dei vizi del contratto capaci di condurre quest'ultimo alle nullità. Forse allo stato attuale della concettualizzazione la nozione di nullità dell'atto deve essere adoperata come puro medio logico, che viene dopo il vizio (causa della nullità) e precede la descrizione dell'incidenza del vizio sull'efficacia del contratto (carenza di effetti, o divergenza tra gli effetti voluti e quelli operati)».

speciale⁷, soprattutto di derivazione comunitaria⁸, ove le numerose fattispecie di nullità relative di protezione hanno indotto dottrina⁹ e

⁷ GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit. pag. 419: «Prima dell'avvento massiccio della normativa speciale, gli sforzi degli interpreti che tentavano di dare una qualche legittimità al concetto di nullità relativa erano concentrati soprattutto nello studio della disciplina del regime dotale, che è rimasto in vigore fino alla riforma del diritto di famiglia del 1975, e specialmente dell'art. 190 c.c., in tema di nullità dell'alienazione della dote. L'articolo, invero, prevedeva testualmente la possibilità per il marito, e solo per il marito, di far dichiarare, durante il matrimonio, la nullità dell'alienazione o dell'obbligazione della dote che non fosse stata permessa nell'atto di costituzione o autorizzata dal tribunale, e costituiva perciò uno dei casi più lampanti di nullità azionabile solo da un determinato soggetto indicato dalla legge. Altra ipotesi nota di "nullità relativa" era rappresentata dal disposto dell'art. 780 c.c. – in tema di nullità della donazione fatta al figlio naturale non riconoscibile – il quale se al comma 1 recitava espressamente: "E' nulla la donazione fatta dal genitore al figlio naturale, se la filiazione non può essere riconosciuta o dichiarata", al comma 3 stabiliva testualmente: "La nullità può essere fatta valere dal donante, dai suoi discendenti legittimi o dal coniuge". È interessante notare che già allora la dottrina si chiedeva come conciliare la singola previsione di legge con il sistema generale. Dalla lettura di alcuni scritti dedicati specificamente all'argomento emerge anzitutto che, data la novità del problema e la sua portata "scardinante", fino a tempi non molto lontani non vi era davvero concordia sul concetto stesso di "nullità relativa", tanto che con questo nome si finiva per indicare in generale tutti i casi in cui per un motivo o per l'altro il legislatore aveva previsto delle deviazioni dal regime della nullità codicistica. Vi venivano fatte rientrare, dunque, oltre alle ipotesi in cui vi erano limitazioni della legittimazione ad agire, anche i casi di impedimento temporaneo a far valere la nullità come quello dell'art. 117 c.c.; o le previsioni di termini prescrizionali eccezionalmente brevi per l'esercizio del potere di autotutela, come quelle dell'art. 3, comma 4, della Legge n. 1692/1936, o dell'art. 4 della Legge n. 604/1966; o ancora il riconoscimento *de facto* di rapporti che trovano la loro fonte in negozi nulli, di cui sarebbero esempi l'art. 2126 c.c. e l'art. 3, comma 2, della Legge n. 756/1964. Una nota dottrina individua addirittura almeno undici accezioni in cui il termine "nullità relativa" si trovava utilizzato, e tra esse alcune si rapportavano alla nullità vera e propria, altre concernevano l'invalidità in generale, altre ancora chiamavano in causa l'istituto della annullabilità. A dire il vero, già al tempo non mancavano indicazioni autorevoli nel senso di circoscrivere il concetto di nullità relativa entro i confini che oggi comunemente gli vengono assegnati».

⁸ GIOIA G., *Nuove nullità relative*, in *Contratto e impresa*, 1999, pag. 1334. Cfr. ALBANESE A., *Contratto Mercato Responsabilità*, Giuffrè editore, 2008, pag. 63: «Da questo punto di vista assume un significato emblematico l'introduzione nel nostro ordinamento di ipotesi di nullità di protezione per effetto di una imponente legislazione speciale che negli ultimi anni, spesso in attuazione di direttive comunitarie, ha modificato alcune caratteristiche della nullità, che tradizionalmente la distinguevano rispetto ad altre forme di invalidità sia dal punto di vista degli interessi protetti sia sul piano della tecnica di tutela. Proprio nella misura in cui l'ordinamento rinuncia a imporre una regolamentazione eteronoma del rapporto contrattuale, lasciando tale compito al mercato, si pone infatti la necessità di regole di invalidità che impediscano al contratto di produrre effetti che, pur voluti dai contraenti, non costituiscono reale manifestazione dell'autonomia di entrambi, ma trovano origine in situazioni di disuguaglianza sostanziale nelle quali la libertà di scelta di uno di essi sia stata significativamente compromessa. Ne consegue un nuovo regime dell'invalidità che si giustifica in ragione del nuovo modo di intendere e di concepire, anche nell'ambito del diritto privato, i rapporti tra l'ordinamento statale e l'iniziativa economica privata».

⁹ Cfr. BONFIGLIO G., *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pag. 871; QUADRI R., *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contratto e impresa*, 2001, pagg. 1143 e ss. Cfr. anche FREDA A., *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, cit., pag. 584: «La formula "nullità di protezione" è stata adottata dopo circa un decennio che la fattispecie esisteva come caso di inefficacia, dal legislatore nella rubrica della disposizione del Codice del consumo che modifica in nullità la sanzione contro le clausole vessatorie (il caso dai più ritenuto paradigmatico). A partire dagli anni Ottanta la normativa comunitaria sugli scambi ha moltiplicato le forme di protezione di situazioni seriali di debolezza contrattuale: consumatori, utenti di servizi, ma anche imprese minori. Non si tratta, però, di una debolezza di natura socio-economica, ma tecnica:

giurisprudenza a considerare la «nullità non più come categoria unitaria, sotto il profilo del fondamento sostanziale e del conseguente trattamento giuridico, bensì come disciplina di effetti del contratto rilevante, in tutto o in parte, non congruenti col regolamento posto dai privati, tramite congegni tecnici differenziati, in ragione della diversa composizione di interessi gradatamente realizzata dalla norma»¹⁰.

«Si è, così, giunti a ritenere che la nullità debba essere [...] coniugata al plurale e che in luogo della nullità debba parlarsi, oggi, delle nullità: diverse categorie di invalidità, ciascuna delle quali soddisfa interessi diversificati, e come tale riceve anche una disciplina differenziata in termini di legittimazione all'azione, rilevabilità d'ufficio, prescrivibilità, sanabilità, opponibilità ai terzi»¹¹, a seconda delle esigenze di tutela di interessi ritenuti meritevoli dal legislatore¹², nelle situazioni di strutturale debolezza contrattuale di una delle parti e alla luce del complessivo contesto in cui si realizza la concreta operazione economica.

L'avvento delle nullità relative di protezione ha determinato, quindi, il passaggio da una costruzione monolitica della nullità ad una costruzione variegata e differenziata¹³, in cui appare, peraltro, fortemente

debolezza del ruolo negoziale per ragioni di informazione, distanza, sorpresa, uso di tecnologie, pratiche sleali delle imprese, dipendenza economica, e simili».

¹⁰ PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, cit. pag. 11.

¹¹ PETRELLI G., *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente (D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122)*, Milano, 2005 pag. 237.

¹² PERLINGIERI G., *Atti dispositivi "nulli" e acquisto dell'eredità. Contributo allo studio della gestione conservativa*, Napoli, 2002, pag. 92: «Si tratta di interessi che, sebbene facciano capo ad una parte contraente nella dimensione della tutela individuale, hanno al tempo stesso una rilevanza di carattere generale che giustifica la sanzione della nullità».

¹³ SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., pagg. 489 e ss.: «Da strumento astratto e irrelato (la nullità) è divenuta in prospettiva europea un rimedio sempre più dipendente e relato, cioè conformato, quanto a struttura e funzione, ma anche nel suo fondamento sostanziale, dal tipo di operazione contrattuale posta in essere, valutata sia dal punto di vista dello specifico assetto di interessi in gioco che sotto il profilo della particolare posizione delle parti coinvolte e della natura dei beni e servizi dedotti; si dà origine ad un processo di frammentazione della categoria in una pluralità e molteplicità di modelli e corrispondenti statuti normativi, assai spesso eterogenei e distanti tra loro». Sul punto cfr.: PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, cit., pag.174; RABITTI M., *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, pagg. 133 e ss.; LA SPINA A., *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle*

ridimensionata la distinzione fra nullità e annullabilità, sia in termini dogmatici che di normativa applicabile¹⁴.

Attraverso lo strumento delle nullità relative di protezione, finalizzate alla tutela in via immediata di un interesse particolare, attinente alla parte debole del rapporto¹⁵, e in via mediata di un interesse di natura pubblica o generale, quale, ad esempio, la sicurezza dei traffici giuridici e l'equilibrio del mercato, il legislatore sanziona il contraente professionale che ha violato le regole del gioco concorrenziale, sottraendogli la disponibilità degli effetti negoziali ed il conseguente vantaggio economico ottenuto scorrettamente¹⁶.

transazioni commerciali, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pagg. 148 e ss.; GENTILI A., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, pag. 203; GIOIA G., *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, cit., pag. 600; PUTTI P.M., *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1999, pagg. 673 e ss.

¹⁴ Cfr. D'AMICO G., *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Giappichelli Editore, Torino 2009, pag. 2: «Quel che è in discussione è lo stesso statuto teorico e concettuale intorno al quale era (ri)costruito, sino a poco tempo fa, il sistema delle invalidità negoziali e le varie figure che lo componevano. Vacillano principi che si ritenevano fondamentali di questo sistema, come ad es. (almeno per quel che riguarda il nostro ordinamento), il principio di tipicità delle cause di annullabilità del negozio, in primo luogo dei vizi del consenso, e il principio della inderivabilità della nullità dalla violazione di regole di correttezza/buona fede. Vacilla la distinzione stessa su cui quel sistema era stato elaborato, ossia la distinzione tra nullità e annullabilità. Distinzione che in passato era sembrata così radicale da indurre financo qualche autore a revocare in dubbio che le due figure potessero essere ricondotte al medesimo *genus*, laddove oggi si registra un ravvicinamento tra nullità e annullabilità, tutto misurato (in alcune prospettazioni, almeno) proprio sul terreno della scoperta secondo la quale anche un negozio nullo avrebbe idoneità a produrre gli effetti suoi propri». Cfr. anche POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli 2001, pagg. 12 e ss.; LONGU T., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, pag. 384. Sul ridimensionamento della distinzione tra nullità e annullabilità cfr. anche: DI MAJO A., *La nullità*, in A. Di Majo, G.B. Ferri e M. Franzoni (a cura di) *Il contratto in generale in Tratt. Dir. Priv., Bressone*, XIII, 7, Torino 2002 pagg. 54 e ss.; FRANZONI M., *Il contratto annullabile*, in A. Di Majo, G.B. Ferri e M. Franzoni (a cura di) *Il contratto in generale in Tratt. Dir. Priv., Bressone*, XIII, 7, Torino 2002.

¹⁵ D'AMICO G., *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, cit. pagg. 12 e ss.: «Soprattutto la legislazione a tutela dei consumatori ha comportato al riguardo il ricorso sempre più frequente all'uso della nullità in contesti caratterizzati: a) dalla circostanza che il rimedio invalidatorio (nella predetta forma della nullità) sia utilizzato allo scopo di fornire protezione in via diretta e immediata all'interesse di uno dei contraenti, prima ancora e a parte la tutela assicurata anche a interessi di carattere generale; ciò che, sul terreno della disciplina, si traduce nella riserva della legittimazione (a fare valere la nullità) in capo al solo contraente protetto; b) dalla circostanza che la nullità si presenti non tanto come nullità del contratto nella sua interezza (non essendo, per lo più, interessati gli elementi essenziali dell'atto) quanto piuttosto come nullità di singole clausole (nullità parziale necessaria)». Sulla nullità parziale necessaria, vedi *infra*.

¹⁶ BONFIGLIO G., *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, cit., pag. 871; LA SPINA A., *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., pag.

A differenza, quindi, dell'annullabilità (posta a tutela di un mero interesse individuale)¹⁷, le nullità di protezione sono finalizzate non solo al riequilibrio delle posizioni delle parti in particolari settori della contrattazione, caratterizzati da squilibrio di forza economica e di potere contrattuale¹⁸ e da vistose asimmetrie informative, ma anche al

117; SCALISI V., op. cit., pag. 467. Cfr. ALBANESE A., *Contratto mercato e responsabilità*, cit., pag. 74: «Queste nuove regole di invalidità sono quindi volte a proteggere uno dei contraenti in ragione del fatto che in determinate situazioni proprio la contrattazione secondo i meccanismi del mercato lo espone agli abusi della controparte, rivelando l'inadeguatezza di un trattamento normativo, che non differenzia in alcun modo le parti in nome di una concezione ormai superata dell'autonomia contrattuale. La parità puramente formale tra i contraenti si rivela infatti insufficiente a garantire l'effettiva libertà contrattuale in una società dei consumi di massa, nella quale i comportamenti dei singoli sono fortemente condizionati dalla evoluzione complessiva del sistema economico, in cui ciascuno è parte di un meccanismo più ampio. Assume quindi rilevanza il difetto di determinati presupposti economici, che nel caso concreto non consentono ai soggetti svantaggiati di partecipare alla circolazione giuridica senza dover subire l'abuso della parte economicamente più forte. La disciplina specificamente diretta a regolare gli scambi in queste situazioni non vuole, peraltro, modificare l'assegnazione iniziale delle risorse, ma mira a impedire che questa sperequazione incida sulla libertà contrattuale, generando ulteriore squilibrio. In questa situazione si assiste anche a un mutamento nel ruolo dell'ordinamento statale nei confronti dei privati, i quali non devono più proteggersi dalle sue ingerenze, ma ne invocano l'intervento a garanzia della loro libertà rispetto al gioco spontaneo delle forze economiche, che ove fossero lasciate a se stesse, non riuscirebbero a generare rapporti contrattuali che siano espressione dell'autonomia di entrambi i contraenti. Il mancato esercizio di un'effettiva libertà negoziale giustifica la previsione di norme speciali, che regolano rapporti connotati da una diversa forza contrattuale e che postulano una valutazione del giudice con riguardo non soltanto all'equilibrio oggettivo dell'assetto che le parti hanno dato ai loro interessi, ma anche alla loro situazione soggettiva. Il controllo sull'esercizio dell'autonomia privata realizza così una tutela del contraente debole che non resta circoscritta nell'ambito di tipologie e categorie contrattuali determinate, ma si estende a una serie indefinita di rapporti, assoggettandoli a una disciplina che, salvo eventuali integrazioni e/o deroghe relative a ipotesi più specifiche, è per tutti uniforme».

¹⁷ POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., pag. 17, nota 11: «La strutturalità dello squilibrio fra le parti che si manifesta nella fase formativa del contratto vale a giustificare il ricorso alla disciplina della nullità, ponendosi viceversa l'annullabilità come strumento di reazione ad una situazione di inferiorità occasionale, frutto di una evenienza anomala». Cfr. DOLMETTA A.A., *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Contr. e Impresa*, 2004, pag. 84: «Anzitutto si ammette ormai in gran prevalenza che la rilevanza del vizio di nullità solo a vantaggio di una delle parti non contraddice affatto, non intacca le componenti strutturali dell'istituto della nullità: la nullità relativa rimane ben lontana dall'annullabilità come pure da gran parte delle diverse ipotesi di inefficacia in senso stretto. Inoltre tali nullità tutelano anche interessi pubblici e di protezione»; Cfr. anche PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012 pag. 14 nota 3: «Non mancano tentativi di conservare detta bipartizione, riconducendo le nullità di protezione nell'alveo dell'annullabilità. A titolo esemplificativo si richiama quella posizione invalsa in Giurisprudenza (cfr. Trib. Verona, 1 ottobre 2009 su www.ilcaso.it) che nel ricostruire la disciplina delle nullità di protezione qualifica le stesse in termini di annullabilità rafforzata. Non sembra concretamente perseguibile una prospettiva che proprio al fine di tenere ferma la linea di demarcazione tra la nullità e l'annullabilità muova dal binomio 'nullità / interessi pubblici' 'annullabilità / interessi privati'. Sembra infatti ormai acquisita l'idea secondo la quale nelle nullità di protezione trovino composizione interessi di varia natura».

¹⁸ GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, pagg. 329 e ss. «È la nuova attenzione alla tutela dell'interesse di una parte

raggiungimento dell'efficienza del mercato e alla correzione di squilibri macroeconomici¹⁹.

È per tale ragione che la dottrina maggioritaria riconduce la *ratio* di tali nullità al concetto di ordine pubblico di protezione²⁰ e di direzione²¹.

del contratto, quella che si può definire “debole” in quanto dotata di minore competenza tecnica rispetto alla controparte o in quanto comunque addivenga a contrarre in presenza di circostanze potenzialmente svantaggiose, che caratterizza la legislazione *de qua* e ne condiziona i contenuti. Tutte queste norme fanno parte a loro volta di un più esteso fenomeno che ha portato negli ultimi tempi a riconoscere una indiscussa centralità al profilo dell'equilibrio contrattuale e della giustizia sostanziale, sul piano generale delle negoziazioni: si assiste, cioè, ad un progressivo spostamento dell'attenzione del legislatore, ma anche degli interpreti, dal problema del c.d. squilibrio normativo, a quello più ampio dello squilibrio economico. Ne discende che nel contesto descritto le nuove fattispecie di invalidità possono essere lette come una forma di ultima garanzia per l'ottenimento dell'assetto auspicato dal sistema, nel senso che permettono di raggiungere un riequilibrio della negoziazione almeno *ex post*, nei casi ove non sia possibile attraverso l'utilizzo di altri mezzi superare il divario di conoscenze tecniche che separa il privato che addivene alla contrattazione dalla controparte professionale o, comunque, ridurre quelle circostanze di rischio che caratterizzano oggettivamente la tipologia di contrattazione adottata nel caso concreto».

¹⁹ LA PORTA U., *Limiti all'autonomia nei contratti di scambio*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, Atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato, Milano, 2002, pag. 178: «L'osservazione delle scelte di politica legislativa degli ultimi anni confermano che al di là delle affermazioni di principio, il legislatore è consapevole dell'idea che il mercato abbia bisogno di correttivi e che dunque non abbia in sé la capacità di raggiungere l'ottimo nell'equilibrio sostanziale tra le parti. Ha bisogno di regole che non soltanto orientino ma correggano la scelta di contrarre, rafforzando la posizione della parte debole attraverso la predisposizione di norme imperative che certamente testimoniano la sussistenza concreta di un interesse pubblico al corretto funzionamento delle contrattazioni sotto il profilo della parità di condizioni nell'accesso all'affare da parte di tutti i contraenti». Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pag. 53: «Pertanto l'interesse protetto da tali nullità non si presta ad essere classificato secondo la dicotomia pubblico-privato, poiché è pubblico e privato al tempo stesso: pubblico in quanto la repressione di forme di squilibrio abusivo crea le condizioni per promuovere un modello di mercato pienamente concorrenziale, ispirato alla lealtà delle contrattazioni ed al principio di proporzionalità, privato, in quanto il ripristino di un equilibrato assetto negoziale genera, nella prospettiva del singolo scambio, un vantaggio per il contraente considerato meritevole di tutela». Cfr. anche POLIDORI S. *Nullità di protezione*, in *Rass. Dir. Civ.* 2009, pag. 1027, il quale osserva che: «Le nullità di protezione sono irriducibili alla dicotomia pubblico-privato poiché si tratta di patologie tese ad attuare un interesse riferibile al mercato inteso non quale astrazione ma sintesi delle legittime aspettative degli operatori che quotidianamente ne sono protagonisti: un interesse destinato ad intrecciarsi inestricabilmente con quello che a livello microeconomico muove il singolo contraente ad invocare la caduta o il riequilibrio della regola contrastante con la comminatoria».

²⁰ Cfr. GIOIA G. *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, cit., pag. 607.

²¹ Cfr.: ARENIELLO A., *Ordine pubblico e funzione notarile*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, Atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato, Milano, 2002, pagg. 344-345: «Intendiamo riferirci al cosiddetto ordine pubblico economico, nota formula con la quale si è inteso esprimere il ruolo primario assolto dall'intervento pubblico sull'economia e sull'iniziativa privata. Quest'ultima dovrebbe considerarsi assistita, protetta, pianificata attraverso un complesso di misure positive e negative tese a favorire un diretto intervento dello Stato in materia economica, anche in funzione di un'efficace politica sociale. Riconosciuto all'ordinamento giuridico un ruolo condizionante dell'economia, si è ulteriormente distinta nell'ambito dell'ordine pubblico economico, accanto ad una funzione di direzione, una funzione di protezione la quale assolve alla medesima funzione propria dell'ordine pubblico e in questa va pertanto ricompresa»; PASSAGNOLI G., *Responsabilità notarile*,

E' nell'ottica dell'ordine pubblico di protezione²² che il legislatore interviene per disciplinare, infatti, non tanto la fattispecie negoziale quanto il rapporto economico caratterizzato da uno squilibrio delle posizioni delle parti, facendo sì che la nullità costituisca non più una mera

nullità relativa e clausole vessatorie, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pag. 462; PERLINGIERI G., *Funzione notarile e clausole vessatorie, A margine dell'art. 28 L.16 febbraio 1913, n.89*, in *Rass. Dir. civ.*, 2006, III, pagg. 829-830, nota 46: «Del resto la protezione del consumatore è finalizzata alla realizzazione dell'ordine pubblico (non soltanto) economico, di uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, nonché all'ottimizzazione dei mercati (cd. ordine pubblico di protezione, di struttura e di direzione economica). Infatti la sanzione prevista per la clausola vessatoria avvantaggia la collettività in genere perché consente un funzionamento più equo del mercato di cui si giovano anche gli imprenditori, in quanto penalizza chi falsa la concorrenza utilizzando clausole contrattuali sperequative»; GENTILI A., *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.* 2005, II, pag. 272: «Se le leggi proteggono i consumatori non è soltanto per offrire un rimedio giuridico alla tutela dell'interesse individuale pregiudicato, ma anche perché in negoziazioni di tipo seriale, dalle quali dipende l'efficienza del mercato, il legislatore non può rimanere indifferente alle inefficienze che sorpresa, disinformazione e abusi producono. E questo è un interesse generale, espressione dell'ordine pubblico di direzione e non solo della sola protezione di una parte»; BONFIGLIO G., *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, cit., pag. 870: «Resta fermo il rilievo per cui scopo immediato e prioritario della nullità relativa al pari della nullità assoluta è la tutela dell'interesse generale, salvo il particolare atteggiarsi della prima dovuto o all'interferenza di un interesse esterno individuale, di gruppo, statale, ovvero all'essere il soggetto legittimato nella situazione considerata, l'occasionale depositario di un interesse fondamentale»; STUDIO n. 237-2006/C, *Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio*, (estensori BEVILACQUA E. - LABRIOLA M.), Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 13 maggio 2006, su www.notariato.it, pag. 20: «Una parte della dottrina ha osservato una costante in ordine agli interessi tutelati. Tendenzialmente le leggi che prevedono le nullità in oggetto sono dettate in prima battuta per tutelare gli interessi del contraente debole ed in seconda battuta (ossia di riflesso) per tutelare interessi di natura pubblica o generale. Al riguardo, si è parlato non solo di ordine pubblico di protezione ma anche di ordine pubblico di direzione».

²² PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 50: «Come sostenuto da parte della dottrina e dalla stessa Corte di Giustizia, le norme in materia di clausole vessatorie sono norme imperative di tipo proibitivo, poste anche a tutela dell'ordine pubblico economico e di interessi prioritari generali come l'esigenza di un corretto funzionamento del mercato, quale garanzia di un libero e leale competere fra imprese, e la solidarietà costituzionale e comunitaria». Cfr. al riguardo Corte Giust. 26 ottobre 2006 c. 168/05 *Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium SL*, in *Rep. Foro. It.*, 2006, voce *Unione Europea e Consiglio d'Europa* n. 1638, Corte Giust. 6 ottobre 2009 c.40/08, *Asturcom telecomunicaciones SL c. Rodriguez Nogueira* in *Foro.it* 2009 c. 29 e ss., che saranno analizzate nel secondo capitolo.

sanzione civilistica²³, bensì un nuovo strumento di protezione finalizzato ad evitare comportamenti “abusivi”²⁴ da parte del contraente forte.

«Il singolo contraente è, dunque, protetto solo indirettamente attraverso la protezione di una più ampia categoria sociale²⁵. Ecco perché la nullità relativa si identifica generalmente con le così dette nullità di protezione²⁶, disposte nell’interesse di una determinata parte in quanto appartenente ad una categoria sociale meritevole di tutela nei confronti dell’altra. Il legislatore si propone, dunque, come colui che riequilibra lo *status* di inferiorità giuridico-economica di alcuni contraenti. Ciò può trovare riscontro costituzionale nel secondo comma dell’art. 3 della Costituzione Italiana, dove si afferma che “E’ compito della Repubblica

²³ GUARNERI A., *Linguaggio legislativo nuovo e categorie ordinanti tradizionali*, in *Rivista di diritto privato, Saggi e pareri* 3/2009, pagg. 54 -55: «La riflessione dottrinale, rilevata la profonda differenza in proposito tra codice e normativa post-codice, porta a concludere per una “mutazione genetica della categoria” della nullità, che si trasforma da strumento essenzialmente demolitorio a tecnica costruttiva di graduazione della efficacia del contratto, variamente modulandola sia in estensione che in intensità, con la predisposizione di regimi contrattuali duttili ed elastici, che vanno dalla esclusione di ogni effetto come nel caso di intese vietate, sino all’attribuzione di effetti pieni e completi, sebbene rimovibili, come nelle ipotesi di nullità disposte a vantaggio e a favore di una sola parte».

²⁴ Abuso che si verifica frequentemente nei casi in cui il contraente cd. debole è costretto a sottoscrivere le clausole predisposte unilateralmente dal contraente forte per concludere l’affare desiderato.

²⁵ GENTILI A., *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di Gabrielli E., Torino, 1998, pag. 1350: «L’esame delle nullità di protezione conduce per lo più a constatare casi di invalidità relativa giustificabili anzitutto in considerazione degli interessi di un contraente. Ma di interessi che è inappropriato definire particolari, sia perché seriali, e quindi largamente generalizzati, sia perché intrecciati con l’interesse generale di una società di massa che richiede, per il proprio equilibrio, tutele dei contraenti deboli e regole dell’agire economico». Cfr. ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, pag. 21: «Accanto a norme che hanno riguardo esclusivamente alle esigenze generali della collettività, contrapposte agli interessi individuali dei contraenti, vanno considerate altre norme nelle quali la tutela di una delle parti, a seconda dei casi, costituisce il mezzo per realizzare un obiettivo di utilità sociale o addirittura si identifica direttamente con lo stesso risultato perseguito dall’ordinamento. Anche l’interesse individuale può essere tutelato in modo indisponibile, posto che il legislatore non incontra limiti di sorta nella scelta degli interessi da proteggere mediante l’emanazione di norme imperative».

²⁶ La nullità di protezione si innesta nel percorso più ampio già tracciato, anche se in modo molto più flebile, dalla c.d. “nullità relativa”, caratterizzata dalla deroga al principio della legittimazione generale all’azione. Occorre tuttavia sottolineare che non tutte le nullità di protezione sono nullità relative. Cfr. PAGLIANTINI S., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Persona e mercato* 2014, 4, pag. 218: «Di qui una notazione, però, soltanto all’apparenza lessicale: le SS.UU. discorrono indifferentemente di nullità relative, protettive o speciali. Ebbene, in un contesto dottrinale, com’è arcinoto, nel quale nullità che giovano al consumatore si alternano ad altre ove la legittimazione è testualmente relativa, un rigore terminologico potrebbe tornare utile, non foss’altro in termini di pulizia concettuale».

rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". E' quella che la dottrina giuridica pubblicistica ritiene eguaglianza sostanziale, il cui responsabile principale sembra proprio essere il legislatore ordinario»²⁷.

La legittimazione relativa, che costituisce la regola generale in tema di nullità di protezione, più che prova della natura individuale e disponibile dell'interesse, è prova, quindi, della necessità di impedire un utilizzo "abusivo" della patologia negoziale da parte del contraente forte, in danno del contraente protetto dalla norma di tutela²⁸.

Il rapporto tra nullità assoluta e nullità relativa di protezione, secondo la dottrina maggioritaria (e la giurisprudenza più recente)²⁹, non sarebbe riconducibile a quello di regola ed eccezione ma di genere a specie³⁰, cosicché le norme codicistiche andrebbero applicate nella misura

²⁷ SARTORI N., *L'istituto della nullità relativa nel settore finanziario: dalla teoria alla pratica*, cit., pagg.3 - 4. Cfr. PERLINGIERI G., *Funzione notarile e clausole vessatorie, A margine dell'art. 28 L.16 febbraio 1913, n.89*, cit., pag. 839: «Tali nullità rientrano nella categoria dell'ordine pubblico di protezione e direzione economica, nonché nei principi generali di rilievo primario costituzionali e comunitari». Cfr. anche POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., pag. 33, che evidenzia che le nullità di protezione sono previste «nell'ambito di una tendenza legislativa a favorire, nel contempo, l'interesse di molti (consumatori, utenti, imprese) alla trasparenza, correttezza ed equità nelle relazioni commerciali (interesse che può definirsi pubblico, ma non superindividuale), e quello del singolo contraente che può invocarle. Si profila, nella disciplina delle invalidità di derivazione comunitaria, l'intersezione fra la tutela dei meccanismi di mercato e quella del contraente debole, le quali, lungi dal porsi in contrapposizione, trovano una significativa confluenza nell'art. 41 Cost., che subordina la garanzia dei primi all'utilità sociale e ai valori fondamentali della persona».

²⁸ Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità relative e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit. pag.15.

²⁹ Cass. SS. UU. 26243/2014, cit.: «E proprio in conseguenza degli interventi della Corte di Giustizia sembra destinata a restare definitivamente sullo sfondo, senza assumere il rilievo che parte della dottrina ha cercato di attribuirvi, la nozione di nullità relativa intesa come realizzazione di una forma di annullabilità rafforzata (di cui è traccia nel non condivisibile *decisum* di questa Corte, nella sentenza 9263/2011) anziché come *species* del più ampio *genus* rappresentato dalla nullità negoziale».

³⁰ In tal senso anche FREDA A., *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, cit. Cfr. STUDIO n. 237-2006/C, *Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio*, cit., pag. 20: «La stessa dottrina ha proseguito il ragionamento affermando che le norme che prevedono nullità di protezione (in genere, siano esse nullità relative o nullità assolute) mirano a tutelare (anche) interessi di natura pubblica o generale, con la conseguenza della natura imperativa delle norme stesse; su questa linea interpretativa si pone anche il

in cui le stesse siano compatibili con la speciale *ratio* propria delle nullità di protezione, così come le previsioni delle leggi speciali sarebbero suscettibili di applicazione analogica³¹, qualora le stesse si rivelino espressione di un più generale principio, proprio dell'intera legislazione di settore.

Ciò significherebbe che, nei casi in cui il legislatore non stabilisca una disciplina specifica né statuisca se la legittimazione sia da considerare relativa o assoluta, qualora la nullità abbia funzione protettiva, anche in mancanza di una previsione legislativa che riconosca espressamente la legittimazione relativa al contraente debole, bisognerebbe applicare analogicamente la regola generale in tema di nullità di protezione, ovvero la legittimazione *ex uno latere*. Ciò perché le nullità di protezione

Consiglio di Stato, il quale afferma (con riguardo all'art. 36 del Codice del consumo) che: «Si tratta pertanto di una nullità di protezione, costituente una *species* del *genus* delle nullità contrattuali per violazione di norme imperative di cui all'articolo 1418, primo comma, del codice civile». Cfr. PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, cit. pagg. 173 e ss. e spec. pag. 176; PERLINGIERI G. *La convalida delle nullità relative*, cit. pag. 17, nota 21; DI MAJO A., *La nullità*, cit., pagg.127 e ss.; GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 465; ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit. pag. 87: «La specialità si comprende avendo riguardo alle deroghe al regime tradizionale della nullità sia alle cause per le quali essa viene dettata». Cfr. LIPARI N., *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio*, *Atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato*, Milano 2002, pag. 233: «La forza della fonte comunitaria non rende più possibile utilizzare il parametro dell'alternativa regola - eccezione che, sulla base della forza attrattiva di tradizionali modelli dogmatici assunti quali schemi predefiniti entro i quali forzare la realtà dell'esperienza, aveva indotto a leggere nella chiave esclusiva del modello codicistico le singolari ipotesi di patologia contrattuale codificate dalla legislazione speciale».

³¹ PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, cit. pag.185. Cfr. STUDIO n. 237-2006/C, *Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio*, cit.: « E' discusso se possa sostenersi l'esistenza di un microsistema normativo delle nullità di protezione o se esistano tanti modelli e corrispondenti statuti normativi quante solo le singole ipotesi di protezione. Pare plausibile affermare che dall'insieme delle disposizioni esistenti (contenute in varie leggi speciali) possa dedursi l'esistenza di un microsistema normativo, in quanto ricorrono con notevole frequenza taluni caratteri che connotano le norme in oggetto quali norme speciali e non eccezionali; naturalmente, non è un microsistema monolitico come alcuni microsistemi del passato, ma è un microsistema connotato da elasticità e duttilità e dalla presenza di varianti; del resto, gli aspetti da ultimo citati sono inevitabili, sia in ragione dell'attuale modo di legiferare, sia in ragione della varietà degli interessi di volta in volta tutelati. Questa conclusione ha importanti riflessi operativi: trattandosi di norme speciali e non eccezionali, è possibile la loro applicazione analogica».

sarebbero caratterizzate da una identità di *ratio*, ovvero la tutela del contraente debole³².

La pluralità delle nullità di protezione ne impedisce, comunque, una *reductio ad unum*³³, in quanto ognuna di esse è chiamata a tener conto di vicende contrattuali eterogenee e di interessi diversificati.

³² Cfr. in tal senso PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pagg. 16 e ss.

³³ Cfr. LIPARI N., *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit., pagg. 234-235 e 241-245: «La dottrina più recente non manca di evidenziare che l'analisi del singolo caso si è sostituita alla visione astratta e unificante dell'invalidità contrattuale. Questa sostituzione è maturata nella convinzione che per ogni valore riconosciuto dall'ordinamento, il legislatore possa delineare un'ipotesi di nullità o meglio l'ipotesi di nullità che meglio realizzi la protezione che la comunità giuridica intende assicurare al valore stesso. Non si pone più un problema di valutazione delle nullità in vista dell'uniforme e omogenea staticità della fattispecie: il giudizio sulla concreta incidenza dell'atto nel sistema complessivo dell'ordinamento esige di essere proiettato in una prospettiva necessariamente mutevole di funzionalizzazione al tipo e alla natura dell'operazione economica sottesa. Non si tratta più di svolgere una considerazione tipizzata in funzione di un raffronto tra le fattispecie concrete e lo schema legale, ma si tratta di scendere ad una valutazione dell'assetto di interessi in concreto incisi dall'atto (talora addirittura alla luce di vicende o circostanze sopravvenute rispetto al momento della stipulazione), acquisendo una serie di indici necessariamente flessibili e legati non alla rigidità di uno schema strutturalmente individuato ma alla specificità di un caso concreto. Nel quadro di un sistema che non riconduce più la qualificazione radicalmente negativa sotto il generico ombrello della tutela di un interesse generale, ma prevede tutta una serie di norme cogenti poste a tutela di una parte o di una categoria di soggetti, s'impone necessariamente un controllo non più soltanto formale ma sostanzialmente incidente sul contenuto del contratto». Cfr. anche SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. Dir. Civ.* 2005, I, pag. 460, il quale osserva inoltre che: «Le singole figure sembrano anzi costituire la tappa più significativa e forse la manifestazione più saliente di quel lento ma inesorabile cammino che, in poco meno di un quarto di secolo, ha portato anche la nullità, al pari di tutte o quasi tutte le altre categorie e istituti di diritto civile, dall'unità alla pluralità: da una disciplina generalizzata ed indifferenziata, seriale ed astratta, facente leva soltanto sull'esistenza di determinate cause e predefiniti caratteri a un regime giuridico invece diversificato e complesso, variamente articolato e graduato, a seconda della concreta e specifica patologia inficiante l'atto». Cfr. anche ALESSI R., *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in internet, pag. 5: «Al contempo, dal suo terreno di elezione, quello della disciplina delle clausole vessatorie, la nullità di protezione si diffonde e penetra nell'ordinamento interno non solo quando si tratti di implementare direttive europee in materia di contratti professionista/consumatore (o cliente), ma altresì per scelta autonoma del legislatore che ne fa uso anche fuori dall'ambito dell'intervento di armonizzazione, eleggendolo anzi a naturale supporto di regole imperative a vantaggio di una parte contraente. A manifestare tutta la sua capacità espansiva è una nullità che si offre quale rimedio al servizio di una sola parte contraente o meglio, più in generale, che si attegga in modo idoneo a sanzionare la violazione di regole di protezione di una parte assunta come debole. Ma, ora per scatteria legislativa o difetti di coordinamento, imputabili invero più al legislatore interno che a quello europeo, ora in ragione della specificità delle fattispecie entro cui è prevista, delle cause che vi danno luogo e degli obiettivi cui è preordinata, la nullità – o, meglio, questa nullità a scopo di protezione – ne risulta affidata a regole non identiche e talora neppure sovrapponibili. Sicché l'interprete da subito segnala che quella della nullità europea di protezione deve assumersi come categoria plurale. Ciò che accomuna il rimedio, nelle fonti normative sparse, è a ben vedere solo questo significativo allontanarsi della nullità dal terreno della invalidità radicale, necessaria e irrecuperabile che le è proprio e che la nostra tradizione conosce; mentre cambiano e appunto si moltiplicano i modi in cui ciò avviene, più precisamente, i presupposti sostanziali e processuali, gli esiti. Il concreto

E ciò costituisce il motivo della difficoltà incontrata dagli interpreti nel delineare il regime applicabile alle numerose fattispecie di nullità di protezione, allorquando il legislatore non abbia dettato espressamente la correlata disciplina.

Se è pur vero, infatti, che una disciplina differenziata risulta necessaria per far fronte alle diverse fattispecie poste a tutela della parte debole del contratto, è altrettanto evidente che l'irriducibilità a sistema³⁴ di tale istituto rende difficile il reperimento di principi comuni di generale applicabilità.

Il ruolo essenziale rivestito dall'interesse programmato fa sì, quindi, che le nullità in questione si sottraggano ad un regime omogeneo e uniforme, proprio in conseguenza della loro necessaria funzionalizzazione al tipo e alla natura dell'operazione economica, che viene in rilievo nel singolo caso di specie.

funzionamento del rimedio, rimane dunque tutto da definire». Cfr. anche PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit.

³⁴ Cfr. Cass. SS. UU. 26243/2014: «Sistema che, comunque, sembrerebbe più adatto ad una valutazione caso per caso, attesa la molteplicità delle ipotesi di nullità relativa offerte dal dato normativo, in relazione al diverso aspetto funzionale di ciascuna norma». Cfr. PILIA C., *Circolazione giuridica e nullità*, Giuffrè, 2002, pag. 361: «Si dimostrano perciò insoddisfacenti quegli indirizzi ricostruttivi che forzano le singole previsioni normative nel tentativo di ricondurle a taluno degli statuti della nullità che, per interi settori o ambiti normativi più o meno estesi sono stati prospettati per opera degli interpreti. Essi, infatti, nell'ipostatizzare un determinato statuto della nullità nell'intento di applicarlo fuori dal suo diretto ambito di previsione, in realtà, finiscono per indulgere verso automatismi nella soluzione di problemi, che non reggono alla verifica dell'adeguatezza sui singoli profili della disciplina, da condurre caso per caso. Caratteristica della nullità, infatti, appare sempre più quella della sua flessibilità ed elasticità, nel senso di rimedio strettamente commisurato alle peculiari esigenze di tutela che con la sua comminatoria il legislatore mira a realizzare. Valore meramente descrittivo e tendenziale, di contro, rivestono le locuzioni ormai diffuse nel lessico giuridico, tra le quali, nullità codicistiche, nullità di derivazione comunitaria, nullità speciali o relative che anche nel caso in esame sono richiamate». In senso conforme POLIDORI S., op. cit., pagg.112-113, il quale aggiunge: «Ancora meno persuade la pretesa di costruire la nullità di protezione come categoria unitaria, quasi che alla moltitudine di interventi nei quali l'utilizzo della nullità negoziale è finalizzato a regolare ed equilibrare il mercato dei beni e dei servizi sia costantemente sottesa la tutela dello stesso soggetto, individuato con l'etichetta di "contraente debole", da perseguirsi attraverso uno statuto rimediabile sempre uguale a se stesso», nonché: «Non esiste la nullità di protezione con il suo statuto unitario, destinato a prevalere sulle regole codicistiche in virtù del principio *specialis derogat generalis*, ma vi sono una serie di nullità dettate (non sempre in via esclusiva) a tutela di uno dei soggetti del rapporto, in ordine alle quali la valutazione dell'interprete, volta a ricostruire il regime giuridico, deve assumere necessariamente carattere relativo e prestarsi a comporre adeguatamente tutti gli interessi coinvolti nella vicenda concreta, nel rispetto dell'ordine gerarchico che il sistema pone fra gli stessi».

La dottrina ha evidenziato che tali nullità possono essere, comunque, accomunate, oltre che sotto il profilo della *ratio* protettiva, cui si è appena accennato, anche sotto il profilo tecnico della fonte da cui traggono origine. Come già anticipato, infatti, le stesse trovano la propria fonte in una legislazione di settore, ovvero in una legge speciale, che nella maggioranza dei casi è emanata in attuazione di direttive comunitarie³⁵.

Occorre sottolineare tale ultimo aspetto poiché i canoni ermeneutici dei provvedimenti normativi di attuazione delle direttive comunitarie differiscono enormemente rispetto a quelli tipicamente propri dei provvedimenti di diritto interno: per la corretta interpretazione di una disposizione attuativa di un precetto comunitario occorre, infatti, far riferimento non solo al testo delle disposizioni e dei *considerando* della

³⁵ Cfr. ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, pagg. 9 e ss. il quale evidenzia che il fatto che la nuova regolamentazione del contratto, o meglio dei tipi contrattuali, derivi dalla trasposizione di direttive comunitarie rileva principalmente sotto due punti di vista: anzitutto si nota uno sconvolgimento dei normali ritmi di circolazione dei modelli giuridici, che non conoscono più il filtro lento e graduale delle influenze dottrinali e giurisprudenziali, ma che vengono imposti dalle scelte politiche del legislatore europeo, secondo ritmi accelerati e sincopati. In secondo luogo, poi, come conseguenza del fatto che le direttive in materia contrattuale sono dettate costantemente con obiettivi di protezione di specifiche categorie di contraenti e contengono quindi prescrizioni non derogabili atte ad assicurare un minimo legale di tutela, si può constatare il moltiplicarsi di una normativa di tipo imperativo, a scapito di quella dispositiva o suppletiva che tradizionalmente caratterizzava la disciplina dei negozi: «L'irrompere delle leggi speciali quali fonti sempre più rilevanti del diritto dei contratti significa decodificazione; significa erezione, ai margini di un codice in ritirata, di macrosistemi extracodicistici; significa (nella misura in cui le leggi speciali sul contratto sono leggi su singoli tipi o classi di contratti) nuova centralità dei tipi contrattuali a scapito del contratto in genere, e difficoltà crescente a ricostruire, in questo quadro di frammentazione sempre più spinta, una significativa unitarietà della figura contrattuale». Cfr. PUTTI P.M., voce *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, cit., pag. 676: «Interpretare la normativa di derivazione comunitaria secondo i parametri espressi dal legislatore europeo significa allontanarsi (in modo significativo) dai consolidati canoni ermeneutici proposti dalla dottrina tradizionale. La disciplina contrattuale di origine comunitaria, infatti, al contrario di quella codicistica (fondata sull'atto come espressione dell'autonomia negoziale), per la sua caratteristica di strumento per la realizzazione di un mercato unico europeo, si incentra sulla disciplina dell'attività economica svolta in modo professionale. Il nostro codice civile esprime già una sorta di principio generale in forza del quale gli atti relativi all'esercizio dell'impresa giustificano deroghe normative alla disciplina dettata per i contratti ma solo per le ipotesi in cui il contratto concretamente posto in essere sia stipulato da un imprenditore e per l'esercizio dell'impresa. Ora, invece, nella disciplina di derivazione comunitaria (che peraltro non si presenta come un corpo normativo unitario), le previsioni in tema di forma e le nullità rappresentano l'espressione della logica di interventi finalizzati alla disciplina dell'attività di contrattazione degli operatori economici. E ciò malgrado si debba rilevare la mancanza di una terminologia coerente e costante nelle direttive, frutto, anche, delle assenze di operazioni di coordinamento». V. anche ID., *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, III, Milano, 2003, pagg. 475 e ss.

direttiva recepita, nonché dei relativi lavori preparatori, ma anche al quadro complessivo del diritto comunitario, sia primario che derivato, alla luce anche degli orientamenti della Corte di Giustizia Europea, vincolanti per tutti i giudici degli Stati membri³⁶.

³⁶ DE CRISTOFARO G., *Le invalidità negoziali di protezione del diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Giappichelli editore, Torino, 2009, pag. 182 e poi pagg. 186-188: «E' interessante rilevare che in nessuno dei provvedimenti che concorrono a comporre il diritto comunitario dei contratti, viene utilizzato il termine nullo, annullabile, invalido o inefficace, per designare contratti, pattuizioni o clausole contrastanti o comunque incompatibili con i precetti volta per volta contenuti nei singoli provvedimenti. Né si riscontrano nelle versioni linguistiche di tali provvedimenti diverse da quella italiana termini corrispondenti a quelli utilizzati nei singoli ordinamenti nazionali per designare le tipologie tradizionali e generali di invalidità negoziale. Tale circostanza non può certamente considerarsi casuale. Il legislatore comunitario non soltanto non intende dar vita ad una nozione e categoria di invalidità negoziale comunitaria generale e trasversale, destinata cioè a operare in tutti i settori del diritto contrattuale investiti dai suoi interventi, ma persino nel contesto di ciascun singolo provvedimento normativo non vuole imporre agli Stati membri l'adozione di un modello unico ed uniforme, con ciò rimettendosi – implicitamente o esplicitamente- alle opzioni dei legislatori nazionali. Questa scelta – seppure politicamente e tecnicamente comprensibile, alla luce delle numerose differenze intercorrenti fra i sistemi privatistici nazionali nel settore delle invalidità contrattuali – comporta, a nostro avviso, almeno tre ordini di problemi particolarmente significativi. Innanzitutto, quello dell'esatta delimitazione degli spazi di discrezionalità di cui i Legislatori godono nell'individuare la natura e la tipologia dell'invalidità / inefficacia destinata a colpire le clausole: fino a che punto a fronte della neutralità delle formule impiegate dal legislatore comunitario o addirittura della totale assenza di indicazione fornite da quest'ultimo i legislatori possono considerarsi liberi? In secondo luogo quello della compatibilità di un approccio di questo tipo con la natura completa dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali perseguita da molte delle direttive comunitarie che investono la materia contrattuale (e verosimilmente, in futuro, da tutte le direttive in materia contrattuale a fronte dell'ormai definitivo abbandono da parte degli organi comunitari, del modello dell'armonizzazione cd. minimale): come si concilia infatti con l'obiettivo di eliminare del tutto ogni possibile differenza fra le legislazioni nazionali (nel settore volta per volta investito dal provvedimento di armonizzazione), la scelta di regolamentare rapporti contrattuali con precetti in tutto o in parte sottratti all'autonomia privata senza contestualmente individuare la sanzione privatistica conseguente alla violazione di tali precetti e, segnatamente, senza delineare in modo compiuto e puntuale il regime normativo dell'invalidità destinata a colpire clausole e pattuizioni contrastanti con tali precetti? Infine quello del rapporto fra le diverse tipologie di soluzioni adottate dagli organi comunitari: potrà l'interprete, e a quali condizioni, ritenere che regole o frammenti di regole espressamente contemplate da disposizioni inserite in una determinata direttiva o ricavata /elaborate dalla Corte di Giustizia in sede di interpretazione della stessa, siano suscettibili di essere estese anche a fattispecie previste da altre direttive?». Cfr. anche GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pagg. 326-327: «La natura di questi strumenti normativi fa sì che essi contengano una chiara enunciazione delle finalità di principio e dei diritti che si vogliono garantire alle parti contraenti (e in questo senso fungono anche da parametro interpretativo per la normativa nazionale di attuazione), ma che poi a ciò non corrisponda altrettanto preciso rigore nella formulazione testuale delle norme che tali principi devono tradurre in pratica: e questo non solo perché le scelte di tecnica normativa spettano al legislatore nazionale, ma anche perché, date le forti differenze che caratterizzano i singoli sistemi giuridici dei Paesi membri della Comunità Europea, si rischierebbe di imporre istituti e figure giuridiche incompatibili con l'assetto generale dei rispettivi ordinamenti. Sennonché, da noi, nel momento della loro trasposizione nel diritto interno si assiste spesso ad una pedissequa riproduzione del contenuto delle direttive, senza che il legislatore intervenga, come invece dovrebbe, adattando quella normativa alle linee di fondo del nostro sistema. In altre parole, il compito che dovrebbe essere primariamente del legislatore nazionale viene delegato quasi totalmente alla dottrina, lasciando agli interpreti l'onere di attribuire un significato tecnico e di trovare una collocazione adeguata alle nuove categorie che vengono

2. Alcune ipotesi normative: la nullità relativa di protezione nei contratti tra professionista e consumatore. Caratteristiche e ambiguità della nullità prevista dall'art. 36 del Codice del consumo. L' art. 134 del Codice del consumo in materia di vendita di beni di consumo. I contratti di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori: la sanzione della nullità relativa a fronte della violazione di obblighi informativi.

Il problema della configurazione dogmatica della nullità relativa di protezione ha assunto un ruolo centrale negli studi civilistici, in occasione dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo 6 settembre 2005 n. 206, recante il riordino della normativa prevista a tutela del consumatore ed, in particolare, dell'art. 36 che riproduce, con lievi modifiche, il contenuto dell'art. 1469 *quinquies* c.c., introdotto dalla Legge n. 52 del 6 febbraio 1996, in attuazione della Direttiva 93/13/CEE³⁷.

così introdotte nel nostro diritto civile. Donde, principalmente, i problemi di compatibilità delle figure così create con gli istituti codicistici generali». Cfr. GUARNERI A., *Linguaggio legislativo nuovo e categorie ordinanti tradizionali*, cit., pagg. 58 - 61: «Come è noto, la nuova legislazione speciale non è spesso di origine autoctona, ma determinata dalla circolazione - recezione di modelli stranieri, riconducibili talvolta alle direttive comunitarie. Come è stato esattamente rilevato: “Non si tratta soltanto di una fonte aggiuntiva rispetto a quelle proprie dell'ordinamento interno, si tratta di una fonte eterogenea”. Le direttive comunitarie sono scritte in una *koiné* artificiale e il legislatore nazionale, aduso ad una recezione affrettata poco si preoccupa se nel “fotocopiare” la direttiva riproduce termini, che non appartengono al nostro linguaggio tecnico. Non solo: talora i nuovi termini sono veicoli di nuovi istituti».

³⁷ Il legislatore italiano, a fronte della presenza massiccia della legislazione consumeristica, invece che optare per una soluzione che, secondo l'esperienza tedesca, l'avrebbe portato ad integrare il codice civile con le nuove disposizioni di origine europea, ha preferito creare un autonomo codice, conformemente a quanto avvenuto in Francia, volto ad accogliere la legislazione a protezione del consumatore. In esecuzione della Direttiva Comunitaria, la Legge 6 febbraio 1996 n.52 ha dettato la disciplina dei “contratti dei consumatori”, inserita nella normativa codicistica dei contratti in generale (art.1469 *bis*), disciplina poi trasfusa negli articoli 33 e seguenti del citato Decreto Legislativo 6 settembre 2005 n.206, intitolato “Codice del Consumo”. Per un commento sul Codice del consumo cfr.: ALPA G., *Il codice del consumo*, in *Contratti*, 2005, pag.1047; ID., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pag.237; ID., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1993, pag. 639; CAPOBIANCO E., *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e*

Tale direttiva ha imposto, infatti, agli Stati membri di adottare una tutela contrattuale minima del consumatore nei confronti del professionista, e provvedere a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra gli stessi³⁸.

costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo, in *Vita not.*, 2008, pag. 1187; CALVO R., *Il Codice del consumo tra consolidazione di leggi e autonomia privata*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, pag. 74; DE CRISTOFARO G., *Le disposizioni «generalisti» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, pag. 43; DE CRISTOFARO G., *Il «codice del consumo»: un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, pag. 1137; DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, pag. 837; ID., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pag. 681; ID., *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore – Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. civ.*, 1996, II, pag. 513; PATTI S., *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, pag. 282; ID., *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. Impr.*, 1993, pag. 71; BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pag. 17; NUZZO M., *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, pag. 308; PARDOLESI R., *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pag. 523; ID., *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1995, V, pag. 137; BERTOLO G., *Squilibrio normativo e buona fede nei contratti dei consumatori*, in *Giur. comm.*, 2003, II, pag. 475; BIGLIAZZI GERI L., *Commento sub art. 1469-bis, comma 1*, in Bianca - Busnelli (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, pag. 794; BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1996, II, pag. 437; CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'autonomia contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pag. 549; CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, pag. 414; ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pag. 277.

³⁸ Cfr. PETRUSO R., *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte Europea di giustizia*, in *Scritti di comparazione e Storia giuridica II* a cura di P. Cerami e M. Serio, Giappichelli Editore, Torino, 2013, pagg. 415-418: «La direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993 n. 13, emanata dal Consiglio della Comunità Economica Europea e relativa alla disciplina delle clausole abusive inserite nei contratti stipulati con i consumatori rappresenta uno dei maggiori interventi del legislatore sovranazionale in materia di tutela del consumatore. Ciò sicuramente è vero, nella prospettiva del diritto europeo, in materia contrattuale e, in particolare, a proposito della tutela della parte debole dei contratti stipulati nell'attuale sistema produttivo di massa. Ed infatti, a differenza di altre direttive concernenti la tutela del soggetto debole del contratto, volte alla regolamentazione di particolari e definite tipologie contrattuali, con la direttiva 93/13 sono state previste, innanzitutto, una disciplina valevole per ogni tipo di contratto che intercorre tra un professionista ed un consumatore (e dunque a prescindere dalla natura dei beni o dei servizi offerti al consumatore o dall'attività esercitata dall'imprenditore) – regolamentando unitariamente condizioni generali di contratto e contratti per adesione individuali ed, in secondo luogo, regole di riequilibrio del contratto ancorate ad una presunzione astratta di disparità di potere contrattuale. Anche nella prospettiva di diritto interno e, segnatamente, con riguardo al nostro ordinamento giuridico, la direttiva del 1993 ha costituito un importante momento di cesura con il passato: tramite essa, infatti, il legislatore nazionale ha superato il previgente quadro normativo volto a stabilire un livello formale di tutela; quadro realizzato dal legislatore codicistico del 1942, da un lato, attraverso la conoscenza o la conoscibilità da parte dell'aderente delle condizioni generali di contratto (cfr. art. 1341, comma 1, c.c.) e, dall'altro, attraverso il rimedio della specifica approvazione per iscritto con riferimento a determinate tipologie di clausole

L'art. 36, rubricato espressamente "Nullità di protezione", sancisce ora che: «Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 (del Codice del consumo) sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto. Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di: a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto. La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive. È nulla ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente titolo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea»³⁹.

(cfr. art. 1341, comma 2, c.c.). La novella legislativa europea ha, pertanto, attuato innovativamente, almeno con riferimento al nostro ordinamento, la prima disciplina delle clausole abusive diretta ad una valutazione di merito delle clausole non oggetto di trattativa individuale ed ha costituito, anche da un punto di vista simbolico con riguardo all'originario recepimento della direttiva europea, la prima innovazione [...] apportata alla disciplina codicistica del contratto». Sulla Direttiva 93/13/CEE e sui problemi di interpretazione della stessa, cfr. *amplius* il Capitolo 2.

³⁹ DI MARZIO F., *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. E Impresa* 3/2006, pag. 673: «Queste disposizioni di matrice comunitaria rinvengono le proprie ragioni nella storia della reazione giurisprudenziale e dottrinale all'abuso della libertà di contratto perpetrato nei regolamenti predisposti dall'impresa per la distribuzione di beni e servizi sul mercato. Tesaurizzano infatti l'esperienza soprattutto della giurisprudenza e della dottrina tedesche nella materia dei contratti seriali, e superano le carenze della disciplina codicistica interna posta nell'art. 1341, comma 2».

Come anticipato, l'art. 36 ricalca il contenuto dell'art.1469 *quinquies* c.c.⁴⁰, pur se tale articolo sanzionava le clausole vessatorie con l'inefficacia e non con la nullità⁴¹.

⁴⁰ Precisamente, l'art. 1469 *quinquies* c.c. prevedeva che: «Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 1469 *bis* e 1469 *ter* sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto. Sono inefficaci le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di: 1) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; 2) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento, totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; 3) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto. L'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria d'inefficacia delle clausole dichiarate abusive. È inefficace ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente capo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea».

⁴¹ VALLE L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo*, in *Contr. e impresa* 3/2006, pag. 665: «Ricercando le ragioni che possono aver suggerito al legislatore del codice del consumo di scegliere la denominazione della nullità per il rimedio contro la vessatorietà delle clausole, con una modifica rispetto alla lettera dell'art. 1469 *quinquies*, si possono formulare le seguenti ipotesi. Da un lato a fondamento della scelta è dato vedere il perseguimento dell'obiettivo – che si ritiene peraltro meramente apparente – della semplificazione della regolazione legislativa della materia. Quella dell'inefficacia è parsa probabilmente una soluzione foriera di dubbi qualificatori incidenti sulla disciplina del rimedio, dato che non si annovera nel nostro ordinamento una categoria generale dell'inefficacia del contratto. Infatti la Relazione al codice del consumo afferma che la nullità appare una scelta «più tecnica» rispetto a quella dell'inefficacia. D'altro canto, realizzando il codice del consumo l'unificazione in un unico testo legislativo di (quasi) tutte le discipline a tutela del consumatore, si è voluta probabilmente cogliere l'occasione del trasferimento in questo codice della disciplina delle clausole vessatorie di cui si tratta per uniformarla alle altre discipline contenenti limitazioni dell'autonomia privata a tutela del consumatore contrassegnate da previsioni di nullità. Discipline, queste, riconducibili alle sopra dette 'nullità speciali'. Rispetto alla scelta del legislatore del codice del consumo si possono svolgere le seguenti osservazioni dettate dalla constatazione che la qualificazione del rimedio come nullità potrebbe originare alcune difficoltà. Potrebbe innanzitutto rimanere in ombra il profilo della trattativa individuale sulla clausola (art. 34, comma 4, codice del consumo) che connota la disciplina delle clausole vessatorie come sostanzialmente diversa dalle discipline della nullità, nel senso che la trattativa individuale sulla clausola ne esclude il tenore di clausola vessatoria. Quando una clausola è nulla perché contrasta con una norma imperativa la condivisione del suo contenuto da parte dei contraenti non varrebbe invece ad attribuirle validità ed efficacia. Con la denominazione del rimedio come nullità potrebbe rimanere in ombra anche il profilo del bilanciamento del contenuto del contratto caratteristico della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore. Una clausola nulla è infatti nulla in sé e per sé e non perché risulta squilibrata ad esito di una ponderazione con le altre; non si darebbe così, di fronte ad una previsione di nullità, la circostanza che lo squilibrio a danno del consumatore ad opera di una clausola possa essere compensato da altra clausola dal contenuto a lui favorevole. L'adozione di una sanzione denominata in termini di nullità dovrebbe quindi regolarmente rinviare ad un contenuto contrattuale in sé e per sé vietato in quanto contrastante con una norma imperativa. In ogni caso va da sé che questi caratteri della disciplina delle clausole vessatorie rimangono fermi nonostante la denominazione del rimedio in termini di nullità. Indipendentemente dalla denominazione adottata per il rimedio è importante, infatti, che ne venga ricostruita la disciplina in modo che si addica al contesto normativo in cui è inserito, realizzandone le finalità. Il problema della denominazione del rimedio si fa allora linguistico esemantico, di terminologia e tecnica della legislazione; in quanto è evidente che nella disciplina di cui

La nuova formulazione della norma, auspicata dalla maggioranza della dottrina, ha posto fine, di fatto, all'acceso dibattito sulla qualificazione della sanzione⁴² prevista proprio dal richiamato art. 1469 *quinquies* c.c.⁴³.

si tratta l'adozione della denominazione della nullità non può rinviare ad un concetto giuridico determinato quale quello della nullità di cui agli artt. 1418 ss. c.c.».

⁴² Cfr. VALLE L., *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contratto e impresa*, n. 6/2011, pag.1369: «La previsione di inefficacia delle clausole vessatorie di cui all'art. 1469 *quinquies* è stata variamente intesa: come inefficacia in senso stretto (ORESTANO A., *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pag. 493; GALGANO F., *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1997, pag. 895; CHIRICO P., *Art. 1469 quinquies*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesaro, I, Padova, 2001, pag. 485; BIANCHINI M., *Art. 1469 quinquies-Inefficacia*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di Barenghi, Napoli, 1996, pag. 83; BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica*, cit., pag. 450; ALPA G., *I contratti dei consumatori. Diritto comunitario e novellazione del codice civile*, in *Vita not.*, 1996, pag. 1140); come nullità (GUARRACINO F., *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, pag. 647; GENTILI A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, pag. 290; NUZZO M., *Art. 1469 quinquies*, in *Comm. al capo XIV bis del c.c.: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca E Busnelli, Padova, 1999, pag. 858; QUADRI R., *Nullità e tutela del "contraente debole"*, cit., pag. 1159; MONTICELLI S., *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto, note a margine dell'art. 1469 quinquies, commi 1 e 3, c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, pag. 659; ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001, pag. 918; PASSAGNOLI G., *Art. 1469 quinquies, commi 1, 3 e 5*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, pag.182) e tra questi vi è chi propende per l'illiceità delle clausole vessatorie (BELLELLI A., *Art. 1469 quinquies, 1° e 3° comma*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa G. e S. Patti, I, Milano, 1997, pag. 689; RUFFOLO U., *Le clausole vessatorie, abusive, inique e la ricodificazione negli artt. 1469 bis - 1469 sexies c.c.*, in *Clausole vessatorie e abusive*, a cura di Ruffolo, Milano, 1997, pag. 82; BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, pag. 388); seppure in minoranza, come annullabilità (così MORELLO U., *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Not.*, 1996, pag. 294. Condivide tale impostazione anche BUSNELLI F.D., *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Comm. al capo XIV bis del c. c.: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca E Busnelli, Padova, 1999, pag. 43, salvo per quanto concerne la convalida, che consoliderebbe lo squilibrio, prospettando come mezzo per sanare l'inefficacia della clausola la sua rinegoziazione»).

⁴³ Cfr. MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei contratti del consumatore nel sistema del codice civile*, in *Studi per Rescigno*, III, Milano, 1998, pag. 541, nota 10, «La traduzione italiana di *unwirksam* col termine inefficace, pur filologicamente esatta, non deve far dimenticare che nel linguaggio tecnico-giuridico tedesco la parola *unwirksamkeit* designa la nullità del negozio giuridico». Cfr. GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 344, nota 38: «Così, d'altra parte, anche il parere reso in sede consultiva per la redazione del codice del consumo dal Consiglio di Stato nell'adunanza generale del 20 dicembre 2004, n. 11602/2004, in *Foro it.*, 2005, III, c. 348: esponendo le ragioni per le quali l'espressione "inefficacia" utilizzata dall'art. 1469 *quinquies* avrebbe dovuto essere letta (e modificata rispetto allo schema di Codice del consumo inizialmente predisposto) come "nullità", ha affermato che tale soluzione "è in linea con la scelta generale operata dall'art. 136 del codice in esame [oggi art. 143] nel senso di sanzionare in termini di nullità ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice attributive di diritti al consumatore. La qualificazione in termini di nullità è in definitiva necessaria nell'ottica del coordinamento delle disposizioni vigenti e, soprattutto, allo scopo di assicurare un livello pieno ed effettivo di tutela del consumatore».

Non si è sopito, invece, il dibattito sull'eventuale legittimazione relativa o assoluta a far valere tale forma di nullità, data l'ambiguità del testo della norma. La disposizione del terzo comma dell'art. 36, infatti, non specifica, come in altri casi⁴⁴, che la nullità possa essere fatta valere solo dal contraente debole, ma asserisce, invece, che la stessa operi "soltanto a vantaggio del consumatore" e ciò ha indotto, erroneamente, parte minoritaria della dottrina a considerarla una nullità assoluta⁴⁵.

In realtà «tale interpretazione della norma a favore della legittimazione assoluta si è prestata a diverse considerazioni critiche: tra quelle diffusamente avanzate, la critica secondo la quale il professionista non potrebbe essere portatore di un interesse ad agire. Argomento rispetto al quale si è, in modo convincente, osservato che in realtà nella nullità relativa l'interesse del contraente non protetto dalla norma, quand'anche in concreto possa sussistere agli effetti dell'art. 100 c.p.c., è considerato a priori immeritevole di tutela da parte del legislatore. Ciò è quanto accade per le clausole vessatorie, giacché ove in concreto il contraente professionale possa avere interesse (*ex art. 100 c.p.c.*) alla loro impugnazione, ciò significa, per definizione, che egli può trarne qualche conseguenza pratica favorevole: ed è appunto ciò che la norma intende evitare. L'irrelevanza a priori dell'interesse del contraente professionale si traduce, così, in una norma sulla legittimazione ad agire: che è esclusa dal legislatore in astratto, una volta per tutte, senza necessità, né possibilità, di verifica in concreto di un interesse rilevante *ex art. 100 c.p.c.* Osservazione questa che si connette al rilievo critico avanzato nei riguardi della assolutezza della legittimazione all'azione, secondo il quale il

⁴⁴ Vedi *infra*.

⁴⁵ È questa l'opinione di GENTILI A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit. pagg. 403 e 428 e VENOSTA F., *Nuovi profili della nullità* in Id. *Tre studi sul contratto*, Milano 2008, pagg. 190 e ss.

professionista che agisse in giudizio contro le clausole vessatorie realizzerebbe un *venire contra factum proprium*»⁴⁶.

Oltre che “a vantaggio del consumatore”, l’art. 36 cod. cons. prevede che la nullità debba essere necessariamente parziale (cd. nullità parziale necessaria)⁴⁷, ovvero in deroga all’applicazione dell’art. 1419 c.c., la nullità della singola clausola non può propagarsi al resto del contratto. La conservazione del contratto si realizza, quindi, a prescindere tanto dall’apprezzamento della volontà ipotetica delle parti⁴⁸, richiesto dall’art. 1419, primo comma, c.c., quanto dalla sostituzione imperativa delle clausole nulle, presupposta dall’art. 1419, secondo comma, c.c.: l’eliminazione dal contratto della clausola nulla è imposta direttamente dal legislatore per tutelare gli interessi della parte debole.

Il fine è quello di evitare che il consumatore sia stretto tra due alternative comunque negative, determinate o dall’esecuzione della fattispecie viziata, con la rinuncia implicita a far valere la nullità, pur di assicurarsi i beni od i servizi oggetto del contratto, oppure dalla rinuncia

⁴⁶ VALLE L., *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di Giustizia dell’Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, cit., pagg. 1406-1407. Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 16; PASSAGNOLI G., *Commento sub artt. 36-38*, in *Codice del Consumo, Commentario*, a cura di G. Vettori, Cedam, 2007, pagg. 384 e ss.; DI MARZIO F., op. cit., pagg. 249 e ss.; ALBANESE A., *Contratto Mercato Responsabilità*, cit., pag. 135: «In realtà la norma in esame non si esaurisce in una mera esplicitazione della nozione di clausola vessatoria, ma assolve una propria autonoma funzione, nella misura in cui riconosce solo al consumatore la legittimazione a far valere la nullità e impedisce al giudice di rilevarla d’ufficio allorché questa si traduca concretamente in uno svantaggio per il contraente tutelato».

⁴⁷ L’espressione è usata da PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, cit. Cfr. anche DI MARZIO F., *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell’ultimo decennio*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, pag. 475.

⁴⁸ L’esclusione della nullità totale è sancita benché non vi sia sostituzione automatica della clausola nulla con una disciplina imperativa legislativamente predeterminata. Cfr. al riguardo PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, cit., pag. 203; GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 405. Similmente DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, 2 ed., 2008, XXIII: «Una nuova figura di nullità parziale, non riconducibile al primo comma dell’art. 1419 (che detta la regola del giudizio di nullità parziale) ma nemmeno al secondo comma (che esclude la nullità totale del contratto quando la clausola nulla deve essere sostituita automaticamente da una norma imperativa di legge che disciplina positivamente la stessa materia della clausola viziata)».

piena al negozio, a seguito della declaratoria di nullità, con la conseguente “perdita” del contenuto contrattuale⁴⁹.

«Se è vero, infatti, che riservare il rilievo della nullità al solo contraente protetto esclude “abusi” di controparte, è altrettanto vero che se alla legittimazione attiva non si accompagnasse anche la necessaria parziarietà, il contraente protetto si troverebbe prigioniero della logica del ‘prendere o lasciare’. È evidente che se il contraente debole invocasse la nullità della clausola viziata in assenza di qualunque precisazione normativa, la controparte potrebbe verosimilmente appellarsi al fatto che “non avrebbe concluso quel contratto senza la parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”, costringendo così il giudice a decretare la totale cancellazione del negozio, in applicazione dell’art. 1419, comma 1, c.c., e divenendo praticamente arbitra delle sorti del negozio, contrariamente a quanto vorrebbe la *ratio* della legislazione *de qua*»⁵⁰.

⁴⁹ MONTICELLI S., *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, Consiglio Nazionale del Notariato - Studio n. 106-2009/C, pubblicato in *Studi e Materiali*, 3/2009, pag. 975: «Quanto al primo profilo d’innovazione lo strumento utilizzato è l’introduzione nel nostro ordinamento della *nullità parziale cd. necessaria*: essa, nel sancire che il contratto rimane valido per il resto, diviene negatoria del potenziale distruttivo dell’intero contratto che potrebbe conseguire all’applicazione del 1° comma dell’art. 1419 c.c. e, nel contempo, appare estranea anche al 2° comma dell’articolo citato considerato che l’esclusione della nullità totale è sancita benché non vi sia sostituzione automatica della clausola nulla con una norma imperativa che disciplini positivamente la stessa materia presa in considerazione dalla clausola viziata. L’adesione al contratto da parte del non predisponente, e, segnatamente, nella legislazione consumeristica da parte del consumatore, è il prodotto di una volontà anonima o, meglio, “*appannata*”, poco consapevole, una pseudo volontà perché dominata dalla stringente esigenza del conseguimento di un obiettivo prioritario, se non totalizzante, dato dalla necessità del bene o del servizio oggetto del contratto. Di qui da un lato gli ambiti certo angusti, se non assenti, del processo volitivo, stretti dall’alternativa tra l’acquiescenza al contratto viziato da clausole vessatorie o nessun contratto e, dunque, nessun bene o servizio, dall’altro l’evidente inadeguatezza, quantomeno nel contesto della contrattazione standardizzata, di un giudizio sulla essenzialità della clausola in chiave soggettiva. Non vi è dubbio, infatti, che il riferimento alla volontà dei contraenti contenuto nel testo dell’art. 1419, 1° comma, c.c., specie se inteso in senso disgiuntivo, come riferito alla volontà dell’una o dell’altra parte del contratto, legittimerebbe il predisponente a provare che non avrebbe affatto voluto la negoziazione qualora essa venga privata della clausola vessatoria».

⁵⁰ GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 406. Cfr. MAZZAMUTO S., *L’inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e Diritto privato* 1998, pag. 46, per il quale disposta una nullità parziale necessaria, non sarebbe stato nemmeno necessario prevedere una legittimazione all’azione solo relativa (peraltro connessa alla rilevabilità d’ufficio). Afferma infatti che se in astratto si ipotizzasse una nullità necessariamente parziale ma rilevabile da chiunque, la tutela del contraente protetto sarebbe comunque adeguata, poiché

In quest'ottica, la conservazione del contratto assume una connotazione diversa rispetto a quella che possiede nell'impianto tradizionale della nullità parziale: mentre nell'ipotesi classica di cui all'art. 1419 c.c. (che disciplina una contrattazione paritetica) la conservazione rileva come valore economico da contemperare con la tutela dell'autonomia privata, nella normativa consumeristica (che regola una contrattazione diseguale) essa costituisce il mezzo per tutelare il contraente debole, in una logica di protezione che ne impone la prevalenza rispetto alle istanze di salvaguardia dell'autodeterminazione dei contraenti.

Quanto affermato poc'anzi non esclude, tuttavia, la possibilità che la nullità della singola clausola possa travolgere l'intero contratto, qualora la stessa riguardi un elemento essenziale (come, ad esempio, la causa o l'oggetto ai sensi dell'art. 34, comma 2, Codice del consumo): in tale ipotesi la nullità non potrà che essere totale⁵¹.

sembra difficile prospettare un utilizzo strumentale del rimedio ad opera della parte che finirebbe per veder modificato a proprio detrimento il regolamento negoziale. In altre parole, legittimazione relativa e nullità parziale, rispondono certo ad esigenze diverse (evitare esercizi abusivi dell'azione e perdita dell'affare), ma se questa regola, a rigore, sventa il rischio dell'abuso, la legittimazione relativa, da sola, non è sempre tranquillizzante per il contraente protetto che teme la perdita dell'affare intrapreso. Cfr. PASSAGNOLI G., *Commento sub artt. 36-38*, cit., pag. 385: «Vi è poi, sul piano del trattamento, il carattere della necessaria parzialità della nullità che è sottratta all'applicazione tanto del primo quanto del secondo comma dell'art. 1419 cod. civ.». Sulla necessaria parzialità cfr. PUTTI P.M., *La nullità parziale – Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002; D'ADDA A., *Giurisprudenza comunitaria e "Massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusive e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, pag. 22; ID., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova 2008; ID., *Nullità parziale ed integrazione del contratto con regole dispositive*, in *Le forme della nullità* a cura di S. Pagliantini, pagg. 115 e ss.; MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, a cura di Gentili, vol. IV del *Trattato del contratto* diretto da Roppo, Milano 2006, pagg. 130 e ss.; MONTICELLI S., *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto* cit., pag. 577; MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, pagg. 152 e ss.

⁵¹ MONTICELLI S., *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, cit., pag. 975: «L'art. 36 del C.d.c., con il sancire che "il contratto rimane valido per il resto", mira a risolvere radicalmente il problema delle ripercussioni sulle sorti dell'intero contratto causate dalla "rimozione" di clausole vessatorie. [...] Si è, però, evidenziato che l'anzidetta previsione di salvaguardia non sempre si rivela adeguata a conservare il contratto per il resto. Infatti, se ciò certamente consegue all'ipotesi in cui oggetto della disapprovazione legale e, dunque, della nullità sia una clausola secondaria del contratto molto più problematica è la salvezza del contratto, deprivato della clausola vessatoria, qualora essa sia una clausola essenziale, senza la quale venga messa a rischio

Il comma 3 dell'art. 36 del Codice del consumo prevede, poi, espressamente la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione⁵² ad esclusivo vantaggio del consumatore. La *ratio* di tale previsione è quella di supplire alle carenze difensive del consumatore, che, il più delle volte, non è a conoscenza dei diritti che gli spettano e non può, pertanto, farli valere (tale aspetto sarà approfondito nei prossimi capitoli).

Sempre nel Codice del consumo è rinvenibile un altro esempio di nullità di protezione in materia di vendita di beni di consumo, espressa ora nell'art. 134, comma 1, il cui testo riproduce fedelmente il vecchio art. 1519 *octies* c.c., introdotto dal D. Lgs. n. 24 del 2 febbraio 2002, attuativo della Direttiva 99/44/CE.

La norma, stabilisce che: «E' nullo ogni patto⁵³, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volto ad escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti dal presente

la tenuta strutturale del regolamento residuo. Se l'art. 34, 2° comma, C.d.c., dispone che la valutazione della vessatorietà della clausola "non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi" ma poi precisa "purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile", nell'ipotesi in cui da tale indagine ermeneutica risulti incerta l'individuazione dei beni forniti, dei servizi resi o dei relativi corrispettivi il giudizio di vessatorietà e, dunque, la declaratoria di nullità, travolgerà necessariamente non solo la clausola che definisce in modo non trasparente l'oggetto del contratto ma anche l'intero contratto che la contiene per l'indeterminatezza del suo oggetto nonché, infine, l'insieme dei contratti collegati per il legame funzionale ed il rapporto di reciproca interdipendenza che li unisce. In definitiva, dovrà convenirsi che la logica di protezione posta a fondamento di talune previsioni di nullità, che ha indotto il legislatore a prevedere per esse caratteri, quali la parziarietà necessaria, peculiari rispetto alle nullità parziali di diritto comune perché maggiormente consonanti e funzionali rispetto all'interesse del consumatore destinatario della norma di protezione, se normalmente consente l'esclusione delle verifiche di cui al 1° comma dell'art. 1419 c.c., dovrà però segnare il passo ogni volta che la porzione del contratto elisa dalla nullità sia essenziale a garantire consistenza strutturale al regolamento residuo, soprattutto laddove non sussistano neppure norme dispositive atte ad integrare le lacune sopravvenute del contenuto del contratto».

⁵²Tra i tanti contributi si ricordano quelli di BONFIGLIO G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., pagg. 861 e ss.; MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.* 2002, pag. 685 e GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pagg. 235 e ss.

⁵³ Cfr. DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi dai consumatori con professionisti (seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2002, pagg. 1328 e ss., ove è specificato che nel divieto sono da ricomprendere anche gli eventuali atti unilaterali con i quali il creditore rinunci ai propri diritti.

paragrafo. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice»⁵⁴.

Anche in questo caso, come per l'art. 36, si tratta di una nullità a legittimazione relativa e rilevabile d'ufficio⁵⁵. «Al riguardo si è fatto notare come, in effetti, la formulazione letterale dell'art. 134 cod. cons. (e, già prima, dell'art. 1519 *octies* c.c.) sembri rendere esplicita l'intenzione del legislatore di connotare in senso protettivo l'esercizio di tale potere, evitando dubbi che al riguardo potrebbero sorgere sulla base del fatto che la normativa sulla vendita dei beni di consumo è anche rivolta alla tutela del corretto funzionamento del mercato, cosa che potrebbe giustificare il superamento dell'interesse del singolo in nome di ragioni più generali⁵⁶. Il fatto che il consumatore possa avere in concreto interesse ad accettare patti potenzialmente lesivi dei suoi diritti, è messo, invero, palesemente in conto dal legislatore, allorché implicitamente riconosce la validità di

⁵⁴ GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit. pag. 352: «La norma è sembrata particolarmente significativa quando è stata introdotta nella sua originaria formulazione nel codice civile (art. 1519 *octies* c.c.), poiché, più esplicitamente di quanto non facesse allora la disciplina delle clausole vessatorie, già utilizzava testualmente il termine nullità per descrivere la complessa sorte dei patti lesivi dei diritti del contraente debole, tanto da apparire quasi come un'interpretazione autentica dell'art. 1469 *quinquies* c.c. (così anche Consiglio di Stato, sez. cons., 20 dicembre 2004, n. 11602/2004, in *Foro it.*, 2005, III, c. 348). Questa impressione è in effetti confermata nella Relazione al codice del consumo, ove è specificato che l'utilizzo dell'espressione "nullità" nel nuovo art. 1519 *octies* restituirebbe correttezza dogmatica all'istituto in esame, posto che l'inefficacia è solo un effetto della patologia negoziale derivante da norme imperative, qualificabile come nullità di protezione». Nello stesso senso cfr. ZACCARIA A. - DE CRISTOFARO G., *La vendita dei beni di consumo: commento agli artt. 1519 bis-1519 nonies del codice civile introdotti con il D.Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24 in attuazione della Direttiva 1999/44/CE*, Padova, 2002, pag. 138; PUTTI P.M., *L'invalidità nei contratti del consumatore*, cit., pag. 561.

⁵⁵ GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 352: «In effetti, l'uniformità del linguaggio normativo raggiunta ora, sotto questo profilo, in occasione della trasposizione di entrambe le previsioni nel codice del consumo era auspicabile anche solo se si considera che le direttive da cui sono state tratte la regolamentazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori e quella in tema di vendita di beni di consumo utilizzano la stessa espressione per definire le conseguenze del vizio ivi contemplato: in entrambe le ipotesi si afferma, infatti, che le clausole vietate non vincolano il consumatore (v. l'art. 7, comma 1, della Direttiva 99/44/CE, che ricalca precisamente l'art. 6, comma 1, della Direttiva 93/13/CEE)».

⁵⁶ Così, tra gli altri, PASSAGNOLI G., *Commento agli artt. 36 e 38*, cit., pag. 386; MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa, rilevabilità d'ufficio*, cit. pagg. 688 e 692.

accordi limitativi dei diritti del consumatore se conclusi posteriormente alla denuncia del difetto di conformità»⁵⁷.

Infine, si deve convenire sul fatto che il riferimento al “patto” comporti, anche in questo caso, solo una nullità parziale necessaria dell’eventuale clausola, come anticipato poc’anzi per l’art. 36 del Codice del consumo⁵⁸.

Recentemente, ancora, è stata trasposta nel Codice del consumo, con il D. Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, anche la regolamentazione della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, prima contenuta nel D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 190, attuativo della Direttiva 2002/65/CE⁵⁹.

⁵⁷ GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 355.

⁵⁸Cfr. DE CRISTOFARO G., *La vendita di beni di consumo*, in *I Contratti dei consumatori*, II, Torino, 2005, pag. 1065; ZACCARIA A. - DE CRISTOFARO G., *Commento all’art. 134*, in *La vendita dei beni di consumo. Commentario* a cura di Bianca, in *Nuove Leggi civ. comm.* 2006, pag. 557; PUTTI P.M., *Art. 1519-octies*, in ALPA G. -DE NOVA G. e altri, *L’acquisto di beni di consumo*, Milano, 2002, pag. 83.

⁵⁹ BELISARIO A., *Nullità dei contratti di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori*, Università Degli Studi Roma Tre, su <http://dspace-roma3.caspur.it/handle/2307/4501>: «La Direttiva 2002/65/CE concernente la “commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori” contribuisce alla creazione di un quadro giuridico per la fornitura di servizi finanziari a distanza; essa ha per oggetto il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. L’obiettivo del legislatore comunitario tendeva alla riduzione delle divergenze e delle diversità tra le disposizioni nazionali a tutela dei consumatori, e la creazione di un quadro giuridico certo al fine di accrescere la fiducia del consumatore all’utilizzo delle nuove tecniche di commercializzazione a distanza. Se è vero che lo strumento telematico possiede indubbi vantaggi, non possono disconoscersi ingenti rischi, come la possibilità che l’utilizzo di tale strumento sia soggetto ad abusi. Infatti a differenza del consumatore tradizionale, l’*e-consumer* se da un lato dispone di una quantità di informazioni assai elevata rispetto a quella che normalmente potrebbe reperire il consumatore tradizionale (tanto che potrebbe trovarsi in una posizione di vantaggio rispetto al professionista), dall’altro, paradossalmente, rischia di concludere un contratto senza adeguata consapevolezza, a causa della virtualità della negoziazione, della rapidità e della eccessiva facilità di stipulazione del contratto, dell’impiego di un linguaggio e di strumenti con i quali ha scarsa dimestichezza». Cfr. sull’argomento: COCO F., *La direttiva 2002/65 sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori: cosa cambia nella normativa italiana*, in www.archivioceradi.luiss.it, 2003; BASSANI M., *L’offerta a distanza di strumenti e servizi finanziari alla luce della direttiva 2002/65/CE*, in www.lucernaiuris.it, 2003, pag. 3; DRAETTA U., *La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana di attuazione della direttiva comunitaria*, in *Diritto comm. int.*, 2005, pagg. 471- 474; si veda inoltre ALPA G., *Attuazione della direttiva sui servizi finanziari a distanza*, in *Economia dir. terz.*, 2006, pagg. 517 e ss.

L'art. 67 *septies decies*, comma 4 e 5 (già art. 16, comma 4 e 5, D.Lgs. n. 190/2005) prescrive che: « Il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto».

L'art. 67 *octies decies* (già art. 17, comma 1, D. Lgs. n. 190/2005) sancisce, invece, che: «I diritti attribuiti al consumatore dalla presente sezione sono irrinunciabili. E' nulla ogni pattuizione che abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dalle disposizioni della presente sezione. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice».

Tale normativa è stata oggetto di un vivace confronto tra gli interpreti in quanto la previsione della nullità (seppur relativa) in caso di violazione di obblighi informativi ha riportato in auge il dibattito mai sopito sul rapporto tra regole di validità e regole di comportamento⁶⁰.

⁶⁰ La dottrina, infatti, appare divisa tra coloro che sostengono la possibilità di una netta demarcazione tra le due tipologie di regole – sicché soltanto alla violazione delle cd. regole di validità potrebbe far seguito la sanzione della nullità (cfr. : D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, pagg. 37 e ss.; ID, *Le regole di validità ed il principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli 1996, *passim*; SCODITTI E., *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. Dir. Civ.* 2006, I, pagg. 119 e ss. e in particolare pag. 127; VALENTINO D., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, pag. 252; SICCHIERO G., *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, pagg. 368 e ss.; FAUSTI P.L., *Il Codice del consumo. Il ruolo ambiguo della trattativa e l'importanza della trasparenza (con nuove considerazioni sul ruolo del notaio nei contratti di finanziamento bancario)*, in *Notariato* 2007, pagg. 71 e ss.) – e quelli che invece prospettano il superamento di tale distinzione (PERLINGIERI G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, Napoli 2003, ove si rileva che si ha nullità ogni qual volta la violazione di una regola di comportamento si riversi sulla funzione del negozio determinando un disvalore della causa, anche sotto forma di squilibrio significativo del regolamento di interessi; SCALISI V., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. Dir. Civ.* 2007, I, pagg. 851 e ss., ove l'Autore afferma che si dovrebbe ormai superare la logica della fattispecie per considerare, anche nel giudizio di validità negoziale, l'intero regolamento, visto sia dal punto di vista interno, come contenuto contrattuale, sia dal punto di vista esterno, come la situazione complessiva di cui il singolo contratto è esplicitazione; il tutto nell'ottica

di assegnare un ruolo generale al principio di buona fede anche nella materia qui in oggetto: in pratica si tratterebbe di “verificare se il contegno contrario a buona fede di una parte, indipendentemente dalla fase contrattuale in cui il medesimo si collochi, sia effettivamente riuscito a condizionare la conformazione o l’efficacia stessa del momento regolamentare del contratto, e di fatto abbia realmente condizionato l’una o l’altra, determinando una significativa e pregiudizievole alterazione o comunque un anomalo funzionamento del regolamento contrattuale in danno della controparte”, il che porterebbe a decretarne la nullità). In giurisprudenza la questione è stata affrontata dalle Sezioni Unite nelle sentenze 26724 e 26725 del 2007. Per una lettura critica di tali sentenze cfr. GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 384: «Al riguardo, in effetti non era presente un contrasto giurisprudenziale da comporre (anche se esistono numerose sentenze di merito diversamente orientate sul punto), ma la questione era stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanze rispettivamente n. 3683 e 3684 del 16 febbraio 2007 e riconosciuta come “questione di massima di particolare importanza”. L’unico precedente rilevante in materia è dato dalla sentenza Cass. sez. I, 29 gennaio 2005, n. 19024, più volte richiamata dalle SS.UU., ove si dice che se in linea generale i comportamenti illegittimi tenuti dalle parti nel corso delle trattative non si riflettono sulla validità del contratto, questo può accadere invece ove vi sia una specifica previsione in tal senso del legislatore. I casi rimessi poi alla decisione delle SS.UU. riguardavano precisamente una questione di violazione degli obblighi informativi prescritti dall’art. 6 della legge n. 1/1991 in materia di compravendita di valori mobiliari. Il Collegio, con articolata motivazione, conclude in entrambe le sentenze in maniera conforme alla pronuncia della prima sezione del 2005 ritenendo che “la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto di intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto di intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell’art. 1418, comma 1, c.c.”. Non si può non notare, leggendo le sentenze, come le motivazioni che hanno condotto il Collegio a tale conclusione si basino in molti punti sul fatto che all’epoca della vicenda lo stato della normativa non era tale da permettere una enfattizzazione del dovere di informazione nella misura necessaria a renderlo rilevante sotto il profilo della validità del negozio che ne poteva conseguire. Ma la Corte fonda la sua enunciazione di principio anche sul fatto che tale possibilità difetterebbe nel nostro sistema a tutt’oggi, mancando previsioni generali in tal senso, essendo la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento fortemente radicata nel codice civile vigente: al riguardo viene pure fatto notare che in alcuni settori della legislazione speciale tale distinzione si va senz’altro assottigliando, ma si afferma poi che non sarebbe così nella materia oggetto della pronuncia, ove le norme non conterrebbero spiragli in tal senso. A tale riguardo vengono citate le fattispecie degli artt. 23 e 24 TUF e si menziona l’art. 16 del D. Lgs. n. 190/2005 come norma che, pur prevedendo testualmente la nullità di un negozio in conseguenza della violazione di obblighi informativi, non sarebbe idonea ad essere letta come norma di principio essendo invece una previsione che “resta sistematicamente isolata nel nostro ordinamento e presenta evidenti caratteri di specialità”, oltre ad essere “di molto successiva ai fatti di causa”. Ora, se quest’ultimo rilievo non trascende il caso specifico, circa il primo viene spontaneo rilevare come l’art. 16 del D. Lgs. n. 190/2005 sia ora divenuto l’art. 67 *septies decies* del codice del consumo, normativa che come si è più volte ribadito, si arrogerebbe già nel nome il ruolo di disciplina fondamentale del settore. Inoltre, anche volendo restare nel campo dell’intermediazione finanziaria, la Corte omette di considerare la presenza nel TUF, legge fondamentale per la materia, di norme quali l’art. 30, comma 7, e l’art. 100 *bis*, comma 3, ove testualmente a difetti informativi viene ricollegata la sanzione della nullità, tra l’altro relativa; e *sensu lato* la stessa *ratio* fondata sul difetto di conoscibilità reale della fattispecie potrebbe ravvisarsi nella previsione di nullità (assoluta, però) di cui all’art. 122, comma 3, del medesimo TUF. In definitiva, che si voglia arrivare a dire che la nullità (di qualunque specie essa sia) non sia la figura che meglio tutela il consumatore nella fattispecie concreta di violazione di doveri comportamentali è un’opinione legittimamente sostenibile, ma che poi si voglia giustificare tale opinione sulla base di preclusioni normative, questo appare ad oggi meno convincente».

Negli articoli suddetti, infatti, il legislatore commina la nullità per vizi che sono esterni alla fattispecie contrattuale e che attengono alla violazione di obblighi di condotta del contraente economicamente e normativamente più forte⁶¹.

«La formulazione della norma, d'altra parte, lascia aperti numerosi interrogativi, assegnando all'interprete il compito di individuare quali violazioni degli obblighi di informazione precontrattuale possano determinare una significativa alterazione delle caratteristiche del contratto. Ci si può, infatti, domandare se tale alterazione vada ricercata in concreto o se, invece, sia sufficiente una mera valutazione in astratto, se essa consegua alla violazione di norma imperativa in conformità con l'art. 1418, comma 1, c.c., o se invece sia necessario distinguere tra doveri di informazione che non alterano l'equilibrio contrattuale e doveri informativi la cui violazione possa travolgere il contratto con la sanzione della nullità⁶². Non v'è dubbio che sarebbe stata opportuna una attenta e

⁶¹ Cfr. GUARNERI A. *Linguaggio legislativo nuovo e categorie ordinanti tradizionali* cit., pag. 56.

⁶² MUSIO A., *Violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, 2010, in internet: «Secondo quanto previsto dall'art. 67 *septies decies* del codice di consumo, la violazione degli obblighi di informazione deve essere tale da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto. Appare evidente come la terminologia utilizzata riecheggi quella delle disposizioni dei vizi del consenso, atteso che "alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto" altro non significa che indurre in errore essenziale il consumatore. Non può, inoltre, farsi a meno di osservare che la "significatività" dell'alterazione richiamata dalla norma rievochi inequivocabilmente il requisito dell'importanza dell'inadempimento necessario per la risoluzione del contratto *ex* art. 1455 c.c. La peculiarità del dato normativo pone, di conseguenza, anche un problema di riconducibilità di tale tipo di invalidità dell'atto alla tradizionale disciplina codicistica in tema di nullità (legittimazione a far valere l'azione, rilevabilità d'ufficio, insanabilità del vizio). In effetti, la sanzione prevista dall'art. 67 *septies decies*, comma 4, del codice di consumo non pare più esprimere una riprovazione dell'ordinamento nei confronti del regolamento programmato dalle parti, ma opera piuttosto come sanzione civile indiretta tendente a prevenire e disincentivare determinati comportamenti scorretti posti in essere dai soggetti che si pongono su un piano di supremazia rispetto alle controparti. Tale stato di fatto non è di certo sfuggito al ragionamento operato dalle Sezioni Unite della Cassazione del 2007, le quali hanno finito per giudicare la tanto discussa disposizione, attualmente contenuta nell'art. 67 *septies decies*, comma 4, del codice di consumo, non come un indice dal quale rilevare l'avvenuto superamento del principio della reciproca non interferenza tra norme di validità e norme di comportamento, ma come una previsione sistematicamente isolata nel nostro ordinamento e con evidenti tratti di specialità che non consentono di fondare su di essa nessuna affermazione di principio e di estenderne l'applicazione in settori differenti da quello in cui essa è stata concepita. In conclusione, pare potersi affermare che l'assunto secondo il quale la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe sbiadendo e sarebbe in

precisa formulazione che individuasse a priori gli obblighi legali delle diverse fattispecie contrattuali, capaci di determinare un'alterazione della rappresentazione delle caratteristiche del contratto, sanzionabili con la nullità»⁶³.

2.1 (Segue) La nullità di protezione nella disciplina posta a tutela degli acquirenti di immobili da costruire: l'art. 2 del D. Lgs. 122/2005. La garanzia fideiussoria. Peculiarità ed interessi protetti.

In esecuzione della delega contenuta nella Legge 2 agosto 2004, n. 210, il Governo ha approvato il D. Lgs. 20 giugno 2005, n.122, in G.U. n. 155 del 6 luglio 2005⁶⁴, contenente le disposizioni per la tutela dei diritti

atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare l'avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile. La verità è forse che ciò che vale per il sistema codicistico non possa valere anche per l'impianto normativo generato dalla legislazione di derivazione comunitaria. Una situazione confermata dalla vera e propria crisi di rigetto che ha portato all'espulsione dal codice civile di norme di derivazione comunitaria, come quelle in materia di clausole vessatorie di cui agli artt. 1469 *bis* e ss. c.c., confluite ormai nel codice di consumo. Sembra, quindi, quanto mai opportuno che la tradizionale dicotomia tra regole di validità e regole di correttezza vada riletta e reinterpretata alla luce del mutato assetto venutosi a creare nell'attuale sistema giuridico che, per la sua complessità, induce a diffidare da soluzioni universalmente valide e suggerisce di differenziare le opzioni interpretative in base ai diversi contesti».

⁶³ BELISARIO A., *Nullità dei contratti di commercializzazione*, cit. pag.138.

⁶⁴ Sulla tutela degli acquirenti di immobili da costruire cfr. *ex multis*: APPIANO E.M., BELLA R., CAVALIERE C., *La tutela degli acquirenti di immobili. Dal preliminare alla stipula dell'atto*, 2006; APRILE F., *Il fallimento immobiliare. Profili concorsuali del d.lgs. 20.6.2005 n. 122 sulla tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, Incontro di studio sul tema: *Le riforme nel diritto concorsuale del 2005 e le nuove attività del giudice*, Roma, 24-25 ottobre 2005; ID., *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Il Fallimento ed altre procedure concorsuali*, 2005, X, pagg.1132 e ss.; ARICÒ G., *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire in Francia*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.lgs.122/2005 e prospettive*, I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, 2006, pagg.160 e ss.; AVAGLIANO M., *Il diritto al frazionamento del promissario acquirente di immobile da costruire*, in *Riv. not.*, 2005, VI, pagg.1197 e ss.; BARALE A., *La vendita di immobili da costruire*, in *Summa* 218, ottobre 2005, pagg.88 e ss.; ID., *La fideiussione obbligatoria*, in *Summa* 222, febbraio 2006, pagg.68 e ss.; BARALIS, G.,

patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire⁶⁵. La nuova disciplina interviene in un settore nel quale, da molti anni, gli operatori

Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti in tema di: varietà dei contratti "garantiti", prestazione di fideiussione "impropria", riflessi sulla trascrizione, contenuto "necessario" del contratto, invalidità speciale e sue conseguenze, in Riv. not., 2005, IV, pagg.723 e ss.; CARRABBA A.A., Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e tutela dei consumatori: il divieto di cui all'art. 8 del D. Lgs. 20 giugno 2005, n.122, in Notariato 2006, IV, pagg. 473 e ss.; CASARANO F., La garanzia fideiussoria, Atti del Convegno Paradigma, Milano, 14 aprile 2005; CONDO' G., La fideiussione: articoli 2 e 3 del decreto, in La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: prime considerazioni operative, Scuola Di Notariato Della Lombardia, Consiglio Notarile Di Milano, su www.scuoladelnotariatodellalombardia.org; COSTOLA J., Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004 n. 210, (prima parte), in Studium Juris, 2004, pagg. 1489 e ss. D'ARRIGO C.M., La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire, in Riv. not., 2006, IV, pagg. 911 e ss.; DE NOVA G. - LEO G. - LOCATA M. - RODA A., L'acquisto di immobili da costruire, Milano, 2005; DE PAOLI M. - NIVES IANNACCONE M., L'acquisto di un immobile da costruire, Allegato al n. 2 di Federnotizie, Marzo 2009 - anno XXII ; GUALANDI L., La tutela degli acquisti immobiliari e la nuova disciplina dei crediti speciali, in La riforma della legge fallimentare, Atti del convegno, Reggio Emilia, 7 ottobre 2005, Centro Studi di Diritto Fallimentare di Modena; GUIDA P., Revocatorie fallimentari ed ordinarie, alienazioni immobiliari, cautele notarili, in Il nuovo diritto fallimentare e il ruolo del Notaio, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, 2008, pagg. 37 e ss.; LUMINOSO A., Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire, in Riv. dir. civ., 2005, II, pagg. 713 e ss.; MACARIO F., Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D.Lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità, in Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.Lgs. 122/2005 e prospettive, I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, 2006, pagg. 109 e ss.; MANIGLIO G., Il diritto di prelazione ai sensi dell'art. 9 del d.lgs.122/2005, in Vita not., 2008, III, pagg. 1713 e ss.; PAGLIANTINI S., Il diritto vivente nell'età dell'incertezza, Saggi sull'art. 28 ed il procedimento disciplinare riformato, Giappichelli, 2012; PELUSO M., Prelazione convenzionale e vendita fallimentare (nota a Trib. Vicenza 11 gennaio 2002), in Notariato, 2002, pagg. 186 e ss.; PETRELLI G., Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente (D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122), Milano, 2005; PISCHETOLA A., La tutela degli acquirenti degli immobili da costruire e l'appalto, in Riv. not., 2006, I, pagg. 111 e ss.; SARTORE A., L'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare. Riflessi sull'attività notarile, in Riv. not. 2008, II, pagg. 495 e ss.; SICCHIERO G., La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire, 2005; TORRONI A., Il D. Lgs. 122/2005 letto con la lente del costruttore, in Riv. not. 2007, IV, pagg.879 e ss.

⁶⁵ STAIANO G., Rilascio ed escussione della garanzia fideiussoria nell'operatività bancaria, in Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.Lgs.122/2005 e prospettive, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, 2006, pag. 99: «I provvedimenti ora richiamati chiudono un iter parlamentare alquanto lungo, che ha visto impegnato il Parlamento nell'esame di numerosi disegni di legge, promossi allo scopo di disciplinare i riflessi patrimoniali derivanti dall'avvio di una procedura esecutiva, individuale o concorsuale, nei confronti di imprese di costruzione e di società cooperative edilizie, con particolare riferimento agli effetti riguardanti i soci di tali cooperative e più in generale gli acquirenti di immobili in costruzione. Si è trattato di ben 16 disegni di legge in cui si intendeva porre riparo alla grave situazione, rendendo opponibile alla massa fallimentare il diritto che scaturisce da un contratto preliminare di compravendita trascritto, attraverso l'obbligo di esecuzione specifica del contratto su domanda dell'interessato (Ddl. n.38 e n.782), ovvero attribuendo un privilegio speciale immobiliare, ben oltre i casi contemplati dalla normativa all'epoca vigente, al socio/acquirente, in modo che il suo credito così privilegiato potesse essere soddisfatto in via prioritaria rispetto a quello degli altri creditori (ddl. n.684 e n.782), oppure conferendo la prededucibilità, ex art.111 della legge fallimentare, al credito vantato dall'acquirente o dal promissario acquirente nel caso di sottoposizione dell'impresa o della cooperativa a procedura concorsuale (ddl. n. 2821)». La nuova normativa introduce in sintesi: l'obbligo del costruttore di consegnare al promissario acquirente una fideiussione bancaria o assicurativa a garanzia degli importi incassati o da incassare prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento su di un immobile da costruire; l'obbligo del costruttore di consegnare all'acquirente (all'atto del trasferimento della proprietà) una polizza assicurativa indennitaria decennale

giuridici e le associazioni a difesa dei consumatori chiedevano fortemente delle modifiche normative, volte a tutelare gli acquirenti di immobili da costruire.

A partire, infatti, dalla metà degli anni '60, si è diffusa la prassi di acquistare immobili non ancora ultimati, o addirittura solo progettati “sulla carta”, col pagamento immediato di acconti sul prezzo d’acquisto. La convenienza dell’operazione per l’acquirente risiede nell’opportunità di ottenere un rilevante sconto sul prezzo e nella possibilità di poter modificare il capitolato delle opere di finitura, adattandolo ai propri gusti e alle proprie esigenze. D’altro canto il venditore/costruttore, coprendo parte dei costi dell’attività edilizia con gli acconti pagati dall’acquirente, finanzia “in via diretta” l’impresa, ottenendo anche un accesso facilitato al credito bancario.

La novità più rilevante del D.Lgs. 20 giugno 2005 n. 122 è la fideiussione obbligatoria a garanzia delle somme anticipate dai promissari acquirenti. Qualora ricorrano i presupposti soggettivi e oggettivi di applicabilità della disciplina di tutela, indicati dall’art. 1 del decreto⁶⁶, gli artt. 2 e 3 prescrivono che: «All’atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro

a copertura dei danni *ex art.1669 c.c.*; la predeterminazione del contenuto minimo del contratto preliminare e di ogni altro contratto che sia comunque diretto all’acquisto non immediato di un immobile da costruire; il divieto di stipula in assenza di cancellazione o frazionamento delle ipoteche e dei pignoramenti gravanti sull’immobile; il diritto di prelazione nella vendita forzata, qualora l’immobile sia stato consegnato all’acquirente e da questi adibito ad abitazione principale per sé o per un proprio parente in primo grado; le modifiche alla legge fallimentare per tutelare l’acquirente in caso di revocatoria o di scioglimento del contratto da parte del curatore fallimentare; l’istituzione di un Fondo di solidarietà.

⁶⁶ Per un’ampia disamina cfr. PETRELLI G., *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie*, cit. È importante ricordare che in base all’art. 5 del D.Lgs.122/2005, tale istituto è applicabile solo agli immobili da costruire o in costruzione il cui permesso di costruire (o altro titolo) sia stato richiesto dopo il 21 luglio 2005. Occorre segnalare che il legislatore con la lettera a) del comma 1 dell’art. 10 *quater*, D.L. 28 marzo 2014, n. 47, nel testo integrato dalla legge di conversione 23 maggio 2014, n. 80 (misure urgenti per l’emergenza abitativa ed il mercato delle costruzioni), ha introdotto il comma 1 *bis* all’art.5 del D.Lgs. n. 122/2005 in forza del quale l’acquirente non può rinunciare alle tutele previste dal presente decreto ed ogni eventuale clausola contraria è nulla e deve intendersi come non apposta.

diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto, che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio e a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'art. 1938 c.c., di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente, prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento [...]. Essa deve garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi, la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata»⁶⁷.

⁶⁷ Come si evince dal tenore delle norme in commento, l'obbligazione garantita dal fideiussore non riguarda né la regolare esecuzione del contratto né il completamento dei lavori (come invece è previsto nell'ordinamento francese), ma ha ad oggetto esclusivamente la restituzione delle somme ricevute dal costruttore prima del trasferimento della proprietà. Al momento del rilascio della fideiussione, l'importo dovrà comprendere tutte le somme che dovranno essere pagate prima del rogito, mentre all'atto dell'escussione, sarà garantita la restituzione solo di quanto effettivamente riscosso dal costruttore, con i relativi interessi legali (maturati fino al momento in cui si verificano i presupposti per la riscossione della fideiussione). Per evitare che tale garanzia debba essere sostituita o integrata in occasione del pagamento di ogni acconto, è previsto che la stessa possa essere rilasciata anche per un'obbligazione condizionale o futura, con l'indicazione dell'importo massimo garantito, ai sensi dell'art. 1938 c.c. Il legislatore ha imposto specificamente che la polizza debba essere materialmente consegnata all'acquirente (prima o al momento della stipula del contratto), evidenziando così che non è sufficiente menzionarne solamente gli estremi ai sensi dell'art.6. Ai sensi dell'art. 2 sono escluse dalla garanzia "le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia". La norma sembrerebbe riferirsi ad ogni caso in cui vi sia un'erogazione di somme da parte di un soggetto mutuante, ma ciò è inesatto. Sembrerebbe corretto ritenere inapplicabile la garanzia fideiussoria solo nel caso del cd. mutuo di scopo (ove il finanziamento del prezzo d'acquisto avviene nell'ambito di un'unica operazione negoziale) o dell'accollo "esterno" del mutuo già contratto dal costruttore e garantito da ipoteca concessa da quest'ultimo, pattuito nel contratto preliminare di compravendita. La fideiussione deve essere rilasciata da una banca, da un'impresa esercente le assicurazioni o da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art.107 del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385. Tale garanzia deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, di cui all'art.1944, comma 2, c.c., affinché l'acquirente possa chiedere al fideiussore il rimborso delle somme pagate senza la necessità di instaurare un'apposita procedura esecutiva nei confronti del costruttore. Non è previsto nulla in ordine all'inserimento di clausole di espressa rinuncia del garante a sollevare le eccezioni relative al rapporto principale; pertanto, il fideiussore potrà opporre all'acquirente le stesse eccezioni che potrebbero essere sollevate dal costruttore, ad eccezione del mancato pagamento del premio o della commissione da parte del costruttore. Malgrado quindi la sua specificità, la

Per tutelare l'esposizione economica del promissario acquirente, il legislatore ha imposto, quindi, il rilascio di una fideiussione, la cui escussione assicuri l'immediata restituzione degli anticipi versati prima del trasferimento della proprietà, in caso di sopravvenuta crisi aziendale del venditore-costruttore.

L'inosservanza delle norme sulla fideiussione comporta la nullità del contratto rilevabile solo dall'acquirente protetto. Tale sanzione, qualificabile come nullità relativa di protezione⁶⁸, è applicabile non solo in caso di mancata consegna⁶⁹ della fideiussione all'atto della conclusione del contratto o in un momento precedente, ma anche nel caso in cui la polizza non abbia le caratteristiche prescritte dagli artt. 2 e 3 (ad esempio: nel caso di fideiussione prestata solo per parte delle somme da garantire, o da soggetto diverso da quelli indicati dalla legge, ovvero senza la previsione della rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale).

«Ad una prima lettura, l'obbligo della materiale consegna sembra volto a cautelare l'acquirente dal rischio che il costruttore indichi in

fideiussione descritta dal D.Lgs. 122/2005 resta una garanzia accessoria. Il presupposto per l'escussione della fideiussione è il verificarsi della situazione di crisi del venditore, "che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa". La durata della fideiussione deve essere imperativamente fissata fino al momento in cui avverrà il trasferimento della proprietà dell'immobile o di altro diritto reale di godimento o verrà stipulato l'atto definitivo di assegnazione. Stante l'esigenza delle banche e delle assicurazioni di indicare una scadenza a data fissa, tale data non potrà mai essere anteriore a quella prevista, per esempio, nel contratto preliminare per la stipula del rogito notarile, anche se sarà sempre opportuno prevedere una scadenza più lunga, per far fronte ad eventuali ritardi nella costruzione. Infatti, se alla scadenza della fideiussione il trasferimento della proprietà non è ancora avvenuto, scatta l'obbligo del costruttore di stipulare una nuova fideiussione per il tempo residuo. Inoltre, nel caso in cui il contratto preveda la facoltà delle parti di prorogare il termine previsto per il rogito, occorre subordinare tale facoltà alla preventiva proroga della scadenza della fideiussione.

⁶⁸ Così definita dalla maggioranza della dottrina nonché dalla Relazione al decreto in commento. Cfr. anche STUDIO n. 237-2006/C, *Codice del consumo*, cit., pag. 20.

⁶⁹ LENZI R., *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi sull'art. 28 ed il procedimento disciplinare riformato*, a cura di S. Pagliantini, Giappichelli Editore, Torino 2012, pag. 30: «L'art. 2 costituisce almeno apparentemente un manifesto caso di nullità da inadempimento e quindi di contaminazione tra regole di comportamento e regole di validità».

contratto (*ex art. 6, lett. g, del D.Lgs.122/05*) gli estremi di una fideiussione inesistente. Ma la consegna del documento potrebbe assolvere anche alla funzione di rendere l'acquirente più consapevole dei diritti accessori che gli derivano dal contratto imposto dall'art. 2 (in tal caso avrebbe valenza succedanea di un obbligo di informazione), di agevolare l'escussione della garanzia e di sollevare l'acquirente dalla prova in sede processuale»⁷⁰.

Tali funzioni sottolineano la duplice valenza pubblico/privatistica dell'intera disciplina di tutela del promissario acquirente, che del resto legittima la sanzione della nullità.

E' importante rilevare come tale disposizione (che non recepisce alcuna direttiva comunitaria), collegando in modo espresso la nullità relativa direttamente alla mancata prestazione della garanzia fideiussoria da parte del costruttore al momento della stipula del contratto preliminare⁷¹ o anche in un momento precedente, mostra che ciò che preme al legislatore, ancor più della trasparenza contrattuale (preoccupazione tipica delle nullità previste dal Codice del consumo) è la salvaguardia dell'operazione posta in essere dai contraenti e, soprattutto, la posizione "a rischio" dell'acquirente, come condizione che caratterizza la vicenda contrattuale sin dal suo inizio.

Come ha osservato una parte della dottrina, infatti, la peculiarità della disciplina in esame risiede nel fatto che essa «si colloca sul crinale

⁷⁰ D'ARRIGO C.M., *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., pag. 932, nota 59.

⁷¹ Restano escluse dall'ambito di applicazione della disciplina in tema di fideiussione sia le fattispecie negoziali che diano luogo ad un trasferimento immediato della proprietà (in tal caso non vi sarebbe ragione di tutelare l'acquirente, giacché il pagamento del prezzo avrebbe come contropartita la contestuale attribuzione traslativa), sia le fattispecie negoziali per le quali non sia previsto il pagamento di alcun corrispettivo in via anticipata rispetto al programmato trasferimento della proprietà (l'acquirente non resterebbe esposto al rischio di subire un pregiudizio economico, non essendo tenuto a versare alcunché).

di un ideale spartiacque fra la normativa a tutela della corretta circolazione del bene immobile e la legislazione protettiva degli interessi di soggetti considerati istituzionalmente più deboli»⁷².

Occorre sottolineare, inoltre, che la fideiussione, costituendo un mezzo immediato per riottenere le somme anticipate dal promissario acquirente e per accelerare le procedure fallimentari, dà piena attuazione all'art. 47 della Costituzione (che tutela l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione), favorisce lo snellimento delle procedure fallimentari e tutela la trasparenza del mercato immobiliare.

E' vero, quindi, che l'interesse protetto in via principale è quello di uno dei contraenti (l'acquirente), ma in via mediata, è assicurata protezione anche all'interesse generale del buon funzionamento del mercato immobiliare, attuando quello che è stato definito, appunto, "l'ordine pubblico di direzione".

D'altra parte la stessa Relazione al decreto dimostra che il legislatore ha scelto la nullità relativa non per stabilire una sanzione meno grave rispetto alla nullità assoluta ma per assicurare all'acquirente una tutela più efficace, sottraendo al venditore disonesto la possibilità di liberarsi impropriamente dal vincolo contrattuale⁷³.

⁷² MACARIO F., *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D.Lgs.122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, cit., pag.114.

⁷³ *Relazione illustrativa al D.Lgs.122/2005*: «La violazione dell'obbligo è motivo di nullità del contratto, ma l'esigenza che il vizio dell'atto sia ad esclusiva tutela della parte acquirente ha indotto alla previsione di una nullità relativa, che soltanto la parte acquirente può dunque far valere».

2.2 (Segue) Nullità protettiva nei contratti bancari e nei contratti relativi a servizi finanziari.

Ai fini dell'indagine in corso non si può tralasciare l'importante previsione dell'art. 127⁷⁴ del Testo Unico Bancario (D. lgs. n. 385 del 1 settembre 1993) che così statuisce: «Le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela. A questi fini la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, può dettare anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni. Ai confidi iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 112, le norme del presente titolo si applicano secondo quanto stabilito dal CICR. Le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente⁷⁵. Le informazioni fornite ai sensi del presente titolo sono rese almeno in lingua italiana. Le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio

⁷⁴ Tale norma prima della sua riforma disponeva espressamente la legittimazione del solo cliente ad agire per ottenere la nullità senza specificare nulla sulla rilevabilità d'ufficio. Dopo la modifica realizzata con il D.Lgs. 13 agosto 2010 n. 141 detta nullità opera a vantaggio del cliente e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

⁷⁵ SPENA A., *L'inquadramento delle nullità previste dall'art. 127 del TUB, nella categoria della nullità relativa. Ricostruzione della disciplina*, in *Innovazione e Diritto* 2/2015, pagg. 181-182: «Generalizzando un principio già contemplato dall'art. 11, comma 1, della Legge n. 154/1992, il comma 1 dell'art. 127 del TUB stabilisce che le disposizioni del Titolo VI - e pertanto sia quelle in materia di trasparenza bancaria, sia quelle in materia di credito al consumo, sia ancora quelle in materia di servizi di pagamento - sono derogabili soltanto in senso più favorevole al cliente. Può essere utile ricordare che un sistema analogo di tutela è già previsto nel codice civile, ad esempio dall'art. 1751 in materia di contratto di agenzia, il quale stabilisce che la disciplina legale sulla liquidazione dell'indennità dovuta all'agente in caso di cessazione del rapporto non può essere derogata dalle parti a svantaggio di quest'ultimo, o ancora dall'art. 1932 in tema di assicurazione, che analogamente stabilisce l'inderogabilità in senso sfavorevole all'assicurato delle disposizioni in esso richiamate. Rispetto alle norme codicistiche richiamate, l'art. 127, comma 1, del TUB non limita l'applicabilità del richiamato principio di derogabilità *in melius* e di inderogabilità *in peius* a specifiche disposizioni. Preferisce, invece, far riferimento a tutte le norme in materia di trasparenza e di credito al consumo. Cosicché, può ben ritenersi che le disposizioni inderogabili in senso sfavorevole al cliente siano non soltanto quelle che disciplinano il contenuto del contratto, ma anche quelle relative agli obblighi di informazione dell'intermediario nei confronti della cliente sia nella fase precedente delle trattative (art. 116), sia in sede di stipula del negozio, sia infine durante lo svolgimento del rapporto (artt. 118 e 119)».

del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice⁷⁶. Le deliberazioni di competenza del CICR previste nel presente titolo sono assunte su proposta della Banca d'Italia, d'intesa con la CONSOB»⁷⁷.

L'articolo in commento prescrive, quindi, che siano sanzionate con la nullità: l'inosservanza della forma scritta dei contratti (art. 117, comma. 3, art. 125 *bis*, comma 1 e 2, e art. 126 *quinquies*, comma 1); la clausola di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche del rapporto (art. 117, comma 6, art. 125 *bis*, comma 2, e art. 126 *quinquies*, comma 1); le clausole che “prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati” (art. 117, comma 6, art. 125 *bis*, comma 2, e art. 126 *quinquies*, comma 1); il contratto di credito

⁷⁶ Per l'inquadramento sistematico della regola di protezione fissata dall'art. 127 del TUB, e un'indicazione delle sue possibili applicazioni, si veda DOLMETTA A.A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, pagg. 39 e ss.; AGRESTI G., *La disciplina della nullità*, in Ferro-Luzzi P., Castaldi G. (a cura di), *La nuova legge bancaria*, vol. III, Milano, 1996, pag. 1905. Sulla trasparenza bancaria si rinvia a COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994; MINERVINI E., *Dal decreto 481/92 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, I, pag. 825; MORERA U., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, I, pag. 163; MARTORANO F., *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1991, I, pag. 697; RESCIGNO P., «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1990, I, pag. 297; TUCCI G., *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *Contratti*, 1995, pag. 325.

⁷⁷ GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 334: «In particolare, la disciplina dei contratti bancari ha mostrato una spiccata tensione evolutiva verso la tutela del cliente o comunque del contraente debole, nella quale hanno trovato origine anche diverse forme di nullità negoziali, culminate poi nella previsione del vigente art. 127 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385. Più specificamente, già la Legge 17 febbraio 1992, n. 154, sulla “trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”, disciplinava alcuni aspetti dell'attività delle imprese creditizie, in modo da evitare che il “cliente” potesse trovarsi sopraffatto dall'esperienza professionale del suo interlocutore, qualunque fosse il tipo di operazione che intendeva porre in essere: cominciando dagli aspetti pubblicitari o comunque prodromici, per i quali si prevedeva un fitto sistema di obblighi di informazione, fino ad arrivare al vero e proprio negozio di concessione del credito. Relativamente a quest'ultimo, si sanciva tra l'altro all'art. 4, nn. 3 e 4, la nullità delle clausole che disponessero un rinvio agli usi – che dovevano considerarsi come non apposte – e la nullità con sostituzione di diritto secondo parametri specificati nell'art. 5, di quelle che indicavano tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli ai clienti. Il tutto completato dal disposto dell'art. 11 che sanciva la derogabilità solo in senso più favorevole al cliente della normativa *de qua*. Analoghi motivi di riflessione poneva la legge sul credito al consumo, n. 142 del 19 febbraio 1992, il cui art. 21 prevedeva in particolare, oltre a disposizioni analoghe a quelle citate dalla Legge n. 154, anche il rispetto di ulteriori vincoli di forma e contenuto a tutela del consumatore, sempre a pena di nullità della pattuizione a cui si riferivano, e sempre con indicazione dei criteri secondo i quali doveva avvenire di diritto la sostituzione delle clausole nulle (comma 9)».

al consumo in cui siano omesse talune indicazioni prescritte dalla legge (art. 125 *bis*, comma 8).

Tutte le nullità previste dal titolo VI, sia quelle in materia di trasparenza bancaria sia quelle in materia di credito al consumo, sia ancora quelle sui servizi di pagamento, possono, quindi, essere rilevate solo dal cliente⁷⁸, il quale rappresenta nel contesto specifico, il soggetto istituzionalmente debole del rapporto, la cui controparte è normalmente una banca o un intermediario finanziario.

La *ratio* di tale previsione è da rinvenire nella finalità di protezione dell'equilibrio sostanziale del contratto, attraverso la predisposizione di mezzi di tutela per quella parte del negozio da presumere in una situazione svantaggiata.

Occorre rilevare, anche in questo caso, che il legislatore ha adottato la tecnica di limitare, per quanto possibile, la nullità a singole clausole del negozio, o considerandole come non apposte o decretando la sostituzione di diritto del loro contenuto viziato.

La prima ipotesi ricorre nel caso dell'art. 117, che pone vincoli contenutistici al contratto, disponendo, al comma 6, che sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati, nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.

⁷⁸ Così D' AMBROSIO R., in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 1994, sub art. 127, pag. 635; AGRESTI G., *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria, il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Commentario a cura di FERRO-LUZZI e CASTALDI, cit., pag. 1905; PANZARINI G., *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contratto e Impresa 1995*, pagg. 479 e ss.; MACARIO F., *Norme in attuazione di direttive comunitarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, pagg. 745 e ss.; BASSO R., *La trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Il governo delle banche in Italia: commento al Testo Unico bancario e alla normativa collegata* a cura di Razzante e Lacaíta, Torino, 2006, pag. 361; SPENA A., *Commento all'art. 127*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio, Santoro, II, Bologna, 2003, pagg. 2082 e ss.

Sulla stessa scia si pone l'art. 125 *bis*⁷⁹ il quale prevede da un lato la nullità necessariamente parziale delle clausole con esso contrastanti e dall'altro meccanismi di sostituzione/integrazione del contratto. È evidente, in quest'ultimo aspetto della disciplina richiamata, il sovvertimento dei criteri ordinari del giudizio di parzialità della nullità, previsti dall'art. 1419 c.c.⁸⁰.

In ultima analisi occorre dar conto delle nullità protettive previste dal D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF), ove l'art. 23⁸¹, che regola i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento, prevede la nullità relativa del contratto nei casi di inosservanza della forma prescritta dal primo comma del suddetto articolo nonché qualora ci siano pattuizioni di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico.

⁷⁹ Cfr. SPENA A., *L'inquadramento delle nullità previste dall'art. 127 del TUB*, cit., pag. 210 e PAGLIANTINI S., *Nullità formali bancarie e restituzioni (a margine di una recente decisione dell'A.b.f.)*, in *NGCC*, 2013, parte seconda, pag. 179.

⁸⁰ Cfr. GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit. e PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit.

⁸¹ Art. 23 TUF: «1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'articolo 1, comma 5, lettera f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo. 2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto. 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente. 4. Le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25 *bis* ovvero della parte IV, titolo II, capo I. In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario. 5. Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile. 6. Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta». Cfr. ATELLI M., *Commento all'art. 23*, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria, Commentario al d. legisl. 24 febbraio 1998, n. 58*, a cura di Rabitti, Bedogni, Milano, 1998, pagg. 201 e ss.

Ancora, l'art. 24⁸², comma 2, in tema di gestione di portafogli di investimento, sancisce la nullità relativa dei patti contrari alle disposizioni contenute dal medesimo articolo, mentre l'art. 30⁸³, comma 7, in materia di contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede ovvero collocati a distanza,

⁸² Art. 24 TUF (Gestione di portafogli) « 1. Al servizio di gestione di portafogli si applicano le seguenti regole: a) il cliente può impartire istruzioni vincolanti in ordine alle operazioni da compiere; b) il cliente può recedere in ogni momento dal contratto, fermo restando il diritto di recesso dell'impresa di investimento, della società di gestione del risparmio o della banca ai sensi dell'articolo 1727 del codice civile; c) la rappresentanza per l'esercizio dei diritti di voto inerenti agli strumenti finanziari in gestione può essere conferita all'impresa di investimento, alla banca o alla società di gestione del risparmio con procura da rilasciarsi per iscritto e per singola assemblea nel rispetto dei limiti e con le modalità stabiliti con regolamento dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob. 2. Sono nulli i patti contrari alle disposizioni del presente articolo; la nullità può essere fatta valere solo dal cliente». Cfr. MIOLA M., *Commento all'art. 24*, in *Testo unico della finanza, Commentario* diretto da Campobasso, I, *Intermediari e mercati*, cit., pag. 226.

⁸³ Art. 30 (Offerta fuori sede) TUF: «1. Per offerta fuori sede si intendono la promozione e il collocamento presso il pubblico: a) di strumenti finanziari in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze dell'emittente, del proponente l'investimento o del soggetto incaricato della promozione o del collocamento; b) di servizi e attività di investimento in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze di chi presta, promuove o colloca il servizio o l'attività. 2. Non costituisce offerta fuori sede: a) l'offerta effettuata nei confronti di clienti professionali, come individuati ai sensi dell'articolo 6, commi 2 *quinquies* e 2 *sexies*; b) l'offerta di propri strumenti finanziari rivolta ai componenti del consiglio di amministrazione ovvero del consiglio di gestione, ai dipendenti, nonché ai collaboratori non subordinati dell'emittente, della controllante ovvero delle sue controllate, effettuata presso le rispettive sedi o dipendenze. 3. L'offerta fuori sede di strumenti finanziari può essere effettuata: a) dai soggetti autorizzati allo svolgimento dei servizi previsti dall'articolo 1, comma 5, lettere c) e c-bis); b) dalle Sgr, dalle società di gestione UE, dalle Sicav, dalle Sicaf, dai GEFIA UE e non UE, limitatamente alle quote o azioni di Oicr. 4. Le imprese di investimento, le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario, le Sgr e le società di gestione UE e i GEFIA UE e non UE possono effettuare l'offerta fuori sede dei propri servizi e attività di investimento. Ove l'offerta abbia per oggetto servizi e attività prestati da altri intermediari, le imprese di investimento e le banche devono essere autorizzate allo svolgimento dei servizi previsti dall'articolo 1, comma 5, lettere c) o c-bis). 5. Le imprese di investimento possono procedere all'offerta fuori sede di prodotti diversi dagli strumenti finanziari e dai servizi e attività d'investimento, le cui caratteristiche sono stabilite con regolamento dalla Consob, sentita la Banca d'Italia. 6. L'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede è sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore. Entro detto termine l'investitore può comunicare il proprio recesso senza spese né corrispettivo al consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede o al soggetto abilitato; tale facoltà è indicata nei moduli o formulari consegnati all'investitore. Ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettera a). La medesima disciplina si applica alle proposte contrattuali effettuate fuori sede. 7. L'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere solo dal cliente. 8. Il comma 6 non si applica alle offerte pubbliche di vendita o di sottoscrizione di azioni con diritto di voto o di altri strumenti finanziari che permettano di acquisire o sottoscrivere tali azioni, purché le azioni o gli strumenti finanziari siano negoziati in mercati regolamentati italiani o di paesi dell'Unione Europea. 9. Il presente articolo si applica anche ai prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziarie, limitatamente ai soggetti abilitati, ai prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione».

prevede che «l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere solo dal cliente».

CAPITOLO II

La rilevabilità d'ufficio delle clausole abusive nei contratti con i consumatori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Sommario: 1. La rilevabilità d'ufficio delle clausole abusive nei contratti con i consumatori nelle principali sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Il ruolo ed i poteri spettanti al giudice nazionale che accerti d'ufficio la presenza di clausole abusive. L'ampiezza del controllo giurisdizionale ed i criteri di valutazione dell'abusività delle clausole contrattuali. Le sentenze *Océano Grupo Editorial, Cofidis SA, Mostaza Claro e Pannon*. 1.1 (Segue) Le sentenze *Asturcom Telecomunicaciones SL, Banco Español de Crédito SA, Banif Plus Bank Zrt e Jörös*. 2. L'integrazione del contratto: le sentenze *Kasler e Unicaja Banco SA*. Considerazioni finali.

1. La rilevabilità d'ufficio delle clausole abusive nei contratti con i consumatori nelle principali sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Il ruolo ed i poteri spettanti al giudice nazionale che accerti d'ufficio la presenza di clausole abusive. L'ampiezza del controllo giurisdizionale ed i criteri di valutazione dell'abusività delle clausole contrattuali. Le sentenze *Océano Grupo Editorial, Cofidis SA, Mostaza Claro e Pannon*.

Prima di analizzare la posizione della dottrina e della giurisprudenza italiana sull'eventuale applicazione dell'art. 1421 c.c. alle nullità di protezione, occorre procedere all'esame della giurisprudenza

della Corte di Giustizia Europea, che ha dato un enorme contributo al dibattito sulla rilevabilità d'ufficio delle suddette nullità.

La Corte di Giustizia ha emanato, infatti, numerose sentenze nell'ambito delle quali si è pronunciata specificamente sul tema della rilevabilità d'ufficio delle clausole abusive, inserite nei contratti stipulati tra consumatori e professionisti.

In tali decisioni «la Corte riconosce una peculiare funzione al rilievo d'ufficio delle nullità di protezione, il quale assurge a strumento di riequilibrio in favore di una parte, che si assume debole, tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale. Il contraente legittimato potrebbe non essere in grado, infatti, di difendersi o subire gli effetti sfavorevoli di una difesa inadeguata. Se la declaratoria di nullità dipendesse dal fatto che la parte legittimata la chieda in via d'azione o di eccezione si profilerebbero rischi di ineffettività della tutela. Tali rilievi rappresentano il punto di partenza dal quale muove la Corte di Giustizia nell'interpretazione della regola sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità protettive»⁸⁴.

Occorre, innanzitutto, ricordare che il rimedio contro le clausole vessatorie nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori è regolato, a livello europeo, dall'art. 6 della Direttiva 93/13/CEE⁸⁵, che

⁸⁴ PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., pagg. 128-129.

⁸⁵ PETRUSO R., *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte Europea di giustizia*, cit., pag. 415: «Occorre preliminarmente precisare che la direttiva approvata nella sua versione finale del 1993, a differenza dell'originaria proposta del Consiglio dei Ministri, tradisce la volontà compromissoria diretta ad appianare le divergenze sorte tra le tradizioni giuridiche dei diversi Stati membri. Essa, infatti, a differenza dell'originario progetto: a) si applica soltanto ai contratti che non siano stati oggetto di trattativa individuale; b) esclude il giudizio di abusività, ai sensi del secondo comma dell'art. 4, relativamente alle clausole del contratto che hanno direttamente ad oggetto l'equilibrio tra prestazione e controprestazione principali del contratto; c) sostituisce all'originaria previsione di una lista di clausole considerate presuntivamente abusive quella di una lista contenente un elenco indicativo e non esauriente di clausole che potrebbero, applicandosi i criteri generali stabiliti dagli artt. 3 e 4 della direttiva, essere dichiarate abusive. Quanto alla estensione del giudizio di abusività ed ai parametri individuati dal legislatore europeo al fine di identificare le clausole abusive, occorre riferirsi, in generale, agli artt. 3 e 4 della direttiva. Il primo comma dell'art. 3 prevede, infatti, che “una

impone agli Stati membri di prevedere che le clausole abusive, contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista, non vincolino il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

L'assenza di una disciplina specifica sul rilievo d'ufficio della vessatorietà della clausola nell'articolo suddetto e in alcune normative nazionali⁸⁶ di recepimento della direttiva ha fatto sì che la maggioranza

clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto". [...] Il terzo comma dell'art. 3 della direttiva rinvia, poi, all'allegato che contiene un elenco indicativo e non esaustivo di clausole che possono essere dichiarate abusive. L'articolo 4 della direttiva, al suo primo comma, prevede, invece, che "il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano detta conclusione e a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipende". Il secondo comma dell'art. 4 della direttiva, poi, sottopone a determinati limiti la tutela offerta al consumatore, salvaguardando il nucleo centrale dell'autonomia privata: in esso si stabilisce, infatti, il principio in base al quale il consumatore non può essere tutelato in generale nei confronti della conclusione di un contratto svantaggioso. Si legge, infatti, nel capoverso dell'art. 4 della direttiva che "la valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile". Quanto invece al tema relativo ai rimedi diretti a riequilibrare la disegualianza tra consumatore e professionista, la direttiva ha puntato su un doppio binario di tutele. Innanzitutto, occorre fare riferimento all'art. 6 della direttiva, che per soddisfare l'interesse individuale del consumatore dispone, per un verso, che le clausole abusive non lo vincolino alle condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali degli Stati membri e, per altro verso, che il contratto, nonostante il caducarsi delle clausole reputate abusive, resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza queste ultime. In secondo luogo, occorre riferirsi all'art. 7 della direttiva. Questa prevede, infatti, mezzi di tutela indiretti predisposti tanto a favore del consumatore, quanto nell'interesse dei concorrenti professionali. Si tratta, in particolare, delle azioni inibitorie collettive promosse a nome dei consumatori: ed infatti, il primo comma dell'art. 7 della direttiva prevede, per soddisfare gli interessi pubblici sottesi alla direttiva del 1993 e, dunque, tanto l'interesse alla conservazione del mercato concorrenziale, quanto l'interesse alla tutela del consumatore marginale, che "gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori". È opportuno, infine, precisare che l'art. 8 della direttiva appronta, sul modello del dodicesimo considerando, una clausola di armonizzazione minima, in virtù della quale viene offerta agli Stati membri la possibilità di garantire ai consumatori livelli di tutela maggiori rispetto a quelli, non derogabili *in peius*, accolti dalla disciplina armonizzata. In particolare, l'art. 8 contempla che "gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore"». ⁸⁶ Nell'ordinamento francese il rilievo d'ufficio da parte del giudice è stato introdotto nel 2008 (dall'art. 34 della l. 2008-3) per tutte le discipline regolate dal codice del consumo al nuovo art. L. 141-4 del *Code de la Consommation* che prevede che "*Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application*".

delle domande pregiudiziali presentate alla Corte di Giustizia fossero su tale argomento⁸⁷.

In particolar modo le suddette decisioni hanno riguardato: il ruolo ed i poteri spettanti al giudice nazionale che accerti autonomamente, e senza richiesta di parte, la presenza nel contratto di clausole abusive; l'ampiezza del controllo giurisdizionale ed i criteri di valutazione della abusività delle clausole contrattuali; le conseguenze della previsione della non vincolatività delle clausole abusive e gli eventuali poteri di integrazione del contratto spettanti al giudice nazionale⁸⁸.

⁸⁷ Cfr. DE CRISTOFARO G., *Le invalidità negoziali di protezione del diritto comunitario dei contratti*, cit., pag. 192: «Nel definire in modo puntuale, in ottemperanza a quanto espressamente prescritto dall'art. 6 della Direttiva 93/13, le condizioni e le modalità operative della non vincolatività delle clausole abusive all'interno dei propri sistemi nazionali, i legislatori degli Stati membri non possono considerarsi del tutto liberi nella scelta delle soluzioni attraverso le quali colmare le numerose, gravi lacune che caratterizzano il regime normativo delineato per tale non vincolatività dall'art. 6 della Direttiva 93/13. La loro discrezionalità è infatti limitata non soltanto dalla necessità di rispettare quanto espressamente statuito dall'art. 6 ma anche dall'obbligo ad essi imposto dall'art. 7 di adottare misure adeguate ed efficaci per prevenire e far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori nonché dal divieto di introdurre o mantenere disposizioni suscettibili di ridurre il livello minimo di protezione che la direttiva impone ai legislatori nazionali di assicurare ai consumatori. Le soluzioni offerte dai diritti nazionali ai numerosi problemi lasciati irrisolti dall'art. 6 sono dunque suscettibili di essere sottoposte al vaglio della Corte di Giustizia, affinché quest'ultima ne valuti l'attitudine a consentire il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal provvedimento comunitario e la compatibilità con il livello minimale di protezione imposto da quest'ultimo. Tale circostanza si è rivelata di importanza fondamentale poiché ha consentito alla Corte del Lussemburgo in una serie di sentenze pronunciate per risolvere questioni pregiudiziali sottoposte da giudici francesi, spagnoli e da ultimo ungheresi, di pervenire di fatto all'elaborazione *praeter legem* di una serie di principi che sono andati ad affiancare ed integrare i precetti espressamente dettati dall'art. 6 della Direttiva 93/13, dando così vita ad un regime normativo assai più ricco e completo di quello contemplato dal testo del provvedimento comunitario; un regime normativo, occorre sottolineare con forza, valevole per la sola vincolatività delle clausole abusive e non per le altre forme e tipologie di invalidità di protezione esplicitamente contemplate o implicitamente desumibili da provvedimenti normativi comunitari diversi dalla Direttiva 93/13».

⁸⁸ PETRUSO R., *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte Europea di giustizia*, cit., pag. 427: «In dottrina è stato in più occasioni messo in rilievo il ruolo propulsivo della Corte europea di Giustizia in difesa del consumatore marginale. La Corte, infatti, ha accelerato lo sviluppo di una politica di tutela del consumatore, acquisendo così un ruolo di silenzioso, ma efficace motore di integrazione, attraverso vari canali: innanzitutto, attraverso una sempre più incisiva affermazione del principio dell'efficacia diretta e immediata delle direttive comunitarie; in secondo luogo, attraverso un'interpretazione ampia delle disposizioni legislative europee tese a tutelare il consumatore; in terzo luogo, attraverso l'integrazione della disciplina consumeristica, pensata, già in sede legislativa, quale armonizzazione solo parziale e incompleta. Due sono state le macro - aree di intervento del giudice europeo nella materia oggetto della Direttiva 93/13 circa le clausole abusive inserite nei contratti stipulati con i consumatori: per un verso – e si tratta della giurisprudenza più copiosa, sono stati precisati i vincoli gravanti sugli Stati membri in relazione alla conformazione dei rispettivi sistemi processuali; per altro verso, sono stati forniti i primi ragguagli ermeneutici sui profili sostanziali del giudizio di abusività delle clausole contrattuali e sulle sanzioni ad esse applicabili».

La prima occasione nella quale la Corte di Giustizia ha affrontato il tema in oggetto, attribuendo al giudice nazionale la facoltà di esaminare d'ufficio la vessatorietà della clausola contrattuale, è rappresentata dalla sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*⁸⁹ del 27 giugno 2000, resa nelle cause riunite *Océano Grupo Editorial SA c. Roció Murciano Quintero* (C-240/98) e *Salvat Editores SA c. José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) e *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98).

La questione pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte aveva avuto origine da una serie di contenziosi instaurati dalle Case editrici spagnole *Océano Grupo Editorial SA* e *Salvat Editores SA* contro privati cittadini per il mancato pagamento delle somme pattuite nei contratti stipulati per la vendita a rate di enciclopedie. Nei formulari predisposti unilateralmente dalle Case editrici per concludere la vendita era previsto che, in caso di controversia, la competenza sarebbe spettata al giudice del foro di Barcellona, città in cui si trovava la sede delle società, in virtù di una clausola derogativa della competenza.

Il *Juzgado de Primera Instancia* n° 35 di Barcellona, innanzi al quale erano pendenti i procedimenti, ritenendo che l'esito degli stessi richiedesse un'interpretazione della Direttiva 1993/13/CEE sulla possibilità di rilevare *ex officio* l'abusività della clausola derogativa della competenza, alla luce anche della legge spagnola⁹⁰ in tema di clausole

⁸⁹ C. Giust. CE, sentenza 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98, C241/98, C-242/98, C-243/98 e C-244/98, in *Foro Italiano*, 2000, pagg. 413 e ss.

⁹⁰ Cfr. DELLA NEGRA F., *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, in *Persona e Mercato* 1/2014, pag. 74: «Gli Stati membri hanno tradotto il vago riferimento alla “non vincolatività” della clausola (ex art. 6 della Direttiva 93/13) attraverso varie soluzioni tra cui la nullità assoluta (si veda, in particolare, il § 306 BGB), l'inesistenza (art. 132-1 *code de la consommation*), la nullità relativa (si vedano, in particolare, l'art. 55 del Codice civile della Repubblica Ceca; l'art. 385 del codice civile polacco; l'art. 6:233 del codice civile olandese; l'art. 209 del codice civile ungherese) e la nullità di protezione (si veda, in particolare, l'art. 36, comma 3, Codice del consumo e l'art. 141-4, *code de la consommation*). Dal momento che il legislatore spagnolo ha previsto una nullità relativa (art. 83 del *Real Decreto Legislativo* 1/2007), il giudice *a quo* domandava alla Corte

abusive, aveva sollevato una questione pregiudiziale⁹¹ davanti alla Corte di Giustizia, chiedendo di chiarire tale aspetto.

Quest'ultima asserisce, anzitutto, che la clausola, non oggetto di trattativa personale, inserita in un contratto concluso tra un consumatore ed un professionista, volta ad attribuire la competenza esclusiva al Tribunale nel cui foro si trova la sede del professionista, debba essere considerata abusiva poiché determina a danno del consumatore un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal contratto.

Alla luce dello scopo di tutela previsto dall'art. 6 della Direttiva 93/13, la Corte puntualizza che, proprio per riequilibrare tale disuguaglianza dal punto di vista giuridico ed economico tra consumatore e professionista, non può essere esclusa la facoltà del giudice nazionale di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola suddetta in assenza di un'iniziativa di parte⁹².

di Giustizia se la normativa di trasposizione fosse compatibile con la Direttiva 1993/13». Cfr. anche ORESTANO A., *Rilevabilità di ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 4, pagg. 1179 e ss.

⁹¹ VALLE L., *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, cit., pag. 1367: «Sulle sentenze della Corte di Giustizia si può vedere ad es. CALZOLAIO E., *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pagg. 51 e ss., il quale afferma che “La decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale è vincolante per il giudice che ha sollevato la questione, ma spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto comunitario interpretata dalla Corte: è a questo livello che sorge il problema di stabilire entro quali limiti le decisioni della Corte costituiscono precedenti vincolanti”. “A prescindere dall'esistenza di disposizioni espresse sul punto, è comunque l'esame della giurisprudenza della Corte a confermare che quasi mai essa si discosta dalle proprie precedenti decisioni”. Nella sentenza *Cifit* del 1982 (6 ottobre 1982, causa C-283/81) la Corte ha affermato che non esiste obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice sia quando “la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale”, sia quando esiste “una giurisprudenza costante della Corte che (...) risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere”. Quindi la Corte riconosce una specifica rilevanza alle proprie sentenze sicché le interpretazioni che essa fornisce vanno recepite ed attuate da parte di tutti i giudici nazionali e, inoltre, afferma la natura dichiarativa, e non creativa, delle proprie pronunce, in modo tale che esse si applicano, sostanzialmente, in via retroattiva, salva la possibilità per la medesima Corte di limitarne in via esplicita gli effetti nel tempo”».

⁹² PETRUSO R., *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte Europea di giustizia*, cit., pag. 429: «Nel suo compito chiarificatore, la Corte europea, per un verso, ha constatato che il consumatore versa in una situazione strutturalmente impari rispetto al professionista,

Solo tale possibilità, infatti, rende efficace la tutela del consumatore soprattutto quando per ignoranza o per l'eccessiva onerosità delle spese legali potrebbe essere forzatamente indotto a non far valere l'illiceità di clausole abusive.

«Occorre osservare che la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola costituisce un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato dall'art. 6 della direttiva, che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell'obiettivo dell'art. 7, dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori»⁹³.

La Corte conclude il suo ragionamento affermando, quindi, che «la tutela assicurata ai consumatori dalla Direttiva 93/13/CEE comporta che il giudice nazionale, nell'esaminare l'ammissibilità di un'istanza propositagli, possa valutare⁹⁴ d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto di cui è causa; nell'applicare disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive a tale direttiva, il giudice nazionale deve interpretarle quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della stessa [...] preferendo l'interpretazione che gli consenta di declinare d'ufficio la competenza attribuitagli da una clausola abusiva»⁹⁵.

tanto con riferimento alla forza contrattuale, quanto con riferimento alla mancanza delle necessarie informazioni. Per altro verso, ha preso atto delle conseguenze pratiche discendenti dall'attribuzione al solo consumatore di poteri di intervento processuale: disposizioni così congegnate all'interno delle legislazioni degli Stati membri, secondo il giudizio della Corte, condurrebbero, inevitabilmente, ad una tutela priva dell'attributo della effettività».

⁹³Cfr. Punti 26, 28, 29 della sentenza in commento.

⁹⁴ DELLA NEGRA F., *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, cit., pag. 74, nota 30: «Nella sentenza *Océano* infatti la Corte impiega il termine “valutare” l'abusività (in inglese “*determine*” e in francese “*apprécier*”). Più precisa è l'affermazione nella sentenza 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis*, Racc. I-10875, in cui la Corte si riferisce alla facoltà del giudice di “rilevare” l'abusività (in inglese “*find*” e in francese “*relever*”)».

⁹⁵ Cfr. Dispositivo della sentenza in commento.

Sviluppando il ragionamento espresso nella sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, la Corte puntualizza alcune delle modalità di esercizio del rilievo d'ufficio dell'abusività delle clausole nei contratti tra consumatore e professionista nella sentenza 21 novembre 2002, causa C-473/2000, Pres. *Wathelet*, Avv. Gen. A. Tizzano, *Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout*⁹⁶.

La questione pregiudiziale era stata sollevata dal *Tribunal d'instance di Vienne*, in Francia, nell'ambito di una causa intentata dalla *Cofidis SA* contro il signor *Fredout*, per il pagamento di somme dovute in esecuzione di un contratto di credito stipulato con tale società.

Il Tribunale francese, ritenendo che le clausole del contratto di credito relative ai tassi di interesse e alla clausola penale (scritte in minuscolo e sul retro del contratto) fossero abusive, in quanto prive di leggibilità ed in grado di indurre il consumatore in errore e constatando l'impossibilità del rilievo d'ufficio di tale abusività, in virtù dell'articolo L. 311-37, primo comma, del *Code de la Consommation*, in tema di credito al consumo, per lo spirare del termine di decadenza di due anni previsto per l'avvio delle azioni di nullità, aveva sollevato una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia, chiedendo se la Direttiva 1993/13/CEE ostasse «ad una normativa interna che, in un'azione promossa da un professionista nei confronti di un consumatore e basata su un contratto stipulato tra di loro, vieti al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore, il carattere abusivo di una clausola inserita nel suddetto contratto».

⁹⁶C. Giust. CE, sentenza 21 novembre 2002, causa C-473/2000, in *Foro Italiano*, 2003, pagg. 16 e ss.

Dopo aver ammesso la ricevibilità della domanda pregiudiziale, la Corte di Giustizia precisa immediatamente che la fissazione di un limite temporale al potere del giudice di rilevare d'ufficio l'illegittimità di una clausola abusiva è contraria alle finalità della Direttiva 1993/13/CEE.

Tale limitazione, infatti, consentirebbe ai professionisti di eludere la disciplina di tutela semplicemente aspettando lo spirare del termine fissato per chiedere l'esecuzione delle clausole abusive. Inoltre la fissazione di limiti temporali diversi per ogni Stato membro provocherebbe una violazione del principio dell'applicazione uniforme del diritto comunitario.

La Corte sentenza, quindi, che la Direttiva 93/13/CEE «osta ad una normativa interna che, in un'azione promossa da un professionista nei confronti di un consumatore e basata su un contratto stipulato tra loro, vieta al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore il carattere abusivo di una clausola inserita nel suddetto contratto».

Di fondamentale importanza è stata poi la sentenza C. Giust. CE 26 ottobre 2006, causa C-168/05, Pres. *Jann*, Avv. Gen. A. Tizzano, *Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium SL*⁹⁷.

Nel maggio 2002 la signora *Mostaza Claro* aveva stipulato con la società spagnola *Centro Móvil Milenium* un contratto di abbonamento telefonico, contenente una clausola compromissoria che sottoponeva ogni controversia contrattuale all'arbitrato dell'*Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad* (l'«*AEADE*»).

⁹⁷ C. Giust. CE, sentenza 26 ottobre 2006, causa C-168/05, in *Foro Italiano*, 2007, pagg. 373 e ss. Un ampio commento critico di questo *dictum* si deve a D'ALESSANDRO E., *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c. p. c.*, in *Riv. arb.*, 2006, pagg. 673 e ss.

Poiché la sig.ra *Mostaza Claro* aveva violato la durata minima dell'abbonamento, la *Móvil* aveva avviato un procedimento arbitrale dinnanzi all'*AEADE*, concedendo alla signora un termine di dieci giorni per rifiutare l'arbitrato, precisando che, in caso di rifiuto, sarebbe stato possibile adire le vie legali ordinarie.

Dopo aver accettato la procedura arbitrale (senza sollevare questioni sulla validità della clausola compromissoria), la signora decideva di impugnare dinanzi al giudice del rinvio il lodo arbitrale dell'*AEADE*, ritenendolo nullo per il carattere abusivo della clausola compromissoria.

L'*Audiencia Provincial de Madrid*, sospendendo il procedimento poiché la sig.ra *Mostaza Claro* non aveva fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, chiedeva, in via pregiudiziale, ai giudici della Corte di Giustizia, chiarimenti sulla possibilità di rilevare d'ufficio ed annullare un lodo arbitrale nell'ambito del ricorso di annullamento per la presenza di una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore, in assenza di una sua impugnazione nell'ambito del precedente procedimento arbitrale, alla luce dell'art. 6 della Direttiva 93/13.

Richiamando i principi riconosciuti nelle sentenze *Océano* e *Cofidis*, la Corte afferma che il giudice nazionale è sempre tenuto ad accogliere un'impugnazione di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme comunitarie, qualora le stesse siano norme imperative o di ordine pubblico.

A tale categoria appartiene certamente l'art. 6, n. 1, della Direttiva 93/13, proprio in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali poiché mira a sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti, un equilibrio reale,

finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse ed ha lo scopo di rafforzare la tutela dei consumatori, costituendo un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno.

La natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano, pertanto, che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, arginando lo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista.

La Corte sentenza, quindi, che «la Direttiva 93/13/CEE dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale, rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo».

A differenza, quindi, delle due sentenze precedenti ove il potere di rilevare d'ufficio è invocato per finalità protettive del consumatore, nella sentenza *Mostaza Claro* tale potere è riconosciuto in virtù del carattere imperativo delle norme contrarie all'inserimento di clausole abusive. «Se in *Océano* la rilevata finalità di protezione giustifica che la disponibilità del rimedio sia sottratta alle sole scelte del consumatore, consentendo un'iniziativa vicaria del giudice (e così non smentendo, ma semmai correggendo il modello dell'invalidità relativa e con esso la finalità di tutela dell'interesse di una parte più debole) in *Mostaza Claro* la nullità recupera, insieme alla rilevabilità *ex officio*, la funzione di presidiare un interesse generale. Da *Mostaza Claro* in poi, dunque, più rappresentativo

della peculiarità della nullità di protezione sembra il connotato, negativo, della indisponibilità (non azionabilità) per una parte (il professionista) piuttosto che quello della azionabilità, almeno in prima battuta, da parte di un solo contraente e segnatamente quello nel cui interesse è previsto il rimedio (il consumatore)»⁹⁸.

Con la sentenza C. Giust. CE 4 giugno 2009, causa C-243/09, Pres. *Lenaerts*, Avv. Gen. V. *Trstenjak*, *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Gyorfi*⁹⁹ la Corte afferma in maniera inequivocabile l'obbligatorietà¹⁰⁰ e non più la facoltatività del rilievo d'ufficio della natura abusiva di una clausola relativa ad un contratto concluso tra un professionista e un consumatore da parte del giudice nazionale.

La domanda pregiudiziale era stata sollevata dal Tribunale municipale di *Budaörs*, in Ungheria, nell'ambito di una causa sorta tra la società *Pannon GSM Zrt.* e la signora *Erzsébet Sustikné Gyorfi*, sempre per un contratto di abbonamento telefonico concluso a mezzo di un formulario predisposto unilateralmente dalla società *Pannon*.

Tra le clausole incluse nel regolamento di esecuzione, e non oggetto di negoziazione tra le parti, ce n'era anche una derogativa della competenza territoriale a favore della società in caso di controversie. A

⁹⁸ ALESSI R., *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, www.juscivile.it, 2013, 7, pag. 391.

⁹⁹ C. Giust. CE, sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/09, in *Foro Italiano*, 2009, pagg. 489 e ss.

¹⁰⁰ MONTICELLI S., *La rilevanza d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della Corte di giustizia (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. 4, 4 giugno 2009)*, in *Contratti*, 2009, 12, pagg. 1115 e ss., ritiene che, in realtà, tenendo conto dello spirito che informa le precedenti pronunce della Corte di Giustizia, non sia significativo l'uso del termine facoltà, in luogo del termine obbligo, posto che il giudice comunitario ha sempre ritenuto che il giudicante fosse investito di un potere - dovere di rilievo d'ufficio della nullità della pattuizione abusiva. In particolare, tale autore sottolinea come «Nello scorrere i repertori di giurisprudenza, il termine facoltà ricorre più in generale anche nella stragrande maggioranza delle decisioni dei giudici nazionali in tema di nullità, a prescindere dalla natura protettiva o tradizionale di esse; si tratta di una scelta terminologica indotta, con ogni probabilità, non già da una meditata opzione interpretativa circa la natura dei poteri del giudicante, bensì dalla facile perifrasi suggerita dal dettato dell'art. 1421 c.c. che, nel prevedere che la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice, sembra connotare l'esercizio dei poteri officiosi come una facoltà e non, piuttosto, come un obbligo o, meglio, un potere - dovere».

causa dell'inadempimento della signora *Sustikné Györfi*, la società di telefonia aveva avviato un procedimento d'ingiunzione di pagamento dinanzi al *Budaörsi Városi Bíróság*, tribunale nella cui circoscrizione si trovava la sua sede sociale.

A seguito dell'opposizione da parte della sig. ra *Sustikné Györfi*, il giudice adito rilevava un difetto di competenza territoriale in virtù della clausola contenuta nel formulario e, nutrendo dubbi sull'eventuale abusività della clausola stessa, decideva di sospendere il procedimento, sottoponendo la questione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Ribadendo quanto affermato nelle sentenze poc' anzi richiamate, la Corte sottolinea che l'obiettivo perseguito dall'art. 6 della direttiva non potrebbe essere conseguito se i consumatori fossero tenuti ad eccepire essi stessi l'abusività di una clausola contrattuale. La tutela effettiva del consumatore può, pertanto, essere ottenuta solo se si riconosce al giudice nazionale la facoltà di valutare d'ufficio siffatta clausola, data anche la natura imperativa della normativa di tutela.

La Corte specifica, anzi, che per limitare lo squilibrio esistente tra consumatore e professionista, il giudice nazionale sia obbligato ad esaminare d'ufficio tale questione a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, incluso il caso in cui deve pronunciarsi sulla propria competenza territoriale.

Alla luce delle suddette valutazioni, la Corte sentenza, quindi, che «l'art. 6, n. 1, della Direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che una clausola contrattuale abusiva non vincola il consumatore e che non è necessario, in proposito, che egli abbia in precedenza impugnato utilmente siffatta clausola. Il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera

abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga¹⁰¹. Tale obbligo incombe al giudice nazionale anche in sede di verifica della propria competenza territoriale. Spetta al giudice nazionale stabilire se una clausola contrattuale, come quella oggetto della controversia principale, risponda ai criteri richiesti per poter essere considerata abusiva ai sensi dell'art. 3, n. 1, della Direttiva 93/13. A tal fine il giudice nazionale deve tener conto del fatto che può essere considerata abusiva una clausola contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista, la quale sia stata introdotta senza essere stata oggetto di negoziato individuale e sia volta ad attribuire la competenza esclusiva al tribunale della circoscrizione in cui si trova la sede del professionista»¹⁰².

¹⁰¹ VALLE L., *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, cit., pag. 1394: «Per comprendere il fondamento del profilo di disciplina di cui si tratta si ritiene chiarificatore leggerlo nel contesto dell'intera disciplina delle clausole vessatorie e delle sue caratteristiche. Innanzitutto può fornire un fondamento al principio affermato dalla Corte di Giustizia la regola secondo la quale la nullità opera solo a vantaggio del consumatore, che è data nel nostro ordinamento all'art. 36 codice del consumo ed è tuttavia assente nella più scarna previsione dell'art. 6 della dir. 93/13. Se la vessatorietà della clausola può essere pronunciata solo a vantaggio del consumatore, di fronte ad un inequivocabile segnale da parte di questi di volersi ritenere obbligato alla clausola la pronuncia della vessatorietà andrebbe infatti a suo sfavore e quindi non potrebbe trovare spazio. Ad uno sguardo più ampio, a dare fondamento alla possibilità per il consumatore di opporsi alla dichiarazione di nullità della clausola è significativo anche l'altro profilo della disciplina secondo il quale l'esercizio dell'autonomia privata non è escluso, ma ne è escluso soltanto l'esercizio abusivo. Tanto discende dall'art. 3, parr. 1 e 2 della dir. 93/13, che lascia spazio alla trattativa individuale con il consumatore, previsione ripresa dal nostro art. 34, comma 4°, c. cons., secondo il quale non sono vessatorie le clausole che siano state oggetto di trattativa individuale. Nel nostro ordinamento si è poi introdotta una limitazione a tale generale principio nel senso della non ammissibilità della trattativa individuale con il consumatore per le clausole di cui al comma 2 dell'art. 36, fornendo così una più intensa protezione del consumatore rispetto alla direttiva che lascia invece spazio alla trattativa individuale su qualsiasi tipo di clausola. Se l'autonomia contrattuale del consumatore non è in via generale esclusa, mentre lo scopo della disciplina è quello di contrastarne l'esercizio abusivo da parte del professionista, è con tale disciplina congruente che il consumatore può anche *a posteriori*, eccettuate le clausole sulle quali non è ammessa la trattativa individuale, confermare la clausola esprimendo l'intenzione di attenersi al suo contenuto, anziché impugnarla, in quanto ne condivide le previsioni».

¹⁰² PAGLIANTINI S., *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la Corte di giustizia: ultimo atto*, in *Persona e mercato* 3/2010, pag. 30: «E' vero che escludere la rilevanza d'ufficio significa *brider* (alla lettera imbrigliare) i poteri del giudice nell'ambito ov'essi appaiono più necessari. Quindi, per questo motivo, *nulla quaestio* sul fatto che il giudice, nelle controversie aventi per oggetto delle clausole vessatorie, debba rivestire o recitare un ruolo attivo. D'altronde se, da una parte, gli artt. 3 – 6 della direttiva 93/13, in quanto norme attributive ai consumatori di situazioni giuridiche soggettive, sono delle prescrizioni imperative e se, dall'altra, è onere dei giudici nazionali integrare e meglio definire l'elenco delle clausole abusive, va poi da sé che

1.1 (Segue) Le sentenze *Asturcom Telecomunicaciones SL, Banco Español de Crédito SA, Banif Plus Bank Zrt e Jörös.*

Gli effetti delle diverse condotte processuali del consumatore sono esaminati per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, Pres. *Jann*, Avv. Gen. V. *Trstenjak*, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez*¹⁰³, a seguito di una controversia relativa ad un contratto di abbonamento per la telefonia mobile, stipulato tra la *Asturcom* e la sig.ra *Rodríguez Nogueira*.

Tale contratto conteneva, infatti, una clausola compromissoria che sottoponeva ogni controversia concernente l'esecuzione del contratto stesso all'arbitrato dell'*Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad* con sede a Bilbao.

A seguito dell'inadempimento della sig.ra *Rodríguez Nogueira*, la *Asturcom* avviava nei suoi confronti un procedimento arbitrale dinanzi alla *AEADE*, conclusosi con un lodo arbitrale di condanna a carico della cliente.

la rilevabilità officiosa si lasci preferire, come tecnica, al previo compiersi di un separato atto di impugnativa. Si invoca, a tal riguardo, il principio di effettività della tutela giurisdizionale. E, va detto, con piena pertinenza: che lo si declini poi come effettività qualitativa del risultato conseguibile da chi agisce ovvero, seconda la classica impostazione chiovendiana, in termini di garanzia processuale di tutto quello e proprio quello che l'attore ha diritto di ottenere. Ma, giova evidenziarlo, basta tutto questo ad alimentare il convincimento che la Corte di Giustizia, per il tramite della *Pannon*, abbia davvero inteso definitivamente archiviare la questione dei poteri officiosi del giudice quand'egli maneggia la direttiva sulle clausole abusive? Non è così sicuro: bisogna infatti considerare che un obbligo d'accertamento d'ufficio, prodromico sì alla disapplicazione della clausola abusiva, ma corredato dal limite che il consumatore non vi si opponga, è formula troppo interlocutoria perché serva davvero a dirimere le complesse questioni, sostanziali e di diritto processuale, che sullo sfondo rimangono irrisolte. Il criterio, tanto per esemplificare, vale in caso di incompletezza informativa o di clausola arbitrale (che il consumatore di malafede abbia dapprima invocato e successivamente eccepito)? E che dire per le fattispecie ove il legislatore comunitario ha preferito sancire l'irrinunciabilità dei diritti conferiti dalla direttiva?».

¹⁰³ Giust. CE, sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, Pres. *Jann*, Avv. Gen. V. *Trstenjak*, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, in *Contratti*, 2009, pagg. 1176 e ss.

Successivamente l'*Asturcom* proponeva dinanzi al *Juzgado de Primera Instancia n.4 de Bilbao* una domanda di esecuzione forzata del lodo divenuto, nel frattempo, definitivo.

Nell'ordinanza di rinvio il giudice constatava la natura abusiva della clausola compromissoria contenuta nel contratto d'abbonamento ma, osservando anche che la normativa spagnola non consentiva agli arbitri di rilevare d'ufficio la nullità delle clausole compromissorie abusive né prevedeva nulla in merito alla possibilità per il giudice di rilevare tale abusività a seguito di un ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo, decideva di sospendere il procedimento chiedendo in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia se tale possibilità gli fosse riconosciuta alla luce della Direttiva 93/13/CEE.

La Corte, evidenziando il comportamento assolutamente passivo della signora *Rodríguez Nogueira*, si interroga innanzitutto sull'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali.

Secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto comunitario non può imporre ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di rimediare ad una violazione di una disposizione del diritto comunitario da parte di tale decisione e ciò perché le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi.

D'altra parte le modalità di attuazione del principio di autorità di cosa giudicata non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (c.d. "principio di

equivalenza”) né possono essere strutturate in modo tale da rendere più difficile l’esercizio dei diritti che l’ordinamento giuridico comunitario considera ormai come acquisiti, in base al c.d. “principio di effettività”¹⁰⁴.

Tale ultimo principio non può, però, giustificare il fatto che un giudice nazionale debba non solo compensare un’omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti (come nella causa che ha dato luogo alla sentenza *Mostaza Claro*), ma anche supplire integralmente alla completa passività del consumatore che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un’azione d’annullamento contro il lodo arbitrale divenuto definitivo.

¹⁰⁴ Sul principio di effettività cfr. DELLA NEGRA F., *Il controllo d’ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, cit., pagg. 1 e ss.: «Il principio di effettività ha da sempre svolto un ruolo cruciale nel diritto comunitario. Generalmente inteso a designare una esistenza giuridica valutata nella concretezza dei comportamenti praticati, nell’ambito del diritto dell’Unione il principio o criterio di effettività è stato inizialmente declinato dalla Corte di Giustizia nei principi di efficacia diretta e primazia o prevalenza del diritto comunitario. Non soltanto il singolo può invocare direttamente i diritti a lui attribuiti dal legislatore comunitario senza l’intermediazione dello Stato membro (efficacia diretta), ma tale attribuzione non può essere modificata dal legislatore nazionale, nemmeno mediante una legge successiva all’entrata in vigore della normativa dell’Unione (primazia). Tali principi, tra loro complementari, hanno contribuito a saldare il legame tra cittadino europeo, norma e ordinamento giuridico comunitario. Nell’ottica di rafforzare il ruolo del singolo nel sistema giuridico disegnato dai Trattati, la Corte di Giustizia ha utilizzato il concetto di effettività anche al fine di fissare la soglia minima di tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell’Unione. In tale diversa accezione, esso viene dunque associato alla garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva, principio che trova espressione anche negli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) nonché nell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Il carattere tipicamente rimediale del diritto dell’Unione si è infatti sviluppato in relazione all’esigenza, sentita soprattutto dalla Corte di Giustizia, di assicurare i mezzi attraverso cui un certo risultato, previsto in astratto dalla norma comunitaria, può essere conseguito nella vicenda applicativa del diritto interno. La circostanza che gli Stati membri rimangano liberi, in linea di principio, di stabilire le modalità di attuazione dei diritti, in senso sostanziale e soprattutto processuale, rappresenta infatti un potenziale ostacolo per l’effettività e l’uniforme applicazione del diritto comunitario. Per questo la Corte di Giustizia ha stabilito che, ferma restando l’autonomia procedurale, le modalità di attuazione dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell’Unione non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). I vuoti di tutela lasciati dal diritto nazionale emergono in modo più accentuato là dove esistano difficoltà pregiudiziali, connesse, ad esempio, a situazioni di difficoltà economica, culturale e sociale, che si frappongono all’esercizio dei diritti. Non è dunque un caso che il dialogo fra le Corti sulle tecniche e sulle forme di tutela abbia riguardato il diritto dei consumatori ed in particolare i poteri di intervento del giudice nella dinamica processuale (e sostanziale) tra professionista e consumatore. Al giudice nazionale la Corte di Giustizia ha così attribuito il potere - dovere di rilevare d’ufficio la nullità *ex art. 3 della direttiva 1993/13* sulle clausole abusive allo scopo di riequilibrare, sul piano processuale, l’asimmetria che contraddistingue il rapporto di consumo».

Alla luce dei principi richiamati anche nella motivazione della sentenza *Pannon* la Corte dichiara che: «La Direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna¹⁰⁵ (cd. principio di equivalenza). In tal caso, incombe su detto

¹⁰⁵ Cfr. in senso critico PAGLIANTINI S., *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la Corte di giustizia: ultimo atto?*, cit., pagg. 27 - 28: «C'è da sottolineare debitamente il fatto che la convenzione d'arbitrato contestata, pure essa inclusa in un contratto di telefonia mobile, apparteneva al *genus* delle clausole arbitrali obbligatorie il consumatore a rivolgersi esclusivamente ad una giurisdizione di arbitrato irrituale. E clausole siffatte, in virtù di quanto statuiscano sia l'allegato alla direttiva 93/13 (punto 1, lett. q) sia la lista nera – allegato II, lett. c)-annessa all'ultima proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (art. 34), da sempre incontrano la ferma e decisa ostilità della Corte. Per di più, nella fattispecie decisa, risultava che era stato lo stesso ente arbitrale ad elaborare il contratto di telefonia su citato. Donde il domandarsi: *quid iuris* se la clausola avesse avuto il tenore di quella figurante - attualmente - nell'art. 132 - 1 del *code de la consommation* (ove il professionista è ammesso a vincere la presunzione di vessatorietà mediante *preuve contraire*) o se il consumatore ne avesse, di primo acchito, consapevolmente profittato? Non sono, si badi, interrogativi di poco momento perché, almeno ad avviso di chi scrive, c'è da dubitare alquanto che, al cospetto di una differente situazione fattuale, lo scopo di protezione dei diritti contrattuali dei consumatori avrebbe originato un *dictum* corredato, in alcuni snodi della motivazione, di un apparato argomentativo così *tranchant*. A tacere poi delle perplessità, che solleva l'idea di un lodo definitivo caducabile *ex officio*. Il ragionamento della Corte (e prima ancora dell'Avvocato generale), coll'insistere sull'esigenza di una deroga eccezionale pro consumatore al principio di autorità della cosa giudicata, spoglia invero di ogni certezza il professionista giacché, se la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali di ordine pubblico, è valutabile *ope iudicis* persino in sede di esecuzione forzata, non ci sarà più nulla che potrà garantire al professionista che decisioni giudiziali ed arbitrali corredate della veste del giudicato risultino davvero definitive... Ma c'è un metodo in questo metodo oppure, nonostante il formale ossequio alla sentenza *Kapferer*, l'esigenza di salvaguardare i diritti del cd. contraente debole si impone alla stregua di un imperativo pragmatico che spiega tutto?». Cfr. anche PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., pag. 155: «Agli occhi dei primi commentatori la Corte di Giustizia con un'operazione ermeneutica soltanto apparentemente indolore avrebbe evitato di attaccare direttamente il principio del giudicato facendo ricorso al canone dell'effettività preferendo addossare almeno in parte la responsabilità della possibile caduta del giudicato all'ordinamento ed al giudice nazionali (cfr. CONTI R., *C'era una volta il giudicato*, in *Corr. Giur.* 2010, 2, pag. 170). In realtà la pronuncia appare avere un effetto meno dirompente di quello che le si attribuisce. La Corte non esclude a priori la rilevanza della nullità per il solo fatto che il lodo è coperto dal giudicato ma in considerazione della peculiarità del caso rileva che lo stesso non possa cedere di fronte alle esigenze di effettività della tutela. E' pur vero che il richiamo al principio di equivalenza consente di giustificare l'intervento del giudice rimettente ma è altrettanto

giudice l'obbligo di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola»¹⁰⁶.

In tale sentenza si evidenzia quanto il principio della tutela del consumatore abbia finito per assumere «una valenza primaria all'interno dell'ordinamento, tanto da assurgere a canone di un ordine pubblico, che [...] diviene, attraverso una serie di interventi di direzione del mercato e di protezione del contraente economicamente debole, ordine pubblico di protezione proteso a perseguire, attraverso lo strumento negoziale, una politica dirigistica di ricerca dell'equilibrio giuridico nei rapporti negoziali non conclusi fra imprenditori»¹⁰⁷.

vero che l'eventuale cedevolezza del giudicato non è imputabile al *dictum* della Corte. La giurisprudenza interna infatti si era già spinta ad ammettere che il *Juzgado de Primera Instancia* potesse accertare la conformità del lodo alle norme di ordine pubblico finanche superando i limiti del giudicato. Si che riconosciuta questa stessa natura alle disposizioni a tutela del contraente debole, il potere d'intervento non potrebbe negarsi al giudice nazionale che rilevi una nullità per violazione della normativa consumeristica».

¹⁰⁶ Come anticipato, sia nella sentenza *Pannon* sia in *Asturcom* la Corte ha riconosciuto in capo al giudice nazionale il dovere di esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine ma ha taciuto invece sulla possibilità di adottare o meno d'ufficio le opportune misure istruttorie per accertare l'abusività di una clausola. Tale aspetto è stato affrontato dalla sentenza Corte di giustizia dell'Unione europea, 9 novembre 2010, causa C- 137/2008, a fronte di una controversia tra la *VB Pénzügyi Lízing Zrt* e il sig. *Schneider* in merito ad una domanda di ingiunzione di pagamento per rate di un mutuo non pagate. Come nella sentenza *Pannon*, nel contratto di mutuo era stata inserita una clausola derogativa della competenza territoriale a favore dell'istituto di credito. A seguito dell'opposizione all'ingiunzione di pagamento presentata dal sig. *Schneider*, e del rinvio pregiudiziale da parte del *Budapesti II. és III. kerületi bíróság*, la Corte sentenza che il giudice nazionale deve adottare d'ufficio le misure istruttorie al fine di accertare se una clausola attributiva di competenza giurisdizionale territoriale esclusiva contenuta nel contratto, che costituisce l'oggetto della controversia di cui è investito e che è stato concluso tra un professionista e un consumatore, rientri nell'ambito di applicazione della Direttiva 93/13 valutandone d'ufficio il carattere abusivo.

¹⁰⁷ D'ALESSANDRO E., *La Corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2009, 4, pagg. 667 e ss. Cfr. PAGLIANTINI S., *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la Corte di giustizia: ultimo atto?*, cit., pag. 36: «I primi commentatori hanno messo in risalto il carattere dirompente, se non anche eversivo, della sentenza 40/08, evidenziando che, se il giudice dell'esecuzione ha il potere/dovere di caducare un lodo definitivo, l'effetto che si avrà è di accreditare una commistione procedurale - tra i regimi processuali dell'esecuzione forzata e dell'annullamento - discutibile (in quanto non debitamente motivato) ed irragionevole. Perché mai, si dice, per il consumatore deve valere una procedura unica e confusa? E, si aggiunge, l'argomento di un'irrilevabilità che avrebbe invece l'effetto pernicioso di imputare al consumatore tanto l'obbligo di conoscere i suoi diritti quanto quello di sollevare *les questions de droit, que ce soit avant ou en cours de litige*, da solo non basta a giustificare un *dictum* che eleva la discrezionalità giudiziale al rango di un *contre-pouvoir* vigilante sul rispetto, ad

Nel caso *Banco Español de Crédito*¹⁰⁸, del 14 giugno 2012 (causa C-618/10), la Corte di Giustizia estende la rilevabilità officiosa anche alla fase monitoria del procedimento d'ingiunzione, che si svolge a cognizione sommaria e *inaudita altera parte*. Di fronte alla Corte era stata sollevata una questione pregiudiziale nell'ambito di una controversia riguardante un contratto di mutuo, stipulato tra il signor *Joaquín Calderón Camino* ed il *Banco Español de Crédito SA*, ove era stabilito un tasso di interesse al 7,95%, un tasso annuo effettivo globale all'8,89% e un tasso degli interessi moratori al 29%.

In seguito all'inadempimento del sig. *Calderón Camino*, la Banca introduceva, dinanzi al *Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Sabadell*, ai sensi del diritto spagnolo, una domanda d'ingiunzione di pagamento di una somma maggiorata degli interessi convenzionali e delle spese. Il *Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Sabadell* dichiarava d'ufficio la nullità della clausola relativa agli interessi moratori in quanto abusiva e, contestualmente, avvalendosi delle norme nazionali di recepimento della Direttiva 93/13, rideterminava il tasso degli interessi moratori in

opera di tutti i *différents acteurs*, delle previsioni *régulatrices du marché*. Ma il fatto è che, accanto alle Conclusioni si esplicitamente orientate dell'Avvocato generale (§§ 58 – 59, 62 – 64), quel passo della motivazione ove la Corte insiste sull'esigenza di sostituire all'equilibrio formale del contratto un equilibrio reale, onde ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse, avvalorava una siffatta lettura. Con, evidentemente, tutta la serie dei corollari di cui sopra. C'è, si prenda nota, una singolare consonanza tra questo modo di ragionare e l'idea, formulata di recente, che la nullità di protezione incorpori un controllo di meritevolezza funzionalizzato ai valori dell'equità, dell'equilibrio [e] della giustizia. Già, se non fosse che, dallo spoglio dell'intera sentenza, pare pure ricavarci come legittima una seconda interpretazione, assai meno dirompente e soprattutto idonea a stemperare di molto la valenza distorsiva che comunica l'immagine di un giudice *partial au service d'une partie*, praticante una deroga eccezionale, in quanto necessaria, al principio d'autorità della cosa giudicata. Inducono, si badi, ad una siffatta notazione due incisi argomentativi: quello in cui la Corte si perita di chiarire che il principio di effettività non può sortire l'effetto di legittimare il giudice a supplire integralmente alla completa passività del consumatore e, soprattutto, il periodo, ripetuto poi pure nel dispositivo, ove si insiste sulla rilevabilità officiosa se il giudice può procedere ad una siffatta valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. Se si ammette infatti che così stiano le cose, il discorso - com'è facile intendere - cambia perché quanto statuito dalla Corte non è più una rilevabilità incondizionata bensì un potere/dovere officioso azionabile negli stretti limiti previsti dalle norme processuali vigenti».

¹⁰⁸ Cfr. PAGLIANTINI S., *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Persona e mercato*, 1/ 2013.

conformità al tasso di interesse legale ed al tasso degli interessi moratori individuato dal diritto nazionale.

La Banca proponeva appello avverso la suddetta ordinanza dinanzi all'*Audiencia Provincial de Barcelona*, sostenendo, in sostanza, che il *Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Sabadell* non poteva, in tale fase del procedimento, né dichiarare d'ufficio la nullità della clausola contrattuale relativa agli interessi moratori né procedere alla revisione della medesima in mancanza di un'opposizione da parte del debitore.

Nell'ordinanza di rinvio, l'*Audiencia Provincial de Barcelona*, pur concordando con l'impianto accusatorio della Banca alla luce del diritto spagnolo, riteneva, tuttavia, che tale normativa fosse in contrasto con la direttiva a tutela dei consumatori e pertanto decideva di sospendere il procedimento, chiedendo alla Corte di Giustizia di esprimersi in merito alla possibilità del giudice nazionale di pronunciarsi d'ufficio e *in limine litis* in qualsiasi fase del procedimento sulla nullità o sull'adeguamento di una clausola sugli interessi moratori contenuta in un contratto di credito al consumo, in assenza di opposizione da parte del consumatore.

Ripercorrendo dapprima le motivazioni della sentenza *Asturcom Telecomunicaciones SL*, la Corte specifica che, in base al tenore letterale dell'art. 6 della Direttiva, i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima. Infatti detto contratto deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché,

conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile¹⁰⁹.

La Corte dichiara, quindi, che «l'articolo 6 della medesima direttiva dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro¹¹⁰ che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola». Aggiunge, inoltre, che: «La direttiva 93/13/CEE dev'essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro che non consente al giudice, investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento, di esaminare d'ufficio, *in limine litis*, né in qualsiasi altra fase del procedimento, anche qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori, inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest'ultimo».

E' da segnalare anche la sentenza Giust. UE 21 febbraio 2013, causa C-472/11, Pres. Tizzano, Avv. Gen. P. Mengozzi, *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai e Viktória Csipai*¹¹¹.

La questione pregiudiziale promossa innanzi alla Corte di Giustizia era sorta per una controversia instauratasi tra la *Banif Plus Bank Zrt*, una banca ungherese, e i coniugi *Csipai*, a fronte di un contratto di credito in

¹⁰⁹ PETRUSO R., *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte Europea di giustizia*, cit., pag. 442: «L'art. 6 della direttiva, pertanto, letto sistematicamente insieme alla norma ad esso successiva, mirerebbe nel contempo al conseguimento di due diversi risultati: in via immediata, non rendere il consumatore vincolato alle clausole abusive; nel lungo periodo, arginare l'uso di clausole abusive nei contratti con i consumatori, attraverso l'effetto deterrente esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione di siffatte clausole».

¹¹⁰ Come l'articolo 83 del decreto legislativo reale n. 1/2007, recante approvazione del testo consolidato della legge generale sulla tutela dei consumatori e degli utenti e delle altre leggi complementari (*Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*), del 16 novembre 2007.

¹¹¹ Sentenza Giust. UE, sentenza 21 febbraio 2013, causa C-472/11, Pres. Tizzano, Avv. Gen. P. Mengozzi, *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai e Viktória Csipai* in *Foro italiano*, 2014, pagg. 5 e ss.

virtù del quale, in caso di risoluzione anticipata per causa imputabile ai clienti, questi ultimi avrebbero dovuto pagare, oltre agli interessi moratori e alle spese, l'importo complessivo delle rate residue (clausola 29).

In seguito all'inadempimento dei mutuatari, la banca aveva proposto un ricorso chiedendo l'applicazione della clausola 29. Il *Pesti Központi kerületi bíróság* (Tribunale distrettuale del centro di *Pest*), adito quale giudice di primo grado, aveva dapprima informato le parti circa l'abusività della clausola n. 29, invitandole a presentare le proprie osservazioni in merito e poi aveva emesso sentenza di condanna nei confronti dei sigg. *Csipai*, disapplicando la clausola stessa.

Il *Fővárosi Bíróság* decideva di sospendere il procedimento di impugnazione da parte della Banca, chiedendo chiarimenti alla Corte in via pregiudiziale sulla compatibilità tra le norme a tutela dei consumatori previste dalla Direttiva 93/13 e l'operato del giudice di primo grado.

La Corte, al riguardo, ribadisce che, ai sensi degli articoli 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, della Direttiva 93/13/CEE, il giudice nazionale che abbia accertato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale non è tenuto, per poter trarre le conseguenze derivanti da tale accertamento, ad attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenere l'annullamento di detta clausola. «Tuttavia, il principio del contraddittorio¹¹² impone, di norma, al giudice nazionale che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una

¹¹² DELLA NEGRA F., *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, cit., pag. 76: «In tale pronuncia la Corte ha ulteriormente chiarito che l'obbligo di informare le parti e di dare loro la possibilità di presentare osservazioni sul modello del novellato art. 101 c.p.c., rispecchia l'esigenza di garantire il diritto di difesa delle parti che trova espressione nell'art. 47 della Carta di Nizza. È dunque interessante notare che tale norma, per la prima volta menzionata in riferimento alla direttiva 1993/13, viene impiegata dalla Corte non già per rafforzare la tutela del consumatore ma per limitare la virtualità espansiva del principio di effettività. Lasciando per un momento da parte tale questione, l'obbligo di instaurare il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio risponde, secondo la Corte, anche alla finalità di tenere conto della volontà espressa dal consumatore quando quest'ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, afferma tuttavia di opporsi alla sua applicazione, dando quindi un consenso libero e informato alla clausola di cui trattasi».

clausola contrattuale di informarne le parti della controversia e di dare loro la possibilità di discuterne in contraddittorio, secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali»¹¹³.

Ugualmente importante è infine la sentenza *Jörös*¹¹⁴, emanata il 30 maggio 2013, ove si afferma la sussistenza di un dovere, in capo al giudice

¹¹³ Dispositivo della sentenza in commento.

¹¹⁴ C. Giust. UE, sentenza 30 maggio 2013, causa C-397/11, Pres. Tizzano, Avv. Gen. P. Mengozzi, *Erika Jörös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, in *Foro italiano*, 2014, pagg. 3 e ss. Dello stesso tenore è anche la sentenza emanata sempre nella medesima data: C. Giust. UE, sentenza 30 maggio 2013, causa C-488/11, Pres. Tizzano, Avv. Gen. P. Mengozzi, *Dirk Frederik Asbeek Brusse e Katarina de Man Garabito c. Jahani BV*, in *Foro italiano*, 2014, pagg. 3 e ss. La questione pregiudiziale era sorta nell'ambito di una controversia instauratasi tra il signor *Asbeek Brusse* e la signora *de Man Garabito*, contro la *Jahani BV*, società che si occupava a fini commerciali della locazione di immobili ad uso abitativo. La causa riguardava il mancato pagamento, da parte dei locatari, di canoni arretrati, di interessi contrattuali e di penali in virtù di un contratto di locazione di un locale ad uso abitativo sito ad *Alkmaar*, nei Paesi Bassi. Avverso la pronuncia del giudice di primo grado, il quale aveva accolto le domande della *Jahani BV*, ricorrente, i locatari avevano presentato appello al *Gerechtshof te Amsterdam* che rimetteva alla Corte di Giustizia la causa formulando lo stesso quesito della sentenza *Jörös*. La Corte riafferma quanto detto nella sentenza *Joros* specificando anche che la clausola abusiva debba essere sempre e solo disapplicata. Per un commento sulla sentenza *Asbeek Brusse* cfr. ALESSI R., *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, cit., pagg. 397 - 400: «E' ancora a nostro avviso alla luce di un più maturo approccio alla convivenza tra protezione dell'interesse del consumatore e garanzia di interessi generali, che può leggersi la seconda recente pronuncia *Asbeek Brusse*, in vista di fare chiarezza sul problema della integrità del contratto privato della clausola abusiva o all'opposto della sua integrabilità per via legale, e dissipare le preoccupazioni giustamente sollevate da *Banco Español*. La Corte è chiamata questa volta a dire se l'articolo 6 della direttiva possa essere interpretato nel senso che consente ad un giudice nazionale, quando abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale, anziché di disapplicare detta clausola, di limitarsi a ridurre l'importo della penale prevista da quest'ultima, come lo autorizza a fare il diritto nazionale e conformemente a quanto chiesto dal consumatore. Sostanzialmente analoga la questione sottoposta alla Corte in *Banco Español* [...] Per giungere alla decisione, in entrambi i casi negativa, la Corte sente il bisogno di richiamare il tenore letterale dell'art. 6 della Direttiva 93/13 e, in particolare, del paragrafo 1, secondo periodo (oltre che il tenore del Considerando 21) [...]. Quanto basta per allarmare la nostra dottrina, in genere incline ad ammettere l'innesto della regola legale (ancorché dispositiva) nel corpo del contratto amputato della clausola abusiva ed in sostituzione della regola pattizia contenuta nella clausola nulla, secondo la tesi prospettata già in sede di applicazione dell'art. 1341 c.c. Simile conclusione, come si sa, non ha mancato in passato di suscitare obiezioni, e un certo scetticismo sulla praticabilità di tale integrazione è tornato ad affacciarsi a proposito della sorte del contratto di consumo. Praticabilità che la Corte verrebbe ora definitivamente ad escludere, con effetti abbastanza incontrollati sulla sorte del contratto, ben più spesso avviato alla sua totale caducazione sulla base di presupposti diversi e in ipotesi anche contrastanti con l'interesse del consumatore. La portata del principio potrebbe in realtà ridimensionarsi ove riferita e calibrata rispetto alle fattispecie sottoposte all'esame della Corte e dunque alla portata, in concreto, delle decisioni. La decisione, in entrambi i casi (*Banco Espanol* e *Asbeek Bruesse*), segnala una generale diffidenza della Corte verso interventi in qualche modo manipolativi dell'assetto contrattuale per mano dei giudici nazionali; si da rendere plausibile l'idea che sia al ruolo del giudice più che all'innesto della disciplina legale che la giurisprudenza comunitaria intenda sbarrare la strada. Di sicuro non può negarsi che l'interpretazione rigida del dettato dell'art. 6, n 1, della Direttiva e in particolare il rinvio al principio secondo cui il contratto privo della clausola abusiva deve rimanere negli stessi termini, una volta di più sembra rispondere ad un obiettivo di garanzia estrema del consumatore cui farebbe da *pendant* una visione sanzionatoria della verifica di abusività. Vero è che l'idea secondo cui, in principio, la nullità totale –

nazionale, di rilevazione della nullità della pattuizione abusiva anche nell'ambito di un giudizio di appello.

Nella sentenza *Jörös* la questione pregiudiziale era sorta nell'ambito di una controversia instauratasi tra la signora *Erika Jörös* e l'istituto di credito ungherese *Aegon*, a proposito di somme dovute in esecuzione di un contratto di credito stipulato tra di loro nel 2007.

Alcune clausole del contratto, stipulato sulla base di un formulario redatto dalla banca, prevedevano che, alla chiusura di ciascun esercizio economico, il creditore avesse la facoltà di modificare non solo l'importo dei costi di gestione per l'esercizio successivo, in funzione di un'aliquota e con le modalità indicate dalla regolamentazione interna permanente di detto istituto di credito, ma anche il tasso d'interesse o l'importo degli altri costi previsti da detto contratto, oltre che di introdurre nuove categorie di commissioni e spese, nell'ipotesi di modifica dei costi collegati al finanziamento dell'operazione.

Il contratto prevedeva, inoltre, che qualora fossero emersi a carico della *Aegon* nuovi costi che non aveva potuto prevedere al momento della stipulazione del contratto, in seguito alla modifica di una qualunque

e dunque un'ultima possibilità di sganciarsi dall'affare – meglio risponda all'interesse del consumatore, è discutibile tanto quanto quella che sia invece la conservazione del contratto ad assicurargli la migliore protezione. Si profila dunque ancora una volta – e qui in verità in modo decisivo – tutta l'ambiguità di un approccio alla nullità di protezione *consumer oriented*, spinto fino al punto di ritenere che la decisione sull'*an* e sul *quomodo* della sopravvivenza del contratto, quando non consegnata più o meno direttamente alla piena disponibilità del rimedio in sede processuale, chiami il giudice a mimare le scelte postume di convenienza del consumatore. Ma l'esito appare in verità irragionevole prima che privo di fondamento, dovendosi ammettere che l'apprezzamento del giudice mai potrà coincidere con quello del tutto soggettivo del consumatore e inevitabilmente si atterrerà su una interpretazione delle supposte convenienze di questi pur sempre desunte dall'esame del concreto assetto di interessi consegnato al contratto, e/o filtrate da parametri a questo esterni, chiamando in causa un giudizio secondo equità, o obiettivi di c.d. giustizia contrattuale. Ad escludere siffatto esito non basterebbe la constatazione che non è dato rintracciare un dato normativo financo implicito e indiretto che corrobori il conio dell'interesse più vantaggioso per il consumatore quale canone comunitariamente orientato, determinante una invalidità del contratto *secundum eventum litis*: potendo simile risultato considerarsi comunque implicito nel quadro normativo e nello stesso modello di nullità di protezione, ove quest'ultimo si assuma quale veicolo di una gestione del contratto orientata dal quadro di convenienze del contraente protetto».

disposizione di legge, il debitore avrebbe dovuto pagare, su richiesta di tale istituto di credito, la somma necessaria a coprire tali costi o, in alternativa, l'istituto bancario avrebbe avuto il diritto di modificare unilateralmente il tasso del prestito o l'importo delle commissioni, senza possibilità per il debitore di esercitare il diritto di recesso.

La sig.ra *Jőrös* proponeva ricorso contro la *Aegon* dinanzi al *Pesti Központi kerületi bíróság* (Tribunale centrale circoscrizionale del centro di *Pest*), deducendo la parziale invalidità del contratto di credito non per l'abusività delle disposizioni del contratto in questione, ma solo per il carattere usurario e fittizio, nonché contrario alla morale, delle disposizioni stesse.

Poiché il *Pesti Központi kerületi bíróság* respingeva il ricorso, la sig.ra *Jőrös* proponeva appello dinanzi al *Fővárosi Bíróság* (divenuto il *Fővárosi Törvényszék*), il quale decideva di sospendere il processo per chiedere alla Corte di Giustizia di esprimersi in merito alla possibilità del giudice d'appello di esaminare il carattere abusivo delle condizioni generali di contratto nell'ipotesi in cui tale questione non sia stata considerata nell'ambito del procedimento di primo grado e nonostante la normativa nazionale escluda la possibilità di prendere in considerazione fatti nuovi o ammettere nuovi elementi probatori in tale grado di giudizio.

La Corte afferma che un giudice nazionale chiamato in sede di appello a pronunciarsi su una controversia vertente sulla validità di clausole incluse in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora abbia il potere, secondo le sue norme interne di procedura, di esaminare qualsiasi causa di nullità che risulti chiaramente dagli elementi presentati in primo grado ed, eventualmente, di riqualificare, in funzione dei fatti dimostrati, il fondamento giuridico invocato per dichiarare l'invalidità di tali clausole, deve valutare d'ufficio,

o riqualificando il fondamento giuridico della domanda, il carattere abusivo di dette clausole rispetto ai criteri della Direttiva 93/13.

«Qualora il giudice nazionale constati il carattere abusivo di una clausola contrattuale deve, da un lato, senza attendere che il consumatore presenti una domanda a tal fine, trarre tutte le conseguenze che derivano, secondo il diritto nazionale, da tale constatazione affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da tale clausola e, dall'altro, valutare, in linea di principio sulla base di criteri oggettivi, se il contratto di cui trattasi possa essere mantenuto senza detta clausola»¹¹⁵.

2. L'integrazione del contratto: le sentenze *Kasler* e *Unicaja Banco SA*. Considerazioni finali.

La possibilità di un'eventuale integrazione del contratto affetto da clausole abusive è stata affrontata nuovamente nella sentenza C. Giust. UE 30 aprile 2014, causa C-26/13, Pres. L. *Bay Larsen*, Avv. Gen. N. *Wahl*, *Arpad Kasler - Hajnalka Kaslerné Rabai c. OTP Jelzalogbank Zrt*,¹¹⁶ relativa ad un mutuo ipotecario espresso in valuta estera, ove la Corte afferma (in maniera innovativa rispetto alle sentenze *Banco Español de Crédito* e *Asbeek Brusse*) che, qualora un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non possa rimanere in vigore dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, l'interpretazione dell'art. 6, paragrafo 1, della Direttiva 93/13 non osta ad una regola di diritto

¹¹⁵ Cfr. dispositivo della sentenza in commento.

¹¹⁶ C. Giust. UE, sentenza 30 aprile 2014, causa C-26/13, Pres. L. *Bay Larsen*, Avv. Gen. N. *Wahl*, *Arpad Kasler- Hajnalka Kaslerné Rabai c. OTP Jelzalogbank Zrt*, in *Contratti*, 2014, 10, pagg. 843 e ss.

nazionale che permetta al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola, sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva¹¹⁷.

«Nel caso di specie, la clausola considerata abusiva faceva dipendere l'ammontare della rata, per la restituzione di un finanziamento corrisposto in fiorini ungheresi, dal tasso di cambio, calcolato in fiorino ungherese e franco svizzero. Lo scopo della banca che aveva erogato il mutuo era di ottenere un vantaggio aggiuntivo rispetto alla mera restituzione delle somme erogate. Tale vantaggio però non trovava alcuna giustificazione, visto che nessun servizio di cambio era stato contestualmente statuito. Per scongiurare l'intera caducazione del contratto per nullità di un elemento essenziale dello stesso, la sentenza

¹¹⁷ D'ADDA A., *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno I, numero I, aprile/giugno 2014, su www.dirittocivilecontemporaneo.com, pag. 8: «Ora, con la sentenza *Kásler* la Corte di Giustizia, per la prima volta in modo netto, afferma che il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva. E ciò proprio considerando come la *ratio* a fondamento della nullità (o, a seconda degli ordinamenti, dell'inefficacia) della clausola vessatoria impone di attivare soluzioni che, per un verso, assicurano soluzioni prevedibili ed equilibrate e, per l'altro, consentono di evitare un esito, quello della nullità totale, che esporrebbe il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, talché il carattere dissuasivo risultante dell'annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso. [...] In particolare, come visto, la *Banco español de crédito* sembra sbarrare il passo all'applicazione delle regole dispositive, per prediligere l'idea della pura caducazione; al contrario, la recentissima sentenza *Kasler* legittima la sostituzione (ad opera delle discipline legali) finanche di clausole essenziali. La Corte sorvola su siffatte contraddizioni, e sulle ragioni concettuali – oltre che di equilibrio degli esiti operativi – che a mio parere dovrebbero indurre a prediligere in ogni caso – e quindi in ognuna delle fattispecie evocate – la riespansione della disciplina dispositiva abusivamente derogata. Ma i giudici comunitari rivendicano espressamente la coerenza delle proprie soluzioni, che troverebbero unità nell'assicurare il massimo effetto utile per il consumatore e, più in particolare, soluzioni onerose per il professionista che lo disincentivano ad imporre nel regolamento negoziale clausole abusive. Così la clausola penale non andrà ridotta ma obliterata (con applicazione di regola dispositiva); il patto sugli interessi abusivo non andrà ridotto né andranno applicati gli interessi legali, ma il mutuo da oneroso diverrà gratuito; infine, se caducata è una clausola essenziale, la nullità totale dovrà essere evitata, questa volta mediante applicazione della disciplina suppletiva (se sussistente). Con il che la finalità di tutela risulta assorbente di ogni ragione di coerenza tecnica, che tuttavia, anche nella prospettiva del diritto comunitario, non sembra poter essere del tutto obliterata. Sicché se la pronuncia *Kásler* merita adesione, il quadro complessivo delineato dalla Corte di Giustizia in tema di effetti della caducazione parziale è solo in parte convincente: meglio sarebbe stato assicurare in ogni caso soluzioni che, per un verso, salvaguardano la *ratio* di tutela sottesa alla Direttiva 93/13 disincentivando pattuizioni abusive; ma, nel contempo, assicurano soluzioni equilibrate sul piano empirico e fondate (nonché tra loro coerenti) sul piano logico sistematico».

Kàsler ammette l'applicazione della disciplina suppletiva di rideterminazione del corrispettivo, non ponendo a carico del mutuatario le oscillazioni del cambio con il franco svizzero. L'intervento integratore non è fatto però dipendere dalla Corte da scelte discrezionali del giudice, ma dalla disciplina legale che viene richiamata in via suppletiva. Non si verifica, quindi, nessuna correzione del contratto, ma solamente l'applicazione di una regola riesumata perché non poteva essere derogata dalle parti»¹¹⁸.

È da ultimo da segnalare sull'argomento la sentenza emessa per le cause riunite C. Giust. UE 21 gennaio 2015¹¹⁹, cause riunite C-482/13, C-484/13, C485/13 e C-487/13, Pres. A. Tizzano, Avv. Gen. *N. Wahl, Unicaja Banco SA c. José Hidalgo Rueda, María del Carmen Vega Martín, Gestion Patrimonial Hive SL, Francisco Antonio Lopez Reina, Rosa María Hidalgo Vega (C-482/13), e Caixabank SA c. Manuel María Rueda Ledesma, (C-484/13), Rosario Mesa Mesa (C-484/13), José Labella Crespo, (C-485/13), Rosario Marquez Rodríguez, (C-485/13), Rafael Gallardo Salvat, (C-485/13), Manuela Marquez Rodríguez (C-485/13), Alberto Galan Luna, (C-487/13), Domingo Galan Luna (C-487/13)*, originate da controversie aventi ad oggetto la riscossione di debiti non pagati a seguito di contratti di mutuo ipotecario, stipulati tra due banche spagnole, la *Unicaja Banco SA* e la *Caixabank SA*, con i contraenti citati.

Lo *Juzgado de Primera Instancia e Instruccion de Marchena* aveva chiesto in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia se fosse conforme all'interpretazione dell'art. 6 della Direttiva 93/13 la possibilità per il

¹¹⁸ SPOTO G., *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di giustizia*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 2016, pag. 249.

¹¹⁹ C. Giust. UE, sentenza 21 gennaio 2015, cause riunite C-482/13, C484/13, C-485/13 e C-487/13, in *Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, 2015, 5, pagg. 423 e ss.

giudice che accerti l'esistenza in un contratto di mutuo ipotecario di una clausola abusiva relativa agli interessi di mora di moderarne l'impatto concedendo all'esecutante o mutuante la possibilità di adeguare tali interessi¹²⁰.

La Corte specifica, anzitutto, che deve essere riconosciuta la possibilità per il giudice nazionale di sostituire ad una clausola abusiva una disposizione nazionale di natura suppletiva, a condizione che tale sostituzione sia conforme all'obiettivo dell'articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva 93/13 e consenta di ripristinare un equilibrio reale tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti.

Tuttavia, tale possibilità è limitata ai casi in cui l'invalidazione della clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad annullare il contratto nel suo insieme, esponendo così il consumatore a conseguenze tali da esserne penalizzato. Proprio per questo l'articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva 93/13/CEE deve essere interpretato nel senso che non osta ad una disposizione nazionale in virtù della quale «il giudice nazionale investito di un procedimento di esecuzione ipotecaria è tenuto a far ricalcolare le somme dovute a titolo di una clausola di un contratto di mutuo ipotecario che prevede interessi moratori il cui tasso sia superiore al triplo del tasso legale, affinché l'importo di detti interessi non ecceda tale soglia, purché l'applicazione di detta disposizione nazionale: 1) non pregiudichi la valutazione da parte di tale giudice nazionale del carattere abusivo di

¹²⁰ PAGLIANTINI S., *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, in *NGCC 2015* parte prima, pagg. 423- 424: «Nella specie i mutui ipotecari erano soggetti ad un tasso moratorio pattizio rispettivamente del 18 e del 22,5%, dunque ampiamente sopra la soglia consentita: chiaro allora che una loro pura e semplice elisione, come la Corte *per incidens* ricorda, sarebbe tornata utile a dei consumatori tenuti così a restituire una somma inferiore all'importo maggiorato domandato in via esecutiva. Subito ci si avvede, perciò, come i giudici spagnoli remittenti ravvisino nelle previsioni *de quibus* delle norme che interferiscono col loro obbligo di cassare una clausola quando questa sia vessatoria, con annessa pretermissione dei principi di equivalenza e di effettività della tutela consumeristica».

suddetta clausola, e 2) non impedisca al giudice nazionale, di disapplicare detta clausola ove dovesse concludere per il carattere abusivo della medesima, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, di detta direttiva»¹²¹.

Le considerazioni svolte in precedenza confortano l'idea che la «Corte abbia elaborato la propria giurisprudenza affermando regole, pur non esplicitate dal legislatore europeo, intorno a due poli fondamentali: da un lato, l'esigenza di garantire in termini di effettività al contraente reputato svantaggiato la tutela apprestata dal legislatore europeo del 1993 e, dall'altro, la realizzazione e la razionalizzazione della concorrenza nell'ambito del mercato operante nello spazio unico europeo. Questi obiettivi sono stati perseguiti, innanzitutto, nel processo. La Corte europea ha, infatti, cercato di assicurare, attraverso specifiche tecniche di tutela, la piena garanzia del diritto a forme giurisdizionali efficaci ed effettive: si è partiti, così, con il riconoscimento di un potere e successivamente di un dovere di rilevazione officiosa delle clausole abusive, per pervenire al riconoscimento, anche in assenza di impulso di parte, di poteri istruttori volti a consentire al giudice l'individuazione degli elementi di fatto e di diritto necessari a valutare l'esistenza nel negozio di patti abusivi. Nel progressivo accrescimento dei poteri di intervento del giudice nazionale, la Corte ha, poi, individuato un limite invalicabile: l'interesse generale di garantire al mercato maggiore efficienza eliminando vantaggi anticoncorrenziali per una delle parti è destinato, infatti, a cedere al cospetto dell'interesse del singolo consumatore, ove – come puntualizzato nel caso *Pannon* – quest'ultimo scelga di non invocare la natura abusiva della clausola, pur rilevata *ex officio* dal giudice, e pretenda, al contrario, la sua esecuzione. Questo percorso giurisprudenziale si è posto nel solco

¹²¹ Cfr. dispositivo della sentenza in commento.

dei nuovi compiti affidati sia all'Unione sia agli Stati membri dal Trattato di Lisbona. Non meno importanti appaiono, infine, i chiarimenti resi sulla questione relativa alle conseguenze in punto di “non vincolatività” delle clausole abusive. Anche in questo caso la sanzione ricollegata all'accertamento della abusività delle clausole contrattuali viene confermata dal giudice europeo non soltanto come strumento di protezione individuale, ma anche quale fondamentale mezzo per la realizzazione di interessi generali. Ed infatti, l'inefficacia della sola pattuizione abusiva e la conservazione del contratto per il resto, come scelta di fondo effettuata dal legislatore europeo, secondo la Corte, si giustificerebbero nella duplice ottica di ristabilire una situazione di parità contrattuale violata e di preservare l'autonomia contrattuale. Nel passaggio dalla tutela individuale a quella collettiva, secondo la Corte, il destino del contratto non può essere deciso sulla base del vantaggio del solo consumatore: occorre, infatti, salvaguardare anche il principio della certezza del diritto, l'interesse alla stabilità dei rapporti giuridici, nonché la tutela degli affidamenti sorti con la stipulazione contrattuale»¹²².

Nel capitolo seguente, sarà approfondito l'impatto delle sentenze della Corte di Giustizia europea sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale italiano concernente il tema della rilevabilità d'ufficio delle nullità relative di protezione¹²³.

Al riguardo verranno analizzate le problematiche inerenti la presunta incompatibilità tra la legittimazione relativa ed il rilievo

¹²² PETRUSO R., *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte Europea di giustizia*, cit., pag. 443.

¹²³ La Corte Costituzionale, con l'ord. 29 dicembre 1995, n. 536 ha chiaramente affermato il dovere per il giudice nazionale di adeguarsi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia qualora vi siano “precedenti puntuali pronunce” in materia. Cfr. altresì CALZOLAIO E., *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di Giustizia*, cit.

d'ufficio, con un esame approfondito dell'art. 1421 c.c. e della giurisprudenza della Corte di Cassazione.

CAPITOLO III

Il problema della rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale italiano

Sommario: 1. L'art. 1421 c.c. e la discussa compatibilità tra legittimazione relativa all'azione prevista per le nullità di protezione e la rilevabilità d'ufficio. 2. La rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: questioni processuali. 2.1 (Segue) Dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 14828 del 4 settembre 2012 alle sentenze a Sezioni Unite n. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014.

1. L'art. 1421 c.c. e la discussa compatibilità tra legittimazione relativa all'azione prevista per le nullità di protezione e la rilevabilità d'ufficio.

Per poter comprendere appieno le questioni emerse nell'ordinamento italiano relativamente al tema della rilevabilità d'ufficio delle nullità relative di protezione, è necessaria una breve premessa sul dibattito dottrinario (peraltro non ancora sopito)¹²⁴ concernente la *ratio* dell'art. 1421 c.c., che recita che «salvo diverse disposizioni di legge, la

¹²⁴ Cfr. FARINA M., *La rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale tra limiti sostanziali e processuali*, in *Rivista di diritto privato* 4/2014, pagg. 545 e ss.

nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice»¹²⁵.

Per una parte della dottrina il fondamento del potere del giudice di rilevare la nullità in assenza di una specifica istanza di parte è da rinvenire nella salvaguardia dei valori fondamentali dell'ordinamento¹²⁶, ovvero

¹²⁵ La possibilità dell'autorità giudiziaria di accertare d'ufficio l'invalidità del negozio non era prevista nel codice civile italiano del 1865, rappresentando, piuttosto, una regola di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Cfr. PAGLIANTINI S., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: la nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, cit., pagg. 216-217: «Giova per inciso rammentare che, nella situazione ante '42, la rilevabilità d'ufficio, per quanto dibattuta, costituiva una regola di conio giurisprudenziale: regola perciò virtuale, nel senso di non testuale, ma ben nota alle Corti che ne facevano uno sperimentato uso. Come notava Nicola Coviello, per quanto la cosa sia molto controversa, la nullità doveva essere pronunciata d'ufficio al fine, come prima meglio ancora aveva notato Leonardo Coviello, di verificare da un lato il ricorrere delle condizioni minime dell'azione e per evitare, dall'altro, ove il negozio fosse risultato immorale, di garantire il soccorso della legge a chi [avesse] compiuto un fatto illecito. Dunque, com'è facile constatare, la rilevabilità in un caso veniva a risolversi in un sindacato giudiziale tutt'uno col potere di accertamento preliminare del fatto costitutivo, nell'altro la si riconnetteva al tipo di causa fondante la nullità, sanzione in purezza evidentemente nell'ipotesi di immoralità». Per un'approfondita disamina delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto, formatesi sul codice civile del 1865, cfr. FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, pagg.132 e ss. Cfr. anche FARINA M., *La rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale tra limiti sostanziali e processuali*, cit., pagg. 548 e ss.: «Invero, un'analisi sui limiti al potere d'intervento giudiziale sembra non poter prescindere da uno studio della funzione assolta dalla regola della rilevabilità d'ufficio della nullità: sul punto si è, negli anni, riflettuto molto, senza, però, approdare a conclusioni capaci di incontrare il maggioritario (se non unanime) consenso da parte di dottrina e giurisprudenza. I significativi problemi ermeneutici, che l'art. 1421 cod. civ. genera, affondano probabilmente le proprie radici nella particolare genesi della disposizione. Nel sistema ante '42 la rilevabilità d'ufficio costituiva una regola di conio giurisprudenziale, applicata esclusivamente al negozio inesistente ed al negozio contrario all'ordine pubblico. Tali due ipotesi erano caratterizzate, peraltro, da diversi fondamenti. Il contratto inesistente era ritenuto radicalmente privo di effetti: il giudice poteva, pertanto, rilevarne d'ufficio il vizio, nell'esercizio del proprio potere di controllo sulla sussistenza delle condizioni dell'azione; viceversa, nel caso della contrarietà all'ordine pubblico, il potere officioso del giudice si giustificava alla luce della tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento, minacciati dal negozio. Orbene, la rilevabilità officiosa è stata originariamente ammessa per innalzare una tutela contro una causa turpe, salvo poi essere estesa a tutte le fattispecie dell'art. 1418 cod. civ., per il principio che vuole eguale ed indifferenziata la rilevanza impeditiva di ogni effetto causante la nullità. Il peculiare *iter* che ha condotto alla genesi della onnicomprensiva lettera dell'art. 1421 cod. civ. ha, così, suscitato numerose perplessità circa la consapevolezza della scelta compiuta dal legislatore. Prodotto ibrido di un'incerta tradizione, la disposizione si atteggia quale punto focale di un regime accomunante fattispecie assolutamente eterogenee (e lo scenario non può che continuare a complicarsi col proliferare delle c.d. nullità di protezione), al punto che ogni sforzo volto a cogliere la *ratio* dell'art. 1421 cod. civ., isolatamente inteso, rischia di risolversi in un poco fruttuoso esercizio concettuale. Può, invero, risultare più opportuno un inquadramento del problema dei limiti alla rilevabilità officiosa della nullità che muova da un'analisi sistematica di maggior respiro della disposizione».

¹²⁶ In questo senso cfr. anche Cass. SS.UU. 26242/2014: «Questa Corte, con la sentenza 14828/2012, ha dichiaratamente prestato adesione alla tesi tradizionalmente affermata in dottrina, secondo la quale la *ratio* del rilievo officioso, in capo al giudice, della più grave tra le patologie dell'atto negoziale consiste (anche) nella tutela di interessi generali sovraindividuali. Questa opinione è stata di recente vivificata da persuasivi argomenti di tipo comparatistico, volta che si è opportunamente osservato come anche in ordinamenti che non disciplinano espressamente il rilievo officioso della nullità il connesso

nella «funzione di contrasto a negozi riprovevoli perché lesivi di interessi indisponibili»¹²⁷ che l'organo giudiziario è chiamato a svolgere¹²⁸.

Altri autori hanno sottolineato, invece, che il fondamento della norma in commento risieda non tanto nell'esigenza di salvaguardare interessi collettivi alla base dell'ordinamento giuridico, bensì nella necessità di «impedire il formarsi di giudicati sulla validità del negozio nullo e di eliminare un atto idoneo a suscitare affidamenti essenzialmente precari, salvaguardando così l'ordinato svolgimento del traffico giuridico»¹²⁹.

Alla luce di tali considerazioni è stata a lungo messa in discussione la compatibilità tra la legittimazione relativa all'azione prevista per le nullità di protezione e la rilevabilità d'ufficio: dubbi sono stati espressi, infatti, da più parti relativamente alla configurabilità del potere del giudice di accertare autonomamente tale forma di invalidità 'speciale', in quanto orientata alla tutela di un solo contraente (cd. debole), senza uno specifico impulso di parte.

Per una parte della dottrina la rilevabilità d'ufficio dovrebbe essere compatibile solo con la legittimazione assoluta a far valere l'azione di nullità, in quanto entrambi gli istituti sono posti a tutela di interessi generali: «l'ingerenza giudiziale, di là dalla domanda del soggetto

potere-dovere del giudice sia tradizionalmente ammesso, in quanto posto a tutela di interessi superindividuali. D'altronde, proprio la natura superindividuale dell'interesse protetto giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo, comportando che una convenzione affetta di sì grave patologia imponga al giudice di negare efficacia giuridica a un atto nullo».

¹²⁷ PAGLIANTINI S., *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 6, pagg. 753 e ss.

¹²⁸ In questo senso, secondo MONTICELLI S., *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, II, pagg. 669 e ss., la nullità opera come sanzione civile indiretta, intesa quale misura afflittiva comminata dalla legge ed applicata dall'autorità giudiziaria allo scopo di garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico e di prevenire la trasgressione di precetti posti a salvaguardia di interessi generali.

¹²⁹ FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., pag. 135. Nello stesso senso anche PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, cit., pag. 189 e PASSARELLA A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *I Contratti* 1/2013, pag. 81.

legittimato, si giustificerebbe, infatti, nella misura nella quale risulti preordinata ad attuare interessi che trascendono la sfera individuale delle parti in causa. Così, ritenuto che la nullità di protezione sia finalizzata a tutelare esclusivamente o prevalentemente interessi di una determinata parte contrattuale, non potrebbe giustificarsi la menzionata ingerenza, pena il rischio di mortificare proprio quell'interesse che si intende proteggere»¹³⁰.

Altra parte della dottrina ha rilevato, invece, che nelle ipotesi di invalidità relativa non si creerebbero situazioni atte a suscitare “affidamenti precari”, per cui la rilevabilità d'ufficio non sarebbe necessaria: qualora, infatti, il soggetto cui è riconosciuta la legittimazione ad agire in giudizio non facesse valere il vizio, si formerebbe un “indice di affidabilità del negozio non caduco” avente efficacia di giudicato e, quindi, inattaccabile da parte di soggetti terzi¹³¹.

Nelle ipotesi di nullità relative, quindi, non si avrebbe la necessità di evitare che si consolidino affidamenti su negozi la cui invalidità potrebbe essere invocata da un numero indefinito di terzi, con la conseguenza che la previsione della rilevabilità d'ufficio non sarebbe più giustificabile.

Si è, inoltre, sostenuto che la rilevabilità d'ufficio dovrebbe essere esclusa in caso di nullità relative poiché ciò vanificherebbe l'intento del legislatore di riservare ad un soggetto determinato la scelta in ordine alla

¹³⁰ PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., pag. 86. Cfr. però BONFIGLIO G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., pag. 887: «Non si vede come si può, senza avvilupparsi in una contraddizione, assumere in ipotesi la vaghezza della nozione di interesse pubblico e poi ritenere di riuscire a padroneggiare la nozione stessa con sicurezza tale da individuare il fondamento delle diverse ipotesi di nullità al fine di predicarne o negarne la rilevabilità d'ufficio».

¹³¹ FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., pag. 136. Cfr. anche BILÒ G., *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, 2, pagg. 483 e ss.

sorte del contratto, in analogia con quanto previsto per il contratto annullabile¹³²: «secondo questa impostazione, la nullità relativa finirebbe per perdere la propria connotazione di *species* riconducibile al medesimo *genus* della nullità, confondendosi con l'annullabilità, in quanto opererebbe non già *ipso iure*, ma *ope exceptionis*, di tal che il contratto che ne è affetto, in mancanza della domanda o eccezione della parte legittimata, produrrebbe tutti i suoi effetti come se fosse annullabile»¹³³.

In realtà non ci sono argomenti decisivi per escludere a priori la compatibilità tra la nullità relativa di protezione e la rilevabilità d'ufficio¹³⁴.

Occorre, anzitutto, rilevare che la presunta incompatibilità tra i due istituti professata dalle suddette teorie è stata di fatto smentita dalle

¹³² In questo senso SCHLESINGER P., *Commento all'art. 15 della legge 28 gennaio 1977, n. 10, ne Le nuove leggi civili commentate*, 1978, pag.120; GENTILI A., *Le invalidità*, in *Tratt. Contratti*, diretto da P. Rescigno, II, Torino 1999, pagg.1347 e 1370.

¹³³ ALBANESE A., *Contratto Mercato Responsabilità*, pag. 78. Cfr. anche: MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., pagg. 686 e ss.; IACONO M., *Rilevabilità d'ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, pag. 33; MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, cit., pagg. 86 e ss.

¹³⁴ Cfr. GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 449; MALVAGNA U., *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione ex art. 127 TUB*, in *Rivista di Diritto bancario* 2/2015, pag. 6: «La tesi che esclude la compatibilità tra poteri officiosi e la disciplina delle nullità protettive, pur nella sua indiscutibile suggestione, non è, peraltro, immune da alcune fragilità argomentative, tanto da essere efficacemente contrastata da altra dottrina, favorevole a estendere l'ambito di applicazione dell'art. 1421 cod. civ. anche a quelle nuove invalidità sancite per la violazione di norme poste a tutela di soggetti ritenuti dalla legge economicamente più deboli, di fronte a situazioni di squilibrio contrattuale, sulla scorta del piano quanto efficace rilievo che la legittimazione ad agire ristretta ai soli soggetti indicati dalla norma non si riverbera *ipso facto* in una consequenziale esclusione del potere di rilievo officioso delle nullità in questione ex art. 1421 c.c. Si è detto indiscutibile lo scopo della nullità relativa volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.: si pensi alla disciplina antitrust, alle norme sulla subfornitura che sanzionano con la nullità i contratti stipulati con abuso di dipendenza economica, alle disposizioni sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che stabiliscono la nullità di ogni accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, ex D. Lgs. n. 231 del 2002), poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese. La pretesa contraddizione fra legittimazione riservata e rilevabilità d'ufficio risulta soltanto apparente, se l'analisi resta circoscritta al profilo della rilevazione della causa di nullità».

fattispecie di nullità relative di protezione (richiamate nel primo capitolo) per le quali il legislatore ha testualmente previsto sia la legittimazione relativa all'azione sia la rilevabilità d'ufficio, nonché dalle numerose sentenze della Corte di Giustizia, commentate nel capitolo precedente.

Sì è visto, inoltre, (come già anticipato nel primo capitolo) che per le nullità di protezione il profilo della legittimazione opera su un piano diverso rispetto a quello della disponibilità o indisponibilità della tutela¹³⁵.

Le nullità relative di protezione tutelano, infatti, non solo un interesse particolare, attinente alla parte debole del rapporto, ma anche un interesse di natura pubblica o generale, quale ad esempio la sicurezza dei traffici giuridici e l'equilibrio del mercato.

«L'introduzione nel sistema delle cd. nullità di protezione testimonia in modo tangibile la crisi della distinzione fra pubblico e privato nella cura degli interessi sottesi alle patologie negoziali. La complessità delle nullità protettive è, difatti, irriducibile alla dicotomia pubblico / privato: “si tratta di patologie tese ad attuare un interesse riferibile al mercato inteso non quale astrazione, ma sintesi delle legittime aspettative degli operatori che quotidianamente ne sono protagonisti (consumatori, utenti, imprese), un interesse destinato ad intrecciarsi inestricabilmente con quello che, a livello macroeconomico, muove il singolo contraente ad invocare la caduta o il riequilibrio della regola contrastante con la comminatoria”¹³⁶»¹³⁷.

A differenza, quindi, dell'annullabilità (posta a tutela di un mero interesse individuale)¹³⁸, la legittimazione relativa delle nullità di

¹³⁵ Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione*, cit., pagg. 30 e ss.

¹³⁶ GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contratti*, 2006, pag. 17.

¹³⁷ FREDA A., *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, cit., pag. 590.

¹³⁸ Cfr. FREDA A., *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, cit., pag. 587: «L'opinione di POLIDORI S., (*Nullità di protezione e interesse pubblico*, cit.,

protezione mira soprattutto ad impedire un utilizzo “abusivo” della patologia negoziale da parte del contraente forte, in danno del contraente protetto dalla norma di tutela.

«Così ricostruito il problema, non emergono, dunque, elementi atti a mettere in dubbio la compatibilità della rilevabilità d’ufficio con la figura della nullità relativa¹³⁹: anzi, nel quadro normativo più

pagg. 1029 e ss.) è che ad oggi permangano differenze tra l’annullabilità e la nullità anche se tanto l’una quanto l’altra patologia possono essere caratterizzate dalla riserva di legittimazione a soggetti determinati e dalla conseguente vincolatività *ex uno latere* delle regole divisate; tali differenze sarebbero correlate alla diversa patologia di squilibrio presa in considerazione. Nelle fattispecie tipiche di riferimento l’annullabilità non presuppone la debolezza sottesa alle nullità di protezione, ma si collega ad una perturbazione del volere dovuta all’intervento di fattori occasionali e contingenti, in assenza dei quali le parti avrebbero negoziato in posizione paritaria, pertanto, una volta rimossa la causa dello squilibrio con il riacquisto della capacità, la cessazione della violenza o la scoperta del vizio, lo statuto della patologia rimette alla disponibilità dell’interessato l’operare della tutela, essendo escluso ogni potere del giudice di rilevare d’ufficio l’annullabilità del negozio. Così l’ordinamento offrirebbe al contraente la possibilità di riconsiderare la convenienza dell’affare attribuendogli il potere di convalida e, al tempo stesso, responsabilizzandolo attraverso l’onere di esperire l’azione entro il termine di prescrizione quinquennale. Assai diversa sarebbe la matrice dello squilibrio che fa da sfondo alle nullità di protezione. Uno squilibrio non occasionale, ma strutturale, causato da meccanismi distorsivi che, nei fatti, attribuiscono a uno dei contraenti la forza di dettare le regole dello scambio, ora predisponendole unilateralmente, come accade nelle negoziazioni fra professionisti e consumatori, ora facendo valere, in sede di trattative, la posizione preminente acquisita sul mercato (come nella fattispecie dell’abuso di dipendenza economica). In quanto causata da fattori immanenti e non contingenti, questa forma di squilibrio non viene meno con la medesima facilità con la quale può essere rimossa la causa d’annullabilità del negozio: essa, per esempio, è suscettibile di proiettarsi dal terreno sostanziale a quello processuale, legittimando il potere del giudice di rilevare d’ufficio la nullità relativa allorché la parte debole, spesso difesa approssimativamente in ragione degli scarsi mezzi economici che è in grado di impiegare nella vicenda giudiziaria, non abbia valutato appieno le possibilità di tutela offerte dal sistema. Dello stesso giudizio sono: CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell’autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, pagg. 836 e ss., e TOMMASINI R., *Introduzione. L’azione di annullamento e i suoi presupposti*, in Tommasini R. e La Rosa E., *Dell’azione di annullamento. Artt. 1441-1446*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2009, pagg. 25 e ss.».

¹³⁹ Cfr. PETRELLI G., *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l’acquirente (D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122)*, cit., pagg. 241-244; BONFIGLIO G., *La rilevabilità d’ufficio della nullità di protezione*, cit., pagg. 884 e ss.; MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d’ufficio*, cit., pag. 685; GIOIA G., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., pagg. 1332 e ss.; STUDIO n. 5691/C, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione, costruzione* (estensori PAOLINI A. - RUOTOLO A.), Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 4 aprile 2005, su [www. notariato.it](http://www.notariato.it), pagg.7-9; STUDIO n.166-2006, *Il Decreto Legislativo 122/2005 e sua applicazione alle cooperative di abitazione*, (estensore IENGO M.), Approvato dal Gruppo di studio sulla riforma delle società cooperative il 19 gennaio 2007, su www. notariato.it, pagg. 8-9; STUDIO n.5813/C, *Decreto legislativo 122/2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, (estensore RIZZI G.), in C.N.N., *Studi e materiali*, 2005, II, pag.1058: «Benché trattasi di nullità relativa, che può essere fatta valere solo dall’acquirente, tuttavia deve ritenersi comunque ed in ogni caso rilevabile d’ufficio da parte dal giudice, anche se è necessario temperare gli obiettivi di tutela dell’interesse pubblico con le esigenze di protezione concreta del singolo contraente per cui la rilevabilità d’ufficio dovrebbe comunque ammettersi nel solo interesse del soggetto tutelato»; LUZI A., *La nullità di protezione nei rapporti di consumo*, in internet; FREDA A.,

recentemente delineatosi, si può dire che la rilevabilità d'ufficio debba ormai essere considerata un connotato costante della nullità (di protezione), anche ove non sia espressamente prevista dal legislatore, in quanto rappresenta un mezzo attraverso il quale l'ordinamento può assicurare l'effettiva tutela degli interessi del contraente debole, ove questi non si avveda del vizio del negozio. E non si può dimenticare che su questa linea si colloca anche la posizione della Corte di Giustizia, la quale dapprima con la sentenza *Océano Grupo* ha affermato che, nella normativa sulle clausole abusive, la *ratio* della Direttiva 93/13/CEE comporta che "il giudice nazionale, nell'esaminare l'ammissibilità di un'istanza propositagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto di cui è causa" e poi ha ribadito questo orientamento nella sentenza *Cofidis*, specificando che il suddetto potere del giudice non può nemmeno essere sottoposto dalla normativa nazionale a termini di decadenza, poiché questo comporterebbe una ingiustificata diminuzione della tutela che la normativa comunitaria riserva al consumatore»¹⁴⁰.

Sulla base di questi presupposti è possibile affermare che il punto centrale della questione non dovrebbe essere, quindi, la pretesa incompatibilità tra rilevabilità d'ufficio e legittimazione relativa all'azione bensì la definizione delle modalità di esercizio e dei limiti di tale intervento giudiziale, nelle ipotesi di nullità di protezione.

Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa, cit., pag. 593: «Oggi la dottrina prevalente ritiene che sussista uno stretto legame tra il fondamento sostanziale della comminatoria di nullità, individuato nella lesione di un interesse generale ed il potere del giudice di rilevarne la causa indipendentemente da una richiesta delle parti in tal senso: alla legge preme garantire, in vista di un interesse generale, il rispetto della norma imperativa. Non essendo estraneo alla nullità di protezione il perseguimento di obiettivi che trascendono la tutela della parte debole del rapporto contrattuale, avendo tale forma di nullità anche l'obiettivo di tutelare un interesse di natura generale rappresentato dal processo di creazione e sviluppo del mercato, la soluzione coerente con il sistema resta quella di ammettere la rilevabilità d'ufficio di una nullità che, benché primariamente ispirata alla finalità di protezione di una parte, soddisfa comunque un interesse a carattere pubblico».

¹⁴⁰ GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 453.

Si è sottolineato, infatti, che il potere di rilevazione d'ufficio delle nullità di protezione dovrebbe essere esercitato esclusivamente nell'interesse del contraente protetto dalla norma di tutela¹⁴¹: constatata la nullità del contratto o di una sua clausola, il giudice dovrebbe, quindi, sempre valutare gli interessi sottesi alla vicenda contrattuale e dichiarare la nullità solo se la stessa risulti a vantaggio del contraente medesimo.

Dubbi sono sorti su quale dovrebbe essere l'oggetto della valutazione del giudice ai fini della declaratoria di una nullità di protezione, ovvero se si debba far riferimento alla volontà del contraente debole¹⁴² o all'interesse tutelato dalla norma¹⁴³, soprattutto nel caso in cui non coincidano¹⁴⁴.

Secondo alcuni autori, il giudice non può rilevare la nullità di una clausola nel caso in cui il consumatore dichiari nei propri scritti difensivi

¹⁴¹ Si veda in particolare quanto affermato nella sentenza *Pannon GSM*, nonché nella sentenza *Banif Plus Bank ZRT*, di cui al precedente capitolo.

¹⁴² Cfr. D'AMICO G., *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., pagg. 740 e ss.

¹⁴³ Cfr. MONTICELLI S., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in internet: «Appare allora chiaro che il giudicante è chiamato preliminarmente ad effettuare una interpretazione teleologica del dato normativo che prevede l'ipotesi di nullità oggetto di possibile rilievo d'ufficio. Tale indisponibile passaggio ermeneutico consentirà di individuare gli scopi della norma, gli interessi sottesi e bisognosi di protezione, ma ciò non basta: la valutazione svolta dal giudice non dovrà essere astratta e dunque non potrà prescindere dalle richieste espresse dal consumatore e, alla luce di queste, dall'accertamento e verifica attraverso il corretto uso degli strumenti processuali forniti dal codice di rito, della possibilità di esercitare i poteri officiosi senza che tale esercizio finisca per confliggere in concreto proprio con gli interessi della parte debole del rapporto contrattuale che la norma intende invece tutelare».

¹⁴⁴ Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 20, nota 30: «Giova precisare tuttavia che la volontà del contraente debole (ancor più se implicitamente individuata o presupposta: si pensi all'ipotesi di una manifestazione tacita) non coincide necessariamente con l'interesse protetto. Dunque, qualora non vi fosse coincidenza tra volontà ed interesse, nasce il problema della prevalenza dell'uno o dell'altro ai fini della declaratoria di nullità. Ad esempio, la volontà manifestata tacitamente non sempre coincide con l'interesse reale o con la volontà effettiva sicché a nostro parere, in costanza di una coincidenza tra volontà manifestata ed interesse reale deve prevalere quest'ultimo ai fini della declaratoria di nullità. Il discorso quindi deve incentrarsi non soltanto sulla volontà manifestata ma anche sull'interesse protetto posto che la volontà del contraente debole potrebbe essere anche soltanto presupposta (o fatta rilevare in modo strumentale dal professionista), sicché in tal caso la declaratoria di nullità deve essere fatta dipendere prevalentemente dall'interesse o dal pregiudizio che possa derivare al contraente debole».

di avere interesse al mantenimento della stessa¹⁴⁵: «il giudice dovrebbe quindi sempre rilevare la causa di nullità relativa tranne nel caso in cui il contraente legittimato manifesti un interesse all'efficacia del contratto o della clausola, rilevato da un comportamento processuale di invocazione degli effetti negoziali o da un comportamento a carattere positivo che comunque esprima accettazione degli effetti medesimi»¹⁴⁶.

Per valorizzare la duplice natura (pubblica e privata)¹⁴⁷ degli interessi tutelati dalle nullità protettive, alcuni autori hanno sottolineato

¹⁴⁵ Cfr. MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., pagg. 688 e ss.: «La previsione della rilevabilità d'ufficio del vizio risponde [...] all'obiettivo di supplire alla scarsa reattività processuale che caratterizza il consumatore che è parte debole nel contratto e parte debole nel processo. Non v'è dubbio, allora, che il fondamento dell'attribuzione dei poteri officiosi ne limiti anche la portata e, pertanto, dovrà ritenersi che proprio nel rispetto delle indicate finalità contenute nelle disposizioni in oggetto il giudice potrà rilevare d'ufficio la nullità solo se, con riferimento al caso concreto, ciò non finisca per penalizzare il consumatore. Tale valutazione, bandita ogni astrazione, dovrà effettuarsi dal giudicante caso per caso, vagliando attentamente le richieste espresse dal consumatore e, comunque, all'esito della dovuta indicazione alle parti *ex art. 183, 3° comma*, [ora 4° comma], c.p.c., delle questioni rilevabili d'ufficio». Sempre MONTICELLI S., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, cit., pag. 303 aggiunge che: «Nella ricorrenza di tale ipotesi (ovvero qualora il contraente dichiara di aver interesse al mantenimento della clausola nulla, n.d.r.) ritengo che il giudice non debba rilevare d'ufficio la nullità perché altrimenti tradirebbe lo spirito della legge privilegiando l'astratta tutela dell'interesse pubblico ai concreti profili di protezione dell'interesse individuale del consumatore, che verrebbero addirittura, sacrificati. Si compierebbe così una valutazione arbitraria di assoluta preminenza dell'interesse pubblico senza che ciò sia concesso da una corretta interpretazione delle finalità che la previsione della nullità, nelle disposizioni in oggetto, è volta a perseguire». Condivide questa impostazione MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, cit., pag. 94.

¹⁴⁶ BONFIGLIO G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., pag. 899, il quale specifica che in definitiva: «Non è da ritenere che il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità se e quando essa ridondi a vantaggio del soggetto legittimato, ma, in termini opposti, che non possa *motu proprio* rilevarla solo quando sia questi a precludere la declaratoria con l'invocazione o l'accettazione degli effetti negoziali». Posizione simile quella di ROPPO V., *Il contratto del duemila*, cit., pagg. 815 e 919 e CORSINI F., *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. Dir.civ.*, 2004, II, pagg. 673 e ss.

¹⁴⁷ PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., pag. 89: «L'idea secondo la quale la nullità protettiva quand'anche relativa è posta a presidio di interessi che trascendono la sfera privata sembra contrastare con una costruzione che subordini il potere di intervento del giudice ad una dichiarazione adesiva o alla mancata opposizione del contraente legittimato. A ben vedere una simile impostazione potrebbe reggere a fronte di quelle nullità poste a tutela della consapevolezza del consenso della parte contrattuale debole, ossia per quelle nullità tese a porre rimedio all'asimmetria informativa che caratterizza determinati rapporti contrattuali. In tali ipotesi l'interesse alla conservazione del contratto potrebbe risultare preminente qualora la violazione della prescrizione di forma non abbia in concreto leso gli interessi tutelati. Analoghe considerazioni non potrebbero essere svolte con riferimento alle ipotesi di nullità in funzione di riequilibrio. Difatti se è certamente vero che è difficile prospettare la possibilità che il contraente legittimato dichiara di volere gli effetti di una clausola oggettivamente squilibrante, non può non rilevarsi che un'eventuale convalida consentirebbe di dare legittimità ad un contratto riprovato dall'ordinamento. Del resto, da un lato un contratto squilibrato a causa dell'abusivo esercizio del potere negoziale è un contratto riprovato

che al giudice che constati la sussistenza in astratto dei presupposti per la declaratoria della nullità competa la valutazione in concreto¹⁴⁸ degli «interessi coinvolti nel singolo scambio [...], al fine di individuare il miglior risultato utile per il contraente protetto. Miglior risultato utile che si ritiene debba essere valutato in relazione alla funzione del rimedio in esame. Al giudice spetta la valutazione ultima della convenienza, per il soggetto tutelato, della scelta del mantenimento in vita o meno del contratto totalmente o parzialmente nullo anche contro la volontà espressa dal medesimo soggetto. Rientra proprio nella logica delle nullità di protezione l'intervento del giudice in chiave correttiva anche con riferimento a scelte del contraente protetto errate dal punto di vista sostanziale e processuale»¹⁴⁹.

Al di là delle contrastanti opinioni sull'argomento, sembra potersi rilevare che il vero punto di raccordo fra le teorie dottrinarie enunciate sia da rinvenire nella necessità di coordinare il carattere relativo della nullità con le finalità protettive dell'istituto.

dall'ordinamento; dall'altro detto disequilibrio non necessariamente interessa solo il singolo scambio ben potendo avere una diretta incidenza sulla concorrenzialità del mercato nel quale esso si inserisce. Qualora l'intervento del giudice fosse precluso dall'opposizione del contraente legittimato gli scopi di tutela sottesi al rimedio ne uscirebbero mortificati».

¹⁴⁸ Concorda sulla valutazione in concreto anche D'AMICO G., *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit.

¹⁴⁹ PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pagg. 21-22 che aggiunge: «La rilevabilità d'ufficio non è quindi una tecnica astratta e distante dalle esigenze di protezione: essa non può di regola operare a svantaggio del contraente protetto. Ciò significa tuttavia che nella prospettiva del singolo scambio il giudice deve operare nell'interesse del contraente debole sicché può rilevare la nullità anche contro la sua volontà, qualora tale volontà è oggettivamente a suo svantaggio». Cfr. PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., pag. 89: «Tali considerazioni potrebbero trovare ulteriore sviluppo ponendo l'accento sulla prospettata configurabilità di ipotesi nelle quali il giudice rilevi la nullità non nell'interesse del contraente debole ma nell'interesse generale: non sarebbe possibile precludere a priori l'intervento del giudice d'ufficio per sanzionare un contratto ed evitare il successivo utilizzo. Vi sono infatti alcuni contratti che sia per come sono predisposti sia per le qualità dell'impresa che li utilizza possono incidere negativamente sul mercato. Il giudice pertanto dovrebbe primariamente tener conto del singolo scambio e quindi dell'interesse del contraente protetto dalla declaratoria di nullità senza tuttavia prescindere da una valutazione dei riflessi che un patto iniquo può avere sul mercato. Sì che non può escludersi in alcuni casi che l'interesse del singolo contraente possa soccombere a fronte di altro interesse che nella vicenda contrattuale merita di prevalere. Ciò ad ulteriore conferma del fatto che nella declaratoria di nullità il giudice non è vincolato ad una manifestazione adesiva di volontà del contraente legittimato».

«Il ruolo attribuito al giudice nelle nuove nullità di derivazione comunitaria, di forte supplenza a una difesa, quella del contraente debole, che potrebbe essere carente, ha fatto sì che la legittimazione talvolta circoscritta alla sola parte debole del contratto sia stata volutamente bilanciata dal potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità. In quest'ottica l'attuazione stessa degli obiettivi di protezione della parte debole del contratto è stata posta dal legislatore anche nelle mani del giudice attraverso l'esercizio dei poteri officiosi; ciò non significa, ovviamente, negazione del principio dispositivo ma certamente comporta la necessità che il giudicante sia vigile nel bilanciare e contemperare le esigenze del diritto processuale con quelle del diritto sostanziale, specie laddove, com'è il caso della contrattazione ineguale, la nuova legislazione ad essa dedicata attribuisce al giudicante un ruolo forte di presidio dell'equilibrio giuridico, e forse anche economico, dello scambio per garantirne, al di là delle valutazioni delle parti come trasfuse nel testo contrattuale, un'equità sostanziale»¹⁵⁰.

¹⁵⁰ MONTICELLI S., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, cit.

2. La rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: questioni processuali.

A conclusione dell'analisi della problematica relativa al rilievo d'ufficio *ex art. 1421 c.c.*, occorre, ora, soffermarsi su quali siano le modalità concrete ed i limiti imposti al giudice nazionale per sollevare d'ufficio la questione relativa alle nullità di protezione¹⁵¹.

In generale, occorre sottolineare che, per la giurisprudenza maggioritaria, il potere riconosciuto al giudice *ex art. 1421 c.c.* è condizionato, anzitutto, dal rispetto dei principi del contraddittorio e della disponibilità delle prove, posti a garanzia del coordinamento tra le norme di diritto sostanziale e di diritto processuale¹⁵².

Per quanto concerne il primo principio, l'art. 183 c.p.c., comma 4, dispone che: «Nell'udienza di trattazione, ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma (dell'art. 183 c.p.c.), il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione».

¹⁵¹ BIVONA E., *Rilevabilità d'ufficio della nullità tra regole sul contratto e regole sul processo*, in *I contratti* 8/9 del 2016, pagg. 773 e 774: «Il tema della rilevabilità d'ufficio della nullità, riguardato dalla dottrina come massima fonte di problemi e incertezze specie sul piano applicativo, è forse quello in cui più di altri emerge evidente l'interferenza tra regole sul contratto e regole sul processo: e ciò, anche per l'idea secondo cui l'art. 1421 c.c., che come un Giano bifronte riunisce in sé fatto giuridico sostanziale e sua rappresentazione nel rito, imporrebbe un compromesso tra le ragioni del sistema civilistico dell'invalidità e quelle del processo».

¹⁵² Cassazione SS.UU. 26242/2014: «Se l'art. 1421 c.c. enuncia un principio apparentemente inequivoco, sancendo la rilevabilità officiosa della nullità del contratto senza apparenti limiti e condizioni, il successivo approdo della norma sostanziale nel territorio del processo finisce per essere condizionato dalle disposizioni del codice di rito che segnano i confini posti ai poteri officiosi del giudice. Peraltro, non è seriamente contestabile che il legislatore abbia già compiuto un giudizio di valore sul piano sostanziale, disponendo (il "può" dell'art. 1421 è comunemente e condivisibilmente letto come un "deve") il rilievo *ex officio* della nullità, ma conferendo poi ad essa, sul piano processuale, il carattere di eccezione in senso lato, indipendente da qualsiasi attività delle parti quanto alla sua rilevazione». Cfr. anche PASSARELLA A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, cit., pagg. 81 e ss. e GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, pagg. 369 e ss.

La norma suddetta insieme a quella espressa dal nuovo art. 101 c.p.c.¹⁵³, così come riformato dall'art. 45, co. 13, della Legge n. 69 del 18 giugno 2009, (che stabilisce che: «Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione») sono poste, appunto, a tutela del principio dell'obbligatorietà del contraddittorio¹⁵⁴ nel processo civile.

Occorre segnalare che la configurazione della normativa richiamata prima della riforma del processo civile aveva dato vita ad un ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale sull'eventuale obbligatorietà

¹⁵³ GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce a sorpresa alla luce del nuovo art. 101, comma 2, c.p.c.*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, V, 2012, pagg.7-8: «Favorendo la collaborazione tra giudice e parti, l'articolo 101, comma 2, c.p.c. si pone in continuità ideale con gli altri disposti menzionati, nel tentativo di promuovere la civiltà giuridica e di avvicinare il processo al suo modello costituzionale. Insieme al contraddittorio e per il suo tramite, si salvaguarda l'eguaglianza sostanziale delle parti, si preserva il diritto di difesa e, con questo, la garanzia di verità».

¹⁵⁴ Cass. SS.UU. 26242/2014: «La complessa questione è destinata a ricevere soddisfacente soluzione alla luce dell'obbligo del giudice di provocare il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio per tutto il corso del processo. Un obbligo che trova il suo diacronico fondamento normativo nel combinato disposto delle norme di cui agli artt. 183 comma IV, 101 comma II c.p.c., 111 Cost. L'intervento legislativo del 2009, con la nuova formulazione dell'art. 101 comma 2, non dovrebbe consentire dubbi di sorta: il giudice ha l'obbligo di rilevare la nullità negoziale non soltanto nel momento iniziale del processo, ma durante tutto il suo corso, fino al momento della precisazione delle conclusioni. E sulla rilevanza di tale obbligo, già l'art. 124 del codice di procedura penale del 1988 parve esprimere un più generale principio dell'intero universo processuale, non limitato al solo settore penale: l'obbligo pur non cogente dei magistrati di osservare le disposizioni codicistiche anche quando l'inosservanza non comportava alcuna sanzione di nullità, o altra sanzione processuale. Quanto al contenuto ed alla portata precettiva dell'art. 111 della Carta fondamentale, è stato recentemente osservato da queste stesse Sezioni Unite (Cass. SS.UU. ord. 10531/2013) come il principio della rilevanza d'ufficio delle eccezioni in senso lato appaia funzionale ad una concezione del processo forse troppo semplicisticamente definita come pubblicistica, ma che, ad una più attenta analisi, trae linfa applicativa proprio nel valore di giustizia della decisione (lo stesso testo dell'art. 183, nel disegno di legge originario, prevedeva la possibilità di modificare la domanda solo tenendo ferma l'allegazione dei fatti storici, ma la formula venne abbandonata proprio per la rigidità che avrebbe conferito al sistema, ostacolando ogni allegazione nuova, ancorché volta a valorizzare risultanze acquisite agli atti). Per altro verso, l'introduzione di un sistema rigido di preclusioni ha reso più vivo il senso dell'obbligo del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, obbligo che si traduce in una tecnica di conduzione del processo che ne impone oggi l'indicazione ben prima del maturare delle preclusioni istruttorie - che prima dell'introduzione del secondo comma dell'art. 101 sembravano porsi come assolutamente ostative a un ampliamento del *thema decidendum*».

dell'instaurazione del contraddittorio tra le parti oltre che sulla validità delle sentenze cd. "a sorpresa"¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Cfr. PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., pag. 138: «In assenza di precise indicazioni da parte dell'art. 101 c.p.c. nella sua vecchia formulazione l'attenzione della dottrina era particolarmente incentrata sull'art. 183 c.p.c. là dove prevede che il giudice sottoponga alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritenga opportuna la trattazione. Il riferimento alla opportunità sembrava indurre a negare la sussistenza di un obbligo in capo all'organo giudicante, il quale ben avrebbe potuto valutare se sottoporre la questione alle parti senza che alla mancata instaurazione del contraddittorio potesse seguire la nullità della sentenza emessa. Questa soluzione appariva senz'altro suggerita dalla lettera della disposizione». Sulla tematica suddetta cfr.: COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, f.1.; FABIANI E., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.* 2009, 9, c. 267 e ss.; PAGNI I., *La riforma del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. Giur.* 2009, pag. 1311. Cfr. anche GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce a sorpresa alla luce del nuovo art. 101 comma 2, cod. proc. civ.*, cit., pagg. 12-14: «Si è, da sempre, discusso se l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio costituisca l'oggetto di un obbligo o di una mera facoltà discrezionale di chi giudica. A sostegno della tesi della facoltà v'era l'almeno apparentemente inequivoco dato di legge. L'assenza di ogni espressione imperativa nell'articolo 183, comma 4, cod. proc. civ., il cui tenore non è stato scalfito dalle recenti riforme, e il riferimento all'opportunità della trattazione inducevano ad escludere che il giudice dovesse significare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio. Era, poi, la mancanza di una sanzione espressa a corroborare la detta impostazione: in presenza di una sorta di legge imperfetta, era più facile parlare di moralità positiva che di diritto cogente. Bastava, tuttavia, interrogarsi su quale fosse la *ratio* della normativa per comprendere che un'interpretazione letterale si poneva in contrasto con il dettato costituzionale. Dati gli articoli 3, 24 e 111 Cost. e individuato nel contraddittorio lo scopo del disposto, si imponeva, già allora, un rovesciamento del tenore testuale tale da far leggere 'indica' come deve indicare e l'opportunità quale vera e propria necessità. Con la legge di riforma, non può che uscire rafforzata la tesi dell'obbligo. La menzione espressa della nullità, quale conseguenza di una decisione a sorpresa, e la previsione di un termine a difesa delle parti costituiscono indizi gravi e concordanti della volontà del legislatore. Non avrebbe senso la nullità testuale né la predisposizione di una tecnica rimediabile *ad hoc* se si intendesse l'apertura del dibattito alla stregua di una mera facoltà. Ci si avvicina, così, all'ordinamento processuale francese, che impone anche al giudice il rispetto del principio del contraddittorio e dispone che quest'ultimo non possa fondare la sua decisione sui mezzi di diritto che ha rilevato d'ufficio senza aver previamente invitato le parti a presentare le loro osservazioni. Altrettanto contiguo è il nuovo disposto al paragrafo 139 ZPO tedesca, che obbliga il giudice a sottoporre al contraddittorio delle parti qualsiasi questione di fatto o diritto su cui intenda fondare la pronuncia. Anche se, in forza dei precetti costituzionali, il contraddittorio è di per sé vincolante, sta al legislatore ordinario fornire ai primi un'attuazione completa, stabilendo dove finisce la libertà del giudice, perché inizi quella delle parti. Parlare in termini di nullità e di strumenti rimediali obbligati aiuta a fugare ogni dubbio, prevenendo gli abusi di ciò che, pur non essendo arbitrario, tale potrebbe diventare». In dottrina, sul principio del contraddittorio e nullità della c.d. *sentenza della terza via*, cfr. CHIARLONI S., *Sulla rilevanza in sede di gravame della nullità ex art. 101, 2° comma, c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, suppl. al n. 1, pagg. 59 e ss.; COMOGLIO L.P., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Libro dell'anno del diritto - Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2012, pagg. 621 e ss.; CONSOLO C., *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corriere giur.*, 2010, pagg. 355 e ss.; COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pag. 1012; DALFINO D., *Questioni di diritto e giudicato*, Torino, 2008, pagg.103 e ss.; GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pagg. 826 e ss.; LUISSO F.P., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, suppl. al n. 1, pagg. 65 e ss.; POLI G.G., *Il principio del contraddittorio e la decisione di «terza via»*, in *La nuova giustizia del lavoro* a cura di DALFINO D., Bari, 2011, pagg.101 e ss.; PROTO PISANI A., *Appunti su questioni rilevabili d'ufficio e principio del contraddittorio*, in *Foro it.*, 2010, V, pagg. 301 e ss.

Attualmente il dibattito risulta superato dalle modifiche normative richiamate ed ancor di più alla luce del secondo comma dell'articolo 111 della Costituzione, introdotto dalla Legge Costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999, il quale prevede specificamente che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti»¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Sulle modalità di funzionamento del contraddittorio cfr. GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce a sorpresa alla luce del nuovo art. 101 comma 2, cod. proc. civ. cit.*, pag.17: «Oggetto di animato dibattito è stata altresì la portata applicativa dell'obbligo giudiziale in commento. Com'è noto, ad un'interpretazione restrittiva delle questioni, volta a circoscriverle alle pregiudiziali o preliminari in senso tecnico, o alle sole questioni di fatto o di diritto, se ne è contrapposta una estensiva, tale da ricomprendervi tutti i punti controversi della lite. La restrizione dell'ambito applicativo dell'art. 183, comma 4, cod. proc. civ. alle sole pregiudiziali veniva giustificata dall'idoneità di queste, e di queste sole, a costituire oggetto di un'autonoma pronuncia, conducendo, in tal modo, ad una definizione immediata della causa. Si argomentava, così, che la segnalazione della questione alle parti sarebbe stata necessaria solo laddove la stessa avesse potuto di per sé incidere sulle sorti della sentenza; ove, invece, si fosse trattato di questioni diverse dalle preliminari, il giudice avrebbe potuto liberamente valutare l'«opportunità» dell'apertura del dibattito. Se, poi, altra dottrina prediligeva, al criterio anzidetto, il «distinguo» tra questioni di fatto e di diritto, non mancava chi propendesse per la totale esclusione dalle «questioni» delle «eccezioni in senso lato», pervenendo ad uno svuotamento del contenuto dell'obbligo. Nondimeno, già allora poteva eccepirsi che non è dato distinguere ove manchi distinzione nel dettato normativo e che appare indisponibile il diritto di difesa al di fuori della procedura aggravata di revisione costituzionale. L'ampia portata dell'articolo 101, comma 2, cod. proc. civ. che parla di questione rilevata d'ufficio senza connotarla in alcun modo, sembra confermare ciò che già discendeva dai principi costituzionali. È, del resto, difficile stabilire se una questione sia di fatto o di diritto ed è ancora più complesso distinguere tra questioni rilevabili d'ufficio ed eccezioni in senso lato. Espungere, poi, queste ultime dalla portata applicativa del disposto potrebbe comportare – in un sistema processuale che riferisce le preclusioni alle sole eccezioni in senso stretto – l'impossibilità delle parti di replicare ad un'eccezione in senso lato, magari rilevata in sede di appello. Lo stesso ampliamento dei limiti oggettivi del giudicato, che coprirebbe – secondo recente giurisprudenza – i presupposti processuali, gli accertamenti di fatto impliciti alla sentenza e la qualificazione giuridica della controversia, induce ad una speculare estensione del principio del contraddittorio. Dinanzi ad un incremento dei poteri giudiziali, che può tangersi con mano nell'ordinamento nostrano e nei principali sistemi giuridici europei, appare virtuosa l'inclusione nell'«obbligo» della totalità delle questioni, di fatto e diritto, di merito e processuali. Ora che è consentito fondare la decisione sui fatti non contestati dalle parti ed è – come pare – ammissibile rilevare d'ufficio fatti principali e secondari, attribuire valore probatorio pieno agli argomenti di prova, basare i ragionamenti su una sola presunzione o disporre d'ufficio mezzi di prova anche atipici, deve essere garantito un dibattito pieno su tutti i punti che possano incidere sulla sentenza. Discutibili che siano i recenti orientamenti sui poteri officiosi, sta all'interprete prenderne atto e prevenirne gli effetti distorti, sanando, almeno a valle, ciò che potrebbe a monte pregiudicare le parti. Anche alla luce del nuovo art. 101, comma 2, cod. proc. civ., come già prima della riforma, l'unico limite all'interpretazione estensiva deve discendere dalla necessaria rilevanza della questione rispetto alla pronuncia. Il dibattito processuale deve essere aperto in relazione alle sole questioni che risultino effettivamente idonee ad incidere sull'emananda sentenza. Si andrebbe, altrimenti, a svilire, oltre alla lettera del disposto, ed in particolare la protasi se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, la strumentalità del contraddittorio rispetto alla giusta decisione, il principio di ragionevole durata e le mai trascurabili ragioni di opportunità pratica».

Il potere di rilevazione d'ufficio del giudice deve rispettare anche il principio di disponibilità delle prove¹⁵⁷, di cui all'articolo 115 c.p.c., (come sostituito dall'art. 45, co. 14, della Legge 18 giugno 2009, n. 69) il quale sancisce che: «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza».

Se sull'applicazione dei principi appena menzionati dottrina e giurisprudenza sono sempre state concordi, non si può dire lo stesso relativamente al coordinamento dell'art. 1421 c.c. con il principio processuale della domanda, di cui all'art. 99 c.p.c. («chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente») e con il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, di cui all'art. 112 c.p.c. («il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti»).

Per la giurisprudenza assolutamente dominante¹⁵⁸ (fino alla pronuncia delle sentenze gemelle delle Sezioni Unite nel 2014) il potere

¹⁵⁷ Per approfondimenti sul tema, si veda PATTI S., *La disponibilità delle prove*, cit., pagg. 75 e ss.

¹⁵⁸ Tra le tantissime sentenze in merito, si segnalano: Cass. 30 gennaio 2012, n. 1284, *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Contratto in genere*, n. 566; Cass. civ. Sez. I, 11.07.2012, n. 11651, in *Contratti*, 2012, 10, pagg. 824 e ss.; Cass. civ. Sez. II, 17.05.2007, n. 11550, in *Massimario di giurisprudenza italiana*, 2007; Cass. civ. Sez. II, 06.10.2006, n. 21632, in *Contratti*, 2007, 5, pagg. 421 e ss.; Cass. civ. Sez. lavoro, 14.10.2005, n. 19903, in *Foro Italiano*, 2006, 7-8, pagg. 2107 e ss.; Cass. civ. Sez. I, 08.09.2004, n. 18062, in *Archivio Civile*, 2004, pagg. 1275 e ss.; Cass. civ. Sez. lavoro, 14.01.2003, n. 435, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2004, 6, pagg. 105 e ss.; Cass. civ. Sez. II, 24.02.2000, n. 2108, in *Massimario di giurisprudenza italiana*, 2000; Cass. 19 giugno 2008 n. 16621 in *Mass. Giust. Civ.* 2008, pag. 979; Cass. 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.* 1970, I, c.1907; Cass., 26 gennaio 2010, n. 1526, in *Resp. civ.*, 2011, 10, 661; Cass., 26 giugno 2009, n. 15093, in *Mass. Giur. It.*, 2009, 993; Cass., 15 settembre 2008, n. 23674, in *Obbl. e contr.*, 2009, pagg. 318 e ss.; Cass., 21 gennaio 2008, n. 1218, in *Guida dir.*, 2008, 14, 59; Cass., 28 maggio 2007, n. 89, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1; Cass., 10 settembre 2004, n. 18210, in *Mass. Giur. It.*, 2004; Cass., 20 ottobre 2004, n. 20548, in *Giur. It.*, 2005, 1609; Cass., 23 aprile 2004, n. 7780, in *Riv. Dir. comm.*, 2005, II, 27; Cass., 30 maggio 2003, n. 8810,

del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto ai sensi dell'art. 1421 c.c. doveva essere coordinato con i principi previsti dagli artt. 99 e 112 c.p.c., «sicché solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice è tenuto a rilevare, in qualsiasi stato e grado del giudizio, l'eventuale nullità dell'atto, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti»¹⁵⁹.

In virtù di tale orientamento, la nullità poteva essere, quindi, rilevata solo in caso di una domanda di adempimento della clausola o del contratto nullo, ma non di una domanda di risoluzione, rescissione o annullamento, caratterizzate da un diverso *petitum* e da una diversa *causa petendi*¹⁶⁰.

in *Mass. Giur. It.*, 2003; Cass., 21 febbraio 2003, n. 2637, in *Foro it.*, 2003, 2768; Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Riv. Not.*, 2002, II, 184; Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, in *Giur. It.*, 2000; Cass., 14 marzo 1998 n. 2772, in *Urb. e app.*, 1998, 10, 1074; Cass., 10 ottobre 1997, n. 9877, in *Mass. Giur. It.*, 1997; Cass., 22 aprile 1995, n. 4607, in *Mass. Giur. It.*, 1995; Cass., 9 febbraio 1994, n. 1340, in *Foro it.*, 1995, I, 611; Cass., SS.UU. 3 aprile 1989, n. 1611, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 348 ss.; Cass., SS.UU. 25 marzo 1988, n. 2572, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 1760; Cass., 12 agosto 1987, n. 6899, in *Foro it.*, 1989, I, 1938 ss.; Cass., 28 maggio 1966, n. 1390, in *Mass. Giur. It.*, 1966; Cass., 4 marzo 1960, n. 40, in *Mass. Giur. It.*, 1960.

¹⁵⁹ Cass. n. 2398/88. Cfr. PIAZZESE D., *Nota a Cassazione civile, Sezioni Unite, n.14828 del 2012*, su www.ildirittoamministrativo.it: «Tale atteggiamento giurisprudenziale è giustificato da timori di natura processuale che scaturiscono dalla doppia natura, sostanziale e processuale, della norma in esame. Qualche significativa inversione di tendenza si è avuta negli anni '90; tra tutte, vale la pena citare la sentenza della Corte di Cassazione, n. 2858/97, che ha ritenuto che la nullità di un contratto del quale sia stato richiesto l'annullamento (ovvero la risoluzione o rescissione) può essere rilevata d'ufficio dal giudice, in via incidentale, senza incorrere in vizio di ultrapetizione, atteso che in ognuna di tali domande è implicitamente postulata l'assenza di ragioni che determinino la nullità del contratto; pertanto il rilievo di quest'ultima da parte del giudice dà luogo a pronuncia che non eccede il principio dell'art. 112, c.p.c. Il filone restrittivo viene per un momento abbandonato nel 2005 da un'importante pronuncia della stessa Corte di Cassazione, la quale, in accordo con unanime dottrina, ha sostenuto che le domande di risoluzione e di annullamento implicano, e fanno valere, un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione, non meno del diritto all'adempimento. La domanda di risoluzione e quella di adempimento, secondo questa giurisprudenza, hanno, dunque, identici presupposti e l'accertamento della nullità da parte del giudice avrebbe in questi casi natura di pronuncia incidentale su una pregiudiziale in senso logico. Da ciò discende che il giudice deve dichiarare d'ufficio la nullità negoziale in ogni caso e che tale accertamento ha effetto anche nei successivi giudizi imperniati sul contratto nullo, non perché si verta in ipotesi di cui all'art. 34, c.p.c., ma perché l'efficacia della decisione di detta nullità, pregiudiziale alla statuizione di rigetto della domanda, costituisce giudicato implicito».

¹⁶⁰ PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., pag.110 che puntualizza: «Da questa prospettiva la giurisprudenza si è peraltro spinta ad affermare che si pone in violazione della regola della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato anche la sentenza che dichiara la nullità per una causa diversa da quella posta a fondamento della relativa domanda. Ciò perché, in questo caso, la nullità si configura come elemento costitutivo della domanda dell'attore che si pone come limite assoluto alla pronuncia. L'*impasse* sembrerebbe non poter essere superato neppure

Secondo la giurisprudenza richiamata, «mentre il *petitum* dell'azione di nullità sarebbe costituito dall'accertamento dell'irrilevanza giuridica di un certo negozio e dei suoi effetti, quello dell'azione di risoluzione, rescissione o annullamento sarebbe, invece, costituito da una corrispondente pronuncia costitutiva. E ancora, si è asserito che mentre la *causa petendi* dell'azione di nullità sarebbe costituita dalla mancanza di un titolo valido e idoneo a produrre gli effetti del negozio, quella dell'azione di risoluzione, rescissione o annullamento sarebbe costituita dal diritto potestativo alla eliminazione degli effetti. Pertanto, il cambiamento dell'uno o dell'altra ad opera del giudice darebbe luogo all'attribuzione di un'utilità diversa da quella richiesta, con la conseguenza che la relativa pronuncia violerebbe il dogma di cui all'art. 112 c.p.c. Dunque, la domanda di parte si porrebbe come limite assoluto e invalicabile, oltre il quale il giudice non può pronunciarsi, anche in ossequio all'art. 111 della Costituzione, che richiederebbe di evitare, al di là di precise e certe indicazioni normative, ampliamenti dei poteri di iniziativa officiosa. Ne consegue che qualora oggetto dell'azione sia la risoluzione, l'annullamento o la rescissione del contratto, l'eventuale dichiarazione d'ufficio della nullità violerebbe il divieto di pronunciare *ultra petita*. Il giudice, per contro, potrebbe rilevare d'ufficio la nullità ex art. 1421 c.c. quando questa contraddica la domanda impedendone l'accoglimento e, dunque, nel solo caso in cui la stessa sia volta

invocando il principio *iura novit curia* in forza del quale il giudice è libero di applicare le norme di diritto che meglio ritiene adattabili al caso concreto del tutto indipendentemente dal fatto che la norma da applicare sia stata o non sia stata invocata dalla parte interessata. Tale potere non comprenderebbe quello di sostituire d'ufficio un'azione diversa da quella formalmente ed espressamente proposta con mutamento che incida sulla materia della lite».

all'applicazione del contratto o alla dichiarazione di nullità per causa diversa da quella dedotta»¹⁶¹.

¹⁶¹ PASSARELLA A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, cit., pagg. 81 e ss. La dottrina maggioritaria ha contestato ripetutamente tale orientamento, evidenziandone le carenze dal punto di vista logico e giuridico ed optando per diverse soluzioni ricostruttive. Cfr. IRTI N., *Risoluzione del contratto nullo?*, in *Foro pad.*, 1971, I, pagg. 744 e ss.; VIDIRI G., *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, nota a *Cass. 2 aprile 1997, n. 2858*, in *Giust. Civ.*, 1997, I, pagg. 2464 e ss.; SACCO R., *L'invalidità*, cit.; CORSINI F., *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, cit., pagg. 667 e ss.; DI CIOMMO F., *La rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali tra (artificiosi) limiti processuali ed incertezze giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2006, I, pagg. 2109 e ss.; DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, cit., pagg. 1033 e ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile. III. Il contratto*, cit., pag. 628; MASSETANI G., *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, I, pagg. 1937 e ss.; MONTICELLI S., *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio delle nullità*, cit., pagg. 669 e ss.; MONTICELLI S., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, cit.; NARDI S., *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, pagg. 155 e ss.; CONSOLO C., *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e dir. privato*, 2010, pagg. 941 e ss.; ID., *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, suppl. al n. 1, pagg. 5 e ss.; FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1989, pagg. 333 e ss.; MONTESANO L. – ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, Tomo I, Padova, 2001, pag. 338; RUSSO F., *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, Roma, 2014, pag. 183; PAGLIANTINI S., *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21083/2012 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto?* in *Corr. giur.* 2013, pag. 178; VERDE G., *Domanda (principio della)*, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989; VILLELA A., *Rilevabilità d'ufficio, interesse ad agire ed effetti della declaratoria di nullità*, in *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali* a cura di L. FERRONI, Milano, 1998, pagg. 817 e ss.; PASSARELLA A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, cit., pagg. 83 - 84: «La soluzione della Giurisprudenza appena riportata ha trovato sostegno solo in poche ed isolate voci dottrinali, essendo stata - al contrario - ripetutamente oggetto di critiche che ne hanno evidenziato l'infondatezza, sia dal punto di vista logico che giuridico. Innanzitutto, si è fatto leva sul dato letterale, evidenziando come non vi sia traccia, nel testo dell'art. 1421 c.c., di qualsivoglia limitazione all'esercizio del potere officioso del giudice ai soli casi in cui sia dedotta in giudizio l'applicazione del negozio nullo. In maniera molto più pregnante, poi, la dottrina pressoché unanime ha obiettato che anche le domande di annullamento, risoluzione e rescissione, in quanto volte all'eliminazione degli effetti contrattuali, presuppongono - così come la domanda di esecuzione/adempimento - l'accertamento della validità e dell'efficacia del contratto, che si pone quindi come imprescindibile passaggio logico e come questione pregiudiziale rispetto ad ogni azione esperita dai contraenti: se, infatti, il contratto è nullo, non potrà essere pronunciata una sentenza costitutiva di annullamento, volta ad eliminare *ex tunc* la sua efficacia, esclusa sin dall'origine a causa del vizio di nullità. Allo stesso modo, non potrà essere accolta una domanda di risoluzione, né si potrà parlare di inadempimento, se il contratto è nullo, ed i relativi obblighi non sono mai venuti ad esistenza. Trattasi, come evidente, di un assunto, questo, difficilmente confutabile, tanto che lo stesso riceve ulteriore conferma, almeno per quel che riguarda la domanda di risoluzione per inadempimento, da quanto affermato dalla celebre pronuncia delle Sezioni Unite del 2001 in tema di ripartizione dell'onere probatorio, ove si legge che il creditore, tanto che agisca per ottenere l'adempimento quanto per sentir pronunciare la risoluzione del contratto, è assoggettato al medesimo onere probatorio, essendo sufficiente che provi la sola fonte del suo diritto, ossia il contratto stesso, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento. Ciò sul presupposto che tra le due domande vi è identità di fatto costitutivo: trattasi, infatti, di diversi rimedi approntati dall'ordinamento per rimuovere le conseguenze negative del fatto - inadempimento. D'altronde, l'irragionevolezza del menzionato orientamento giurisprudenziale - espressione di un diritto vivente del tutto sordo alle istanze provenienti dal mondo della dottrina, nonché pericolosamente disinvolto nell'interpretare il dato normativo *praeter legem* - emerge con tutta evidenza se solo si considerino le conseguenze abnormi e paradossali cui l'applicazione dello stesso potrebbe dare luogo. In particolare, una restrizione dei margini di rilevabilità d'ufficio della nullità potrebbe, in via teorica, comportare il riconoscimento del diritto al risarcimento

2.1 (Segue) Dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 14828 del 4 settembre 2012 alle sentenze a Sezioni Unite n. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014.

L'ampio dibattito giurisprudenziale sulla delicata questione dei rapporti fra le azioni di impugnativa negoziale e il disposto dell'art. 1421 del codice civile, e sulla possibilità o meno di rilevare d'ufficio le nullità relative di protezione, alla luce anche dei principi espressi dalla Corte di Giustizia europea, è sfociato dapprima nella sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 14828 del 4 settembre 2012¹⁶² e successivamente, a

del danno a seguito di inadempimento di una clausola di un contratto nullo. Allo stesso modo, potrebbe pervenirsi all'assurdo - in ipotesi di richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità pur in presenza di un contratto nullo - che il convenuto eviti la risoluzione del contratto offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, ultimo comma, c.c.). Ancora, si è fatto riferimento, a titolo esemplificativo, ad una domanda di risoluzione di un contratto concluso sulla scena, o di rescissione *ex art. 1447 c.c.* di una sottomissione a servitù della gleba, o di riduzione ad equità di un matrimonio atipico convenzionale, per affermare che qualsiasi giudice trancerebbe la questione in venti righe di sentenza, proclamando innanzi tutto che siffatti patti sono improduttivi di ogni e qualsiasi effetto giuridico. Se mai non provvedesse a tanto un giudice di merito troppo ligio alla lettera dell'insegnamento della Corte regolatrice, provvederebbero a ristabilire il buon senso gli ermellini, perché in quell'occasione tutti gli scrupoli dipendenti dal *petitum* e dall'oggetto originario del giudizio crollerebbero di colpo. Infine, si è posto in luce il paradosso cui condurrebbe l'applicazione del summenzionato orientamento nel caso in cui si incrocino contrapposte domande di adempimento e di risoluzione per inadempimento: in tale ipotesi il giudice non potrebbe che respingere entrambe le domande, essendo inimmaginabile che, in coerenza con il criticato indirizzo, rilevi d'ufficio la nullità solo in relazione alla domanda di adempimento e non anche in relazione alla domanda di risoluzione per inadempimento».

¹⁶² La controversia era sorta a fronte di un contratto stipulato tra il proprietario di un terreno e un'impresa di costruzioni in virtù del quale i contraenti stabilivano di permutare il suolo in cambio della proprietà del fabbricato che vi sarebbe stato costruito sopra. Intervenuto il fallimento dell'impresa, a fronte della comunicazione del curatore fallimentare dello scioglimento del negozio, il contraente aveva agito per la risoluzione del preliminare e la restituzione del terreno. Poiché in primo grado il tribunale aveva rigettato la domanda attorea, affermando che tali pretese sarebbero dovute essere soddisfatte mediante insinuazione al passivo, questi aveva chiesto in sede di appello che fosse pronunciata la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto, a causa dell'omessa determinazione del fondo e delle porzioni di fabbricato. La Corte di appello di Venezia adita non solo aveva dichiarato inammissibile, in quanto nuova, la domanda, ma aveva, inoltre, osservato di non poter rilevare d'ufficio l'invalidità, essendo stata inizialmente richiesta la risoluzione. Rilevato il contrasto di giurisprudenza sul tema, la prima sezione civile aveva rimesso, con ordinanza n. 25151 del 2011, gli atti al Primo Presidente, il quale aveva assegnato la causa alle Sezioni Unite della Cassazione. Per un approfondimento sulla decisione e sul suo svolgimento, si veda CARBONE V., *Risoluzione del contratto e rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Corriere Giuridico*, 2012, 11, pagg. 1289 e ss.; FRACASSA L., *Le Sezioni Unite ampliano la rilevanza d'ufficio delle nullità del contratto*, in *La nuova procedura civile*, 2012, n. 6,

pag. 2; PRISCO I., *Sui limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità: punti fermi e nodi da sciogliere dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2014, pagg. 563 e ss.; RIZZUTI M., *Il problema dei limiti alla rilevabilità officiosa delle nullità*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2/2013, pagg. 300 e ss.; SCOGNAMIGLIO C., *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1/2013, pagg. 15 e ss.; D'ALESSANDRO E., *Le Sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità ex officio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenerne la risoluzione. il punto di vista del processual-civilista*, in *Giurisprudenza Italiana*, 4/2013, pag. 907; LAGHEZZA P., *Rilevabilità d'ufficio delle nullità del contratto: la svolta delle sezioni unite*, in *Danno e responsabilità*, 3/2013, pagg. 273 e ss.; TRIOLA R., *Contratti in genere – Domanda di risoluzione – Rilievo di ufficio della nullità*, in *Vita notarile*, 1/2013, pag. 209; PAGLIANTINI S., *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite "Eppur si muove"?*, in *I contratti*, 11/2012, pagg. 874 e ss.; FARINA M., *Brevi osservazioni "a caldo" sull'atteso ma tutto sommato, solo parziale responso delle Sezioni Unite sui limiti delle rilevabilità officiosa della nullità del contratto (Cass.civ., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, est. D'Ascola)*, in www.judicium.it, 2012.

seguito di due ordinanze interlocutorie (Cass. 27 novembre 2012, n. 21083¹⁶³ e Cass. 3 luglio 2013, n. 16630¹⁶⁴) nelle sentenze gemelle (sempre a Sezioni Unite) n. 26242 e n. 26243 del 12 dicembre 2014¹⁶⁵.

¹⁶³ Con l'ordinanza n. 21083 del 27 novembre 2012, la Cassazione ha rimesso al Primo Presidente - in funzione dell'eventuale assegnazione delle Sezioni Unite - la seguente questione: se la nullità del contratto possa essere rilevata d'ufficio non solo allorché sia stata proposta domanda di adempimento o di risoluzione del contratto, ma anche nel caso in cui sia domandato l'annullamento del contratto stesso. Il caso da cui trae origine l'ordinanza di rimessione n. 21083/2012 e, pertanto, la sentenza delle Sezioni Unite n. 26243 del 2014, riguarda un lodo arbitrale irrituale e di equità transattiva, impugnato da una delle parti con la richiesta di accertarne la nullità o di pronunciarne l'annullamento, ovvero di riesaminarne nel merito le statuizioni. Poiché il tribunale di Rimini aveva rigettato la domanda di nullità e quella, subordinata, di annullamento del lodo irrituale, l'attore aveva proposto appello, facendo valere la nullità del lodo per una causa diversa da quella dedotta nel processo di primo grado. La Corte d'appello di Bologna, adita, aveva rigettato le censure dell'appellante, argomentando, da un lato, che la cognizione sulla nullità del contratto si esplica in rapporto alla sola causa della patologia individuata dalla parte, e dall'altro che il giudice può anche annullare, rescindere o risolvere un contratto nullo, o rigettare le relative domande, senza rilevare d'ufficio la sussistenza della nullità del negozio per una causa diversa da quella fatta valere dalla parte. Contro questa sentenza l'appellante soccombente aveva proposto ricorso per Cassazione. Cfr.: RIZZO N., *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2015, 4, pagg. 315 e ss.; PAGLIANTINI S., *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21083 /2012 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto?*, cit., pagg. 178 e ss.; CONSOLO C., *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*, in *Il Corriere giuridico* 2/2013 pagg. 184 e ss.

¹⁶⁴ L'ordinanza n. 16630 del 3 luglio 2013 riguarda la questione relativa alla formazione del giudicato sulla validità del contratto, nelle ipotesi in cui il giudice, rilevata l'insussistenza della causa di nullità, si pronuncia nel merito sulla domanda di risoluzione. La controversia che ha portato a tale ordinanza di rimessione ha ad oggetto una domanda di accertamento della nullità di un contratto di rendita vitalizia, con cui una parte aveva trasferito all'altra la nuda proprietà di un immobile in cambio di un vitalizio, ed una domanda di analogo contenuto proposta in relazione al contratto con cui l'acquirente del predetto immobile ne aveva, a sua volta, trasferito la nuda proprietà ad un terzo. Il Tribunale di Padova, accogliendo la domanda, aveva dichiarato la nullità di entrambi i contratti e la Corte di appello di Venezia, successivamente adita, aveva sostanzialmente confermato la pronuncia. La Corte di Cassazione, cui il terzo subacquirente aveva proposto ricorso, aveva annullato con rinvio la decisione di secondo grado, per l'omessa pronuncia sul motivo d'appello, con cui si censurava l'errore compiuto dalla prima sentenza con la dichiarazione di nullità. Il giudizio veniva, quindi, riassunto dinanzi alla Corte di Brescia, la quale respingeva nuovamente l'appello della parte soccombente nel giudizio di primo grado. Quest'ultima proponeva, allora, ricorso per Cassazione, denunciando l'illegittimità della sentenza impugnata, perché ritenuta in contraddizione con una precedente pronuncia irrevocabile del Tribunale di Padova, che aveva rigettato una domanda di risoluzione di quello stesso contratto di rendita vitalizia e che, secondo la tesi del ricorrente, avrebbe dato luogo alla formazione di un giudicato implicito esterno sulla validità del contratto. Si veda RIZZO N., *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, cit., pagg. 315 e ss.; PACE T., *La rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale. Nota a Cassazione civile, sezione seconda, ordinanza n. 16630 del 3 luglio 2013*, in *La Nuova Procedura Civile*, 1, 2014.

¹⁶⁵ Cfr. RUSSO F., *La rilevanza d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. Sez. Un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*, in *Dir. civ. cont.*, 15 marzo 2015.

Con ordinanza interlocutoria n. 25151 del 18 novembre 2011, la I Sezione della Cassazione aveva investito le Sezioni Unite della questione relativa alla possibilità di rilevare d'ufficio la nullità del contratto non solo nei casi in cui sia stata proposta domanda di esatto adempimento, ma anche nelle ipotesi in cui sia stata domandata la risoluzione, l'annullamento o la rescissione del contratto stesso.

Discostandosi dalle posizioni precedentemente assunte dalla giurisprudenza maggioritaria, e superando il contrasto sulla questione della rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto da parte del giudice investito di una domanda di risoluzione del medesimo accordo negoziale, con la sentenza 14848/2012, le Sezioni Unite avevano affermato il seguente principio di diritto: «Alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale, e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere - dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti *ex actis*, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità *incidenter tantum* senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste»¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Cfr. al riguardo la sentenza della Cass. SS.UU. 26242/2014 che, con riferimento alla sentenza n. 14848/2012, afferma: «La soluzione adottata, (nella sentenza 14848/2012) conforma il ruolo della categoria della nullità alla natura di sanzione ordinamentale conseguente all'irredimibile disvalore assegnato a un invalido assetto negoziale. Essa muove, peraltro, dalla premessa che l'azione di risoluzione sia coerente soltanto con l'esistenza di un contratto valido, ponendosi la nullità come *prius* logico della fattispecie estintiva della risoluzione. L'operatività di tale assunto è, quindi, ammessa entro

Se da un lato risultavano ampliati i poteri del giudice nel rilevare d'ufficio la nullità di un contratto (anche nel caso di azione proposta a fini diversi dalla dichiarazione di nullità), dall'altro la Corte sembrava sostenere che, in caso di nullità di protezione, il rilievo di tale patologia fosse precluso al giudice, per essere rimesso alla sola volontà della parte protetta¹⁶⁷.

ben determinati limiti, nel senso che nell'ambito di un giudizio di risoluzione contrattuale, il giudice può rilevare d'ufficio la nullità: a) solo se questa emerge dai fatti allegati e provati, o comunque *ex actis*; b) esclusivamente previa attivazione del contraddittorio sulla questione, incorrendo altrimenti la decisione nel vizio della c.d. terza via; c) a condizione che non operi un regime speciale, essendo la nullità di protezione espressamente rimessa al rilievo del contraente protetto (il principio risulta, peraltro, soltanto dalla massima ufficiale, ma non anche dalla motivazione della sentenza); d) senza effetto di giudicato, a meno che la relativa domanda sia stata proposta, eventualmente a seguito di remissione in termini. Nella parte finale della decisione - consapevole il collegio delle ricadute che la ricostruzione sistematica operata implicava con riguardo alla delicatissima tematica del giudicato - si legge ancora che: a) qualora, dopo il rilievo officioso, sia stata formulata, tempestivamente o previa remissione in termini, domanda volta all'accertamento della nullità e ad eventuali effetti restitutori, la statuizione sul punto, se non impugnata, avrà effetto di giudicato; b) nel caso in cui sia omesso il rilievo officioso della nullità e l'omissione sia stata dedotta in appello, il giudice del gravame dovrà rimettere in termini l'appellante; c) ove non sia formulata tale domanda, il rilievo della nullità determina il rigetto della domanda di risoluzione con accertamento *incidenter tantum* della nullità, dunque senza effetto di giudicato sul punto. Il percorso argomentativo della sentenza si conclude con ulteriori, qui rilevanti, affermazioni: • Il giudicato implicito sulla validità del contratto, secondo il paradigma ormai invalso potrà formarsi tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito, con esclusione delle sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della validità del contratto. Sarà compito della giurisprudenza indagare circa la necessità di operare qualche dovuta ed opportuna distinzione rispetto alle azioni volte a demolire il vincolo negoziale - talvolta accomunate con la domanda risolutoria, *quoad effecta*, dalla stessa giurisprudenza di legittimità, peraltro in modo generalizzante e non del tutto consapevolmente critico; • le considerazioni svolte su di un piano generale in ordine alla *ratio* della nullità (tutela di interessi generali e sovraordinati) non possono automaticamente estendersi alle fattispecie di nullità speciali».

¹⁶⁷ Cfr. al riguardo PAGLIANTINI S., *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite "Eppur si muove"?*, cit., pagg. 874 e ss.: «Oltretutto, per come è formulato, l'*excursus* sulle cd. nullità di protezione può alimentare viceversa il corposo equivoco di un diverso regime normativo, quanto alla rilevabilità, tra nullità assolute e nullità cd. relative. Col risultato dissonante - di trasformare un argomento rafforzativo in un enunciato che vulnera la motivazione. Si legge infatti, nella chiusa del par. 3.3., che, raffrontando sinotticamente le nullità codicistiche e quelle speciali, l'unico distinguo normativo rilevante investe proprio l'art. 1421 c.c., laddove il rilievo del vizio genetico [sia] espressamente rimesso alla volontà delle parti. Se ne dovrebbe allora dedurre, a seguire il periodare delle S.U., che le fattispecie di nullità di protezione incompleta, ove la *littera legis* non lo abbia statuito testualmente, sono sprovviste di una rilevabilità officiosa: col risultato che, limitando la digressione ad un solo esempio, mentre il giudice potrà rilevare il difetto di forma di un contratto bancario (art. 127 comma 2 T.U.B.), gli sarà per contro precluso procedere allo stesso modo nel caso di preliminare di immobili da costruire ove faccia difetto il rilascio di una fideiussione richiesta a pena di nullità (art. 2, comma 1, L. n. 122 del 2005). Se non fosse che la più recente dottrina, per quanto ancora divisa sul modo di ricostruire la galassia delle nullità che giovano o possono farsi valere esclusivamente dal consumatore o dall'acquirente, è di preferenza orientata a ritenere o che l'art. 36 comma 3 cod. cons. possa fungere da norma generale (se non altro nel sotto-settore della legislazione consumeristica) ovvero che, nel caso ricorrano i presupposti per l'operare dell'analogia, la rilevabilità officiosa costituisca il *proprium* anche di quelle nullità ormai classificate, nel lessico degli interpreti, di protezione virtuale.

In effetti la sentenza suddetta «oltre a proteggere in maniera meno intensa la parte debole (che non sempre è consapevole della possibilità di poter far dichiarare la nullità), e oltre a non attribuire al giudice – mediante la segnalazione della nullità alla parte debole - l'eventuale possibilità di definire più celermente il processo attraverso la dichiarazione della nullità (nell'ipotesi in cui la parte debole decida di farla valere), contrastava anche con la lettera delle norme in tema di nullità di protezione, che espressamente prevedono il potere del giudice di rilevare la nullità d'ufficio»¹⁶⁸.

Detto altrimenti: il ragionamento della Corte implica che l'art. 1421 c.c. configuri una norma generale ed i casi di irrilevabilità officiosa altrettante eccezioni, da cui poi una tipicità delle fattispecie di nullità relativa non rilevabile *ex officio*. Cioè, per sintetizzare, la singola omessa statuizione quanto alla rilevabilità non integra una mancanza di previsione - *rectius*, una lacuna in senso proprio - bensì una tecnica di disciplina. Ma la cornice argomentativa della Corte, in ogni caso difficilmente prospettabile in materia consumeristica, regge se si esclude che esista un qualsiasi rapporto di somiglianza tra figure di nullità relative irrilevabili e forme gemelle di nullità per converso rilevabili. Il che, stante spesso l'affinità se non l'identità del conflitto di interessi che la classe di queste nullità regola, è difficilmente sostenibile. Il tutto a prendere per buona la premessa che l'incipit eccezzuativo dell'art. 1421 sia da riferire anche alla rilevabilità officiosa e non soltanto al - primo - periodo sulla legittimazione relativa. Quindi una motivazione che, rispetto ad una problematica già punteggiata di interrogativi vischiosi, complica anziché semplificare - come invece dovrebbe - i termini della discussione. Indirettamente il par. 3.3. delle Sezioni Unite, influenzato forse da un *decisum* di poco precedente assai discutibile, avalla l'idea - che sembrava viceversa felicemente accantonata in proprio in virtù della Corte di Giustizia di una nullità cd. relativa come *species* di concretizzazione di un'annullabilità rafforzata. Leggendo poi il dispositivo, visto che la rilevabilità ha per oggetto ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale, il disorientamento dell'interprete si accresce. Svolgendo i precedenti rilievi, si dovrebbe infatti concludere che l'art. 23 comma 3 T.U.F., comminando una nullità relativa carente del rilievo d'ufficio, postula un'irrilevabilità *ope iudicis* dell'eventuale vizio di forma del contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento. Sennonché il paradosso, contrariamente a quanto suole sentenziare la Corte di Giustizia, di un professionista che potrà così domandare giudizialmente la risoluzione di un contratto asimmetrico affetto da una nullità non eccepita, avrebbe davvero del sorprendente: a tacere del fatto, ma qui il problema lo si può soltanto accennare di sfuggita, che a cascata un'irrilevabilità dovrebbe riconoscersi anche alle nullità conseguenti alla violazione delle prescrizioni imperative secondarie delle autorità indipendenti, nel caso di clausole contenute nei contratti di utenza illegittimamente deroganti all'effetto sostitutivo-integrativo di un regolamento conformativo sufficientemente dettagliato, se è vero che pure queste nullità c.d. protettive normalmente non sono assistite da un rilievo officioso nominativo. Insomma, l'inesensibilità di una nullità speciale rilevabile perché i casi di irrilevabilità coprono un ambito governato da una riserva di legge esclusiva, non convince. E d'altronde se le nullità di protezione - speciali per le S.U. - si caratterizzano per una natura ancipite, in quanto funzionali nel contempo alla tutela di un interesse generale (l'integrità/efficienza del mercato) e particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti), non v'è chi non veda come un mancato rilievo *ope iudicis* finisca proprio per dimidiare la tutela di quel bene primario elevato dalle Sezioni Unite, in sintonia con quella dottrina che ragiona di un art. 1421 come rimedio per l'equità nei contratti e nell'intento di scoraggiare gli abusi, a predicato consustanziale della - o delle ? - nullità».

¹⁶⁸ DELLI PRISCOLI L., *Il giudicato implicito alla luce del nuovo orientamento delle Sezioni Unite in tema di nullità negoziali*, in *La nuova procedura civile*, in internet.

Oltretutto tale decisione non aveva risolto la questione relativa alla rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di nullità nel caso in cui la domanda originaria avesse avuto ad oggetto l'annullamento o la rescissione del contratto, ovvero qualora fosse stata dedotta dalle parti una nullità diversa da quella individuata dal giudice decidente.

Proprio in virtù delle carenze suddette, a seguito delle due ordinanze interlocutorie (Cass. 27 novembre 2012, n. 21083 e Cass. 3 luglio 2013, n. 16630) le Sezioni Unite della Cassazione sono ritornate sull'argomento per affrontare in modo più ampio ed articolato le tematiche relative: alla rilevabilità d'ufficio delle fattispecie di nullità speciali; ai rapporti tra le azioni di risoluzione, annullamento e rescissione e la rilevabilità d'ufficio di una nullità; ai rapporti tra l'azione di nullità esperita dalla parte e la rilevabilità officiosa di una nullità negoziale diversa da quella prospettata; all'efficacia del giudicato, in successivi processi, dell'accertamento della nullità, oggetto del primo giudizio.

Per ciò che concerne la rilevabilità d'ufficio delle nullità relative di protezione, le sentenze nn. 26242 e 26243 del 2014 (che verranno qui trattate contestualmente, in quanto condividono la stessa motivazione) si soffermano, anzitutto, sulla funzione delle suddette nullità aderendo alla teoria dottrinale che le qualifica come strumenti di tutela anche di interessi generali.

La Corte sostiene, infatti, che «il carattere di specialità delle nullità non elide l'essenza della categoria della nullità stessa, coniugandosi entrambe in un sinolo di tutela di interessi eterogenei, in guisa da evitare l'eccessiva frammentazione tipica dell'esperienza francese, di tal che quella funzione di tutela di un interesse generale non appare più fantomatica poiché quello stesso interesse, ben definito, a che non si dia attuazione a un contratto nullo per via giudiziale forma pur sempre (anche)

oggetto di un interesse generale [...]. Le nullità cd. di protezione sono anch'esse volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica), ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in ottica di macroanalisi), secondo quanto chiaramente mostrato dalla disciplina delle nullità emergenti dalla disciplina consumeristica, specie di derivazione comunitaria¹⁶⁹, per le quali si discorre sempre più spesso, e non a torto, di ordine pubblico di protezione. Nullità che non a torto è stata definita, all'esito del sopravvento del diritto europeo, ad assetto variabile e di tipo funzionale, in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo».

Ed è proprio in conseguenza della *ratio* di tutela che la Corte ne ammette la rilevabilità d'ufficio specificando che «se le nullità di protezione si caratterizzano per una precipua natura ancipite¹⁷⁰, siccome

¹⁶⁹ ALESSI R., *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, cit.: «Per preservare o meglio “ricomporre” l'unità del *genus* della nullità negoziale precipuamente dal profilo dell'applicazione del regime di cui all'art.1421 c.c., la Corte, dal richiamo generico alla rilevanza che la giurisprudenza comunitaria assegna nella materia *de qua* al potere officioso del giudice (come nella pronuncia del 2012) passa ora a prendere decisamente a prestito - pur senza liberarla delle sue ambiguità - la “soluzione” *Pannon*. Una significativa conferma di come proprio dal versante dei rimedi, e segnatamente con riguardo alla c.d. “nullità di protezione”, il diritto di fonte europea abbia più intensamente scompaginato il quadro sistematico solidamente presente nei diritti interni, specie quelli di *civil law*. In verità il diritto di fonte europea, diritto di “armonizzazione”, è per definizione, almeno in principio, assai discreto in punto di rimedi. Sia che si attesti, come ha fatto a lungo, sulla regola di armonizzazione minima, sia che si azzardi all'avvio di un passaggio alla regola di armonizzazione massima - come nell'ultima Direttiva sui Diritti dei Consumatori, 2011/83 - il legislatore europeo continua a lasciare agli Stati membri il compito di prevedere rimedi efficaci per il caso di violazione delle sue regole, richiedendo ad essi, secondo la consueta formula, di individuare “sanzioni effettive, proporzionate, dissuasive” affinché i diritti riconosciuti nelle Direttive siano garantiti e i comportamenti che possano pregiudicare tali diritti siano prevenuti e impediti. Come non si manca di sottolineare, la prospettiva europea in punto di tutele mantiene dunque una ricaduta *soft* nei diritti interni».

¹⁷⁰ PAGLIANTINI S., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, cit., pag. 217: «Tornando al recitativo delle SS.UU., nel § 3.13. 2 si legge che le nullità di protezione hanno una precipua natura ancipite: e qui, per chi ben osservi, si situa in realtà il vero problema. Di per sé infatti nullità ancipite è uno stereotipo descrittivo e neutro, inutile se non si precisa in quale modo l'interesse privato seriale e quello

funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti), l'omessa rilevazione officiosa della nullità finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole»¹⁷¹.

Rettificando, quindi, quanto stabilito nella sentenza 14828/2012 ed aderendo alla dottrina maggioritaria, la Cassazione afferma che non c'è ragione di considerare incompatibile il rilievo d'ufficio con la legittimazione relativa riconosciuta al contraente debole poiché, in tal caso, il potere del giudice rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte debole del rapporto che potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordate.

generale si trovano ad interferire nel prisma variegato delle nullità *b2c* o, sebbene siano in numero assai più ridotto, *b2b*. Il quesito è il seguente: la natura anfibia delle nullità da asimmetria contrattuale involge una questione di specie che non è tale da intaccare il *genus* oppure edifica un altro genere in quanto nullità rimedio anziché sanzione? Sentenziano le SS.UU.: le nullità di protezione sono ad assetto variabile, e di tipo funzionale, in quanto calibrate sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa, il che, pure lessicalmente, riproduce così l'idea di una specialità delle nullità nuove, classe governata dal canone ordinante di una situazione complessiva condizionante, già nell'*an* a ben vedere, l'operare di una nullità affrancata dallo schema della fattispecie. Quindi una nullità non più automatica ma spesso legata alla valutazione del contesto circostanziale di riferimento (art. 34, c. 2 c. cons.). Vero, anzi a giudizio di molti, verissimo: non per tutti però, sebbene il dato venga spesso negletto, il sistema è così binariamente scolpito. Questa specialità già si attenua molto infatti nel periodare di chi prospetta il fine abbozzo di un gemellaggio tra le nullità comuni e quelle *extra codicem*, in ragione di una comune natura sanzionatoria aggregante il contratto illecito e quello abusivo, per scomparire d'incanto in chi propugna viceversa l'idea della protezione come uno dei (due) tratti originari del concetto (legale) di nullità. Anzi, in quest'ultima versione, il genitivo dell'art. 36 c. cons. diventa a ben vedere un pleonaso: già il sostantivo nullità, quando la comminatoria bolla una fattispecie di contratto inutile od irrazionale per abuso, vale invero ad esprimere di per sé la qualifica di protezione. Non è, giova ripeterlo, un problema di etichette: inclinare per una lettura che calibra la nullità sul registro della sanzione non annacqua soltanto la specialità, sistematicamente riarticola lo statuto normativo della figura eponima consumeristica sul canovaccio degli art. 1421 e ss. per tutti gli aspetti in ordine ai quali l'art. 36, cc. 1 e 3 non dispone, giacché la normativa codicistica si applica automaticamente quando non risulta derogata. La prospettiva è rovesciata nelle altre due visioni ma, siccome sono assai diverse le premesse, la consumerizzazione delle nullità codicistiche è una cifra argomentativa assente in chi vede soltanto le nullità protettive predicate da una funzione di costruzione del regolamento contrattuale».

¹⁷¹ Cass. SS.UU. 26242/2014.

Dopo questo preambolo la Cassazione si sofferma ampiamente sulla distinzione tra rilevazione e dichiarazione della nullità: per la Corte, infatti, solo la rilevazione, che consiste nell'attività di indicazione alle parti della causa di nullità da parte del giudice, è obbligatoria *ex art.* 1421 c.c.

A tale rilevazione non consegue necessariamente una dichiarazione di nullità, intesa come pronuncia, previo accertamento, del rilevato vizio di invalidità. Nel caso, infatti, di nullità di protezione, qualora il giudice rilevi la causa di nullità *ex art.* 1421 c.c., la parte nel cui interesse è predisposta tale invalidità conserva pur sempre la facoltà di non avvalersene, chiedendo che la causa sia decisa nel merito¹⁷².

In tal caso il giudice non potrà in alcun modo dichiarare in sentenza, nemmeno in via incidentale, la relativa nullità.

La stessa situazione si verifica anche nel caso di decisioni fondate sulla *cd.* ragione più liquida. «Maggiore liquidità della questione significa, in particolare, che, nell'ipotesi del rigetto della domanda, occorre dare priorità alla ragione più evidente, più pronta, più piana, che conduca ad una decisione, indipendentemente dal fatto che essa riguardi il rito o il merito. Alla base di tale criterio vi è un'evidente esigenza di una maggiore economia processuale, poiché la sua applicazione consentirà di ridurre

¹⁷² PAGLIANTINI S., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, cit., pag. 219: «La pagina del processualcivile ha imputato alle SS.UU. la contraddizione, quando la nullità sia di protezione, di impastoiare per così dire l'idea portante dei due *dicta* perché, si è scritto, immaginare un diniego alla declaratoria di nullità opacizza l'assunto di un contratto nullo che, in quanto contrario a interessi di ordine generale, deve essere rimosso dall'ordinamento ad opera del giudice, pur nell'inerzia dell'interessato: il che ha tutta l'aria di un rilievo non proprio irresistibile, a tacer del fatto che, se la nullità deve giovare al consumatore (art. 36, c. 3 c. cons.) e questo è stato debitamente informato in giudizio, il modulo argomentativo delle SS.UU. riproduce quello inaugurato da *Pannon* (C-249/08) e proseguito da *Banif Plus Bank Zrt* (C-472/11), nell'ottica beninteso non di un diniego *tout court* bensì qualificato. Quello delle SS.UU., il profilo va chiarito a scanso di equivoci, non è un diniego per svista o in contumacia ma partecipato: non così spurio o bizzarro, allora, se si rammenta che l'ordine pubblico è tanto di direzione che di protezione. *Jorös* (C-397/11), per inciso, lo ha certificato a chiare lettere».

l'attività istruttoria e quella di stesura della motivazione. Così riducendo i tempi del processo»¹⁷³.

Le Sezioni Unite, aderendo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁷⁴, ammettono, quindi, che il rilievo d'ufficio da parte del giudice si configura anche nell'ambito delle nullità di protezione, con l'unico limite di riservare tale rilievo al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela¹⁷⁵.

¹⁷³ DELLI PRISCOLI L., *Il giudicato implicito alla luce del nuovo orientamento delle Sezioni Unite in tema di nullità negoziali*, cit.: «Si tratta di un principio di creazione giurisprudenziale che, in nome dell'art. 111 Cost., consente di derogare all'art. 276, co. 2, c.p.c., secondo cui il collegio decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa. Vi è sarebbe dunque un obbligo di legge di decidere prima ("gradatamente") le questioni di rito e poi (quindi) il merito. Secondo le Sezioni Unite in commento, la ricerca della ragione più liquida significa attribuire priorità alla ragione più evidente, più pronta, più piana, che conduca ad una decisione, indipendentemente dal fatto che essa riguardi il rito o il merito. Alla base del criterio della ragione più liquida vi è un'evidente esigenza di una maggiore economia processuale, poiché la sua applicazione dovrebbe consentire la riduzione dell'attività istruttoria e di stesura della motivazione, così riducendo i tempi del processo. Sicché, ad esempio, se dalle allegazioni dell'attore si desume l'inesistenza del diritto, il giudice può respingere la domanda senza procedere all'esame dell'eccezione di prescrizione sollevata dal convenuto; se, però, l'indagine sull'esistenza del diritto risulta complessa, mentre l'estinzione del diritto per prescrizione emerge immediata, il giudice può ben respingere la domanda per intervenuta prescrizione, senza necessità di verificare l'esistenza del diritto (Cfr. Cass., 28 maggio 2014, n. 12002, secondo cui il principio della ragione più liquida, imponendo un approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica, consente di sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare, di cui all'art. 276 c.p.c., in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, costituzionalizzata dall'art. 111 Cost., con la conseguenza che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione - anche se logicamente subordinata - senza necessità di esaminare previamente le altre)».

¹⁷⁴ VALLE L., *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, cit., pagg. 1380-1381: « Il principio secondo il quale il giudice è tenuto a svolgere un ruolo di supplenza del consumatore nel caso in cui questo non si attivi a domandare la vessatorietà delle clausole – affermato specificamente in termini di obbligo nella sentenza *Pannon*, ma già affermato nella sostanza in questi termini nella sentenza *Mostaza Claro* e in via meno diretta nelle pronunce precedenti (riaffermato poi ancora nella sentenza *Asturcom*) – assegna al giudice una posizione di particolare rilievo nella tutela del consumatore».

¹⁷⁵ PAGLIANTINI, S., *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mò di bussola per rivedere Itaca*, in *I contratti* 2/2015, pag. 115: «In un contesto siffatto la classe variegata delle nullità di protezione decampa solo un po' dall'ordito principale essenzialmente per quel marcatore di identità che è l'interesse del consumatore, ragione per una declaratoria della nullità, quantunque la si debba sempre rilevare, che non si potrà mai avere senza il concorso di una domanda di accertamento (principale o incidentale) del contraente protetto».

Chiarita quindi l'ammissibilità e l'obbligatorietà della rilevabilità *ex art.* 1421 c.c. anche per le nullità relative di protezione, la Corte specifica che la suddetta attività di rilevazione non è soggetta ad alcun vincolo preclusivo assoluto quanto alla sua trattazione ed al relativo ordine che ne consegue e che l'accertamento contenuto nella motivazione della sentenza è idoneo a produrre, anche in assenza di un'istanza di parte (domanda o accertamento incidentale), l'effetto di giudicato sulla nullità del contratto in mancanza di impugnazione sul punto.

La Corte si sofferma, poi, ampiamente sui rapporti tra la rilevazione officiosa della nullità e le azioni di impugnativa negoziale, completando quanto statuito dalla sentenza 14828/2012.

La sentenza citata, infatti, aveva dichiarato compatibile la rilevazione d'ufficio della nullità solo con le azioni di adempimento e di risoluzione e non con le domande di rescissione e di annullamento.

Nelle sentenze gemelle del 2014 la Corte precisa il percorso logico utilizzato nella sentenza del 2012 sostenendo l'applicabilità della rilevabilità *ex officio* della nullità a tutte le ipotesi di azioni di impugnativa negoziale sulla base di «un definitivo riconoscimento dell'omogeneità funzionale delle azioni di impugnativa negoziale, una volta esclusa la fondatezza della tesi che considera oggetto dell'azione di annullamento non già le situazioni soggettive sostanziali sorte dal contratto, bensì il diritto potestativo di annullamento (sostanziale, ovvero a necessario esercizio giudiziale). Le azioni di impugnativa negoziale sono, pertanto, disciplinate da un plesso normativo autonomo e omogeneo, del tutto incompatibile, strutturalmente e funzionalmente, con la diversa dimensione della nullità contrattuale. Ogni ipotesi di limitazione posta alla rilevabilità officiosa della nullità deve, pertanto, essere definitivamente espunta dall'attuale sistema processuale con riguardo a tutte le azioni di

impugnativa negoziale [...] senza per ciò solo negarne le diversità strutturali, che le distinguono sul piano sostanziale (adempimento e risoluzione postulano l'esistenza di un atto morfologicamente valido, di cui si discute soltanto *quoad effecta*, rescissione e annullamento presuppongono una invalidità strutturale dell'atto, pur tuttavia temporaneamente efficace)»¹⁷⁶.

Alla fine, la Corte procede ad una sintesi dei principi applicabili ai rapporti tra nullità negoziali ed impugnative contrattuali, specificando «che:

- il giudice ha l'obbligo di rilevare sempre una causa di nullità negoziale;
- il giudice, dopo averla rilevata, ha la facoltà di dichiarare, nel provvedimento decisorio sul merito, la nullità del negozio (salvo i casi di nullità speciali o di protezione rilevati e indicati alla parte interessata senza che questa manifesti interesse alla dichiarazione), e rigettare la domanda - di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione -, specificando in motivazione che la *ratio decidendi* della pronuncia di

¹⁷⁶ Sentenza Cass. SS.UU. n.26242/2014. Cfr. PAGLIANTINI S., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, cit., pag. 221: «Dunque la rilevabilità officiosa, d'ora innanzi, si atteggia a potere – dovere operante ogni qual volta sia dedotta in giudizio una questione di risolubilità degli effetti negoziali. Le SS.UU., per la verità, preferiscono la diversa denominazione di un art. 1421 che fa da corona alla figura di genere del negozio ad efficacia eliminabile. Non sembra però che lo scarto tra le due prospettive travalichi il dato puramente nominale: piuttosto, viene fatto di domandarsi, la rilevabilità officiosa involge pure il caso della simulazione perché la concorrente questione di nullità del contratto dedotto in giudizio funge da pregiudiziale logico – giuridica del decidere sulla domanda principale? Si pensi ad una domanda di accertamento della simulazione per interposizione fittizia di persona: ipotesi nella quale, stando almeno a Cass. 4645/198753, incorre nel vizio di ultrapetizione la sentenza che accogliesse la suddetta domanda ma rilevando un'interposizione reale, *dictum* rinnovato poi da Cass. 9505/2005 per il caso di una simulazione pronunziata pendente una domanda di risoluzione o di nullità del contratto. E però pare piuttosto evidente che, se la *ratio* della rilevabilità officiosa è tutt'uno coll'impedire l'esecuzione giudiziale di contratti nulli, nella fattispecie illustrata per prima di una simulazione assoluta, difettante nella sostanza perché dovrebbe piuttosto farsi questione di un'interposizione reale, la preclusione a rilevare officiosamente la nullità del contratto dedotto in giudizio si troverebbe a produrre l'effetto di dare giuridicità ad un obbligo, quello dell'intestatario del bene immobile di trasferirlo al beneficiario, in realtà mai sorto. E lo schema è destinato a riprodursi *tel quel* se la domanda di simulazione assoluta, infondata perché le parti hanno inteso piuttosto dissimulare, è da rigettarsi nel merito a motivo della sua nullità in quanto il contratto integra un mutuo con clausola commissoria».

rigetto è costituita dalla nullità del negozio, con una decisione che ha attitudine a divenire cosa giudicata in ordine alla nullità negoziale;

- il giudice deve rigettare la domanda di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento senza rilevare - né dichiarare – l’eventuale nullità, se fonda la decisione sulla base della individuata ragione più liquida: non essendo stato esaminato, neanche *incidenter tantum*, il tema della validità del negozio, non vi è alcuna questione circa (e non si forma alcun giudicato sul)la nullità;
- il giudice dichiara la nullità del negozio nel dispositivo della sentenza, dopo aver indicato come tema di prova la relativa questione, all’esito della eventuale domanda di accertamento (principale o incidentale) proposta da una delle parti, con effetto di giudicato in assenza di impugnazione;
- il giudice dichiara la nullità del negozio nella motivazione della sentenza, dopo aver indicato come tema di prova la relativa questione, in mancanza di domanda di accertamento (principale o incidentale) proposta da una delle parti, con effetto di giudicato in assenza di impugnazione;
- in appello e in Cassazione, in caso di mancata rilevazione officiosa della nullità in primo grado, il giudice ha sempre facoltà di rilevare d’ufficio la nullità¹⁷⁷».

¹⁷⁷ Sulla base di tali principi la Corte specifica poi le vicende del processo di primo grado, sintetizzandole nel seguente schema: « Il processo di primo grado.

A. Rilevazione *ex officio* della nullità da parte del giudice (art. 183, IV comma, art. 101, II comma, c.p.c.)

1) A seguito della rilevazione officiosa del giudice:

- La parte propone domanda di accertamento della nullità del contratto (in via principale ovvero incidentale);
- Il giudice accerta e statuisce sulla nullità del contratto;
- L’accertamento è idoneo al giudicato sulla nullità negoziale;

2) A seguito (e a dispetto) della rilevazione officiosa del giudice:

- le parti non propongono domanda di accertamento della nullità, secondo un’ipotesi è definita, nella sentenza 14828/012 e da parte della dottrina, soltanto residuale, ma comunque meritevole di esame

al fine di una complessiva disamina della questione, pur senza ricorrere ad ipotesi di scuola (è il caso dell'attore adempiente per aver versato *in toto* il corrispettivo in denaro di una compravendita, il quale, nonostante la rilevata nullità, insiste nella domanda di risoluzione per ottenere, oltre alla restituzione della *res*, anche il risarcimento dei danni; ovvero del locatore e del conduttore che abbiano entrambi interesse a che il contratto di locazione, pur indicato loro *ex officio* come nullo, non sia dichiarato tale, volendo entrambi limitare il giudizio alla questione del pagamento o meno di alcuni canoni, se la questione può risolversi sulla base della ragione più liquida - prescrizione, comprovato adempimento, comprovato inadempimento della controparte);

- le parti chiedono al giudice, in sede di precisazione delle conclusioni, di pronunciarsi sulla sola domanda originaria;
 - in dispositivo, il giudice rigetta la domanda, *sic et simpliciter*, non potendo pronunciare la risoluzione, l'annullamento, la rescissione di un contratto nullo;
 - in motivazione, il giudice dichiara di aver fondato il rigetto sulla rilevata nullità negoziale;
 - l'accertamento/dichiarazione della nullità è idoneo alla formazione del giudicato, in sostanziale applicazione (peraltro estensiva) della teoria, di matrice tedesca, del cd. vincolo al motivo portante - possono citarsi, in proposito, i classici esempi della compravendita che non potrà ritenersi esistente rispetto all'obbligo di consegnare la cosa al compratore quando il diritto del venditore al prezzo sia stato negato in conseguenza della (rilevata e) dichiarata nullità del contratto (e viceversa); ovvero della locazione, che, parimenti, non potrà riconoscersi ai fini del pagamento del canone quando il diritto alla consegna della cosa sia stato negato in conseguenza della (rilevata e) dichiarata nullità del contratto. Il vincolo del motivo portante, peraltro, se si ammette che, in motivazione, il giudice possa, in modo non equivoco, affrontare e risolvere, dichiarandola, la tematica della validità / nullità del negozio, non si limiterà ai soli segmenti del rapporto sostanziale dedotti in giudizio in tempi diversi, ma si estenderà a tutti i successivi processi in cui si discuta di diritti scaturenti dal contratto dichiarato nullo (onde la necessità di discorrere di oggetto del processo non soltanto in termini di rapporto, ma anche di negozio fatto storico/fattispecie programmatica). Si evita così il (non agevole) riferimento ai diritti ed effetti strettamente collegati al giudicato di rigetto da nessi funzionali di senso giuridico, che renderebbe assai arduo il compito del giudice di merito. La sostanziale differenza dell'ipotesi in esame rispetto ad un accertamento *pleno iure* della nullità negoziale si coglie sotto (il già indagato) aspetto della trascrizione e della (in)opponibilità ai terzi dell'effetto di giudicato: l'attore che voglia munirsi di un titolo utile a tali fini dovrà, difatti, formulare, in quello stesso processo, una domanda di accertamento, in via principale o incidentale, della nullità come rilevata dal giudice.
- 3) A seguito della rilevazione officiosa del giudice di una nullità speciale:
- le parti non propongono domanda di accertamento della nullità e chiedono al giudice di pronunciarsi sulla domanda originaria;
 - Il giudice rigetta (o accoglie) la domanda pronunciandosi soltanto su questa: pur avendo rilevato la nullità di protezione in corso di giudizio, non la dichiara in motivazione, limitandosi a rigettare la domanda, ove ne ricorrano i presupposti, per altro motivo, ovvero ad accoglierla, se fondata;
 - Non v'è accertamento della nullità speciale nella sentenza, dunque non si pone alcun problema di giudicato, attesa la peculiare natura della nullità;
- 4) A seguito della rilevazione officiosa del giudice:
- le parti non propongono domanda di accertamento della nullità e chiedono al giudice di pronunciarsi sulla domanda originaria;
 - Il giudice accoglie la domanda pronunciandosi soltanto su questa: dopo aver rilevato la nullità nel corso del giudizio, egli non la dichiara in motivazione poiché, *re melius perpensa*, nel corso del processo, all'esito delle allegazioni e delle prove offerte, si convince che la nullità da lui in origine rilevata era in realtà insussistente e dunque non poteva essere dichiarata (è il caso della nullità per difetto di causa concreta del negozio, la cui esistenza e validità sia successivamente emersa in corso di giudizio);
 - Si forma il giudicato implicito sulla non-nullità del contratto, la cui validità non potrà più essere messa in discussione tra le parti in un altro processo, non avendo le parti stesse - pur potendolo, nel corso del giudizio di primo grado, a seguito del rilievo del giudice - formulato alcuna domanda di accertamento incidentale, e non essendo, pertanto, loro consentito di *venire contra factum proprium*, se non abusando del proprio diritto e del processo, abuso il cui divieto assume, ormai, rilevanza costituzionale *ex art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*.

In conclusione, secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite nelle sentenze 26242 e 26243 del 2014, il giudice innanzi al quale sia stata proposta una qualsiasi impugnativa negoziale (di adempimento, risoluzione per qualunque motivo, annullamento, rescissione, nonché in caso di impugnativa per la declaratoria della nullità per altro motivo o solo parziale), sempreché non rigetti la pretesa in base ad una individuata “ragione più liquida”, ha l’obbligo di rilevare - e, correlativamente, di indicare alle parti - l’esistenza di una causa di nullità negoziale pur se di natura speciale o “di protezione” ed ha, di conseguenza, ove le parti non ne abbiano chiesto l’accertamento in via principale od incidentale in esito all’indicazione del giudice, la facoltà (salvo per le nullità speciali che presuppongono una manifestazione di interesse della parte) di dichiarare, in motivazione la nullità del negozio e, quindi, di rigettare per tale ragione, la domanda originaria, ovvero, in presenza di tale istanza, di

B - Mancata rilevazione *ex officio* della nullità da parte del giudice

1. Il giudice accoglie la domanda (di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento): la pronuncia è idonea alla formazione del giudicato implicito sulla validità del negozio, (salva rilevazione officiosa del giudice di appello);
2. Il giudice rigetta la domanda (di adempimento, risoluzione rescissione, annullamento): si forma il giudicato implicito sulla validità del negozio, salvo il caso in cui la decisione non risulti fondata sulla ragione cd. più liquida. L’adozione di una decisione sulla base della ragione più liquida (la prescrizione del diritto azionato, l’adempimento, la palese non gravità dell’inadempimento, l’ecceputa compensazione legale) a fronte di una eventualmente complessa istruttoria su di una eventuale *quaestio nullitatis* postula che il giudice non abbia in alcun modo scrutinato l’aspetto della validità del contratto, con conseguente inidoneità della pronuncia all’effetto di giudicato sulla non-nullità del contratto (alla medesima soluzione si perverrà ove la *quaestio nullitatis* sia stata oggetto di mera difesa o di semplice eccezione da parte del convenuto, nel qual caso il giudice non avrà nessun obbligo di pronuncia in ordine ad essa, potendo ancora una volta decidere in base alla ragione più liquida, tale obbligo di pronuncia nascendo, di converso, soltanto in presenza di apposita domanda).
3. Il giudice rigetta la domanda (di adempimento, risoluzione rescissione, annullamento). Il giudicato implicito sulla non nullità del negozio si forma (in tutti gli altri casi) se, nella motivazione, egli accerti e si pronunci non equivocamente nel senso della validità del negozio.
4. Il giudice rigetta la domanda, essendo stato sin dall’origine investito di una domanda di nullità negoziale, senza aver rilevato alcuna altra causa di nullità negoziale - L’accertamento della non nullità del contratto è idonea al passaggio in giudicato, di talché, in altro giudizio, non potrà essere ulteriormente addotta, a fondamento dell’azione, una diversa causa di nullità».

dichiarare la nullità del negozio direttamente in dispositivo con effetto in entrambi i casi di giudicato in assenza di impugnazione.

Aderendo, quindi, al dettato della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la Corte di Cassazione supera di fatto i dubbi della dottrina sulla incompatibilità tra il rilievo d'ufficio e la legittimazione relativa e ciò, indubbiamente, costituisce «una significativa conferma di come proprio dal versante dei rimedi, e segnatamente con riguardo alla cd. nullità di protezione, il diritto di fonte europea abbia più intensamente scompaginato il quadro sistematico solidamente presente nei diritti interni, specie quelli di *civil law*»¹⁷⁸.

L'orientamento suddetto risulta ormai confermato anche dalle recenti sentenze della Cass. 23 giugno 2016, n. 12996¹⁷⁹, Cass. 27 aprile

¹⁷⁸Cfr. ALESSI R., *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, cit.

¹⁷⁹ VERI' G., *La Cassazione torna sul rilievo d'ufficio della nullità, pregiudiziale logico-giuridica (non solo delle impugnazioni negoziali ma anche) del risarcimento del danno contrattuale*, in *Dir. civ. cont.*, Anno III, numero IV, ottobre/dicembre 2016, in internet: «A tal riguardo è opportuno prendere le mosse dall'esame della *res litigiosa*, vertente in materia di contratto d'opera intellettuale. Nello specifico l'attore chiede il risarcimento dei danni - che si assumono comprensivi di quanto all'epoca corrisposto, a titolo di compenso, al professionista e della somma necessaria per la nuova esecuzione delle prestazioni sanitarie rimaste incompiute - deducendo l'inesatta esecuzione di una prestazione odontoiatrica da parte del convenuto. La qualifica professionale di odontotecnico facente capo a quest'ultimo, tuttavia, non viene considerata nella prospettazione attorea come presupposto per proporre una domanda di risoluzione per inadempimento né, tantomeno, per chiedere l'accertamento di una nullità contrattuale per violazione di norma imperativa, ossia l'art. 11 R.D. 31 maggio 1928, n. 1334 (Regolamento per l'esecuzione della Legge 23 giugno 1927, n. 1264, sulla disciplina delle arti ausiliarie delle professioni sanitarie), il quale pone in capo all'odontotecnico un espresso divieto allo svolgimento di attività di cura diretta sul paziente. Nel *decisum* fatto oggetto di ricorso la Corte di merito ha ritenuto, in aderenza al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, di respingere la domanda risarcitoria proposta dal paziente - ed avente ad oggetto il pregiudizio subito e il compenso pagato - osservando che la stessa non avrebbe potuto comprendere la restituzione della somma corrisposta al professionista abusivo, suscettibile di essere ottenuta, piuttosto, mediante la risoluzione per inadempimento o una declaratoria di nullità, con le conseguenti azioni di ripetizione dell'indebito. In difetto di proposizione di tali ultime domande, il compenso resta al percipiente per quanto egli abbia inesattamente eseguito la prestazione. Benché corretta sotto il profilo processuale - essendo evidente l'incompatibilità tra la restituzione del compenso e la domanda di risarcimento - la sentenza approda ad un esito sostanzialmente iniquo. La mancata restituzione del compenso, infatti, comporta un arricchimento ingiustificato in capo al professionista, con evidente differenza applicativa qualora il cliente non avesse ancora corrisposto il pagamento. Chiedendo il risarcimento del danno, ossia un rimedio per equivalente, il preteso creditore non manifesta interesse all'attuazione del rapporto, assumendo sussistere un inadempimento definitivo e ritenendo tale rimedio quello maggiormente idoneo a tutelare i propri interessi. Nel caso in esame, trattandosi di nullità sospetta della prestazione d'opera resa, avrebbe potuto domandarsi con fondamento, quantomeno in via subordinata, un risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., allegandone e provandone i relativi elementi

2016 n. 8395 e Cass. 20 gennaio 2016, n. 896 ove viene affermato che «la rilevazione officiosa delle nullità negoziali, in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione) e sotto qualsiasi profilo (anche diverso da quello allegato dalla parte, ed altresì per le ipotesi di nullità speciali o di protezione), è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata ragione più liquida, e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio; la loro dichiarazione, invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte pure all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa (salvo per le nullità speciali, che presuppongono una manifestazione di interesse della parte) del medesimo vizio, previo suo accertamento, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia, peraltro, di giudicato in assenza di sua impugnazione»¹⁸⁰.

costitutivi e, contestualmente, la restituzione del compenso pagato in base alla disciplina dell'indebito. Al contrario, il risarcimento domandato dall'attore consegue all'inadempimento di un'obbligazione: quindi v'è – o dovrebbe esservi – nell'ottica di chi agisce la necessità di supportare la validità del contratto. La domanda risarcitoria da illecito contrattuale, proposta ai sensi dell'art. 1218 cod. civ, si pone dunque come del tutto autonoma rispetto a una richiesta di risoluzione ex art. 1453 cod. civ. e, pur contestando l'inesatta esecuzione della prestazione, postula in realtà l'esistenza di un contratto valido ed efficace tra le parti. A giudizio della Corte, poiché la pretesa azionata trova comunque nel contratto il proprio indefettibile presupposto, è dato estendere l'obbligatorietà della rilevazione *ex officio* della nullità conseguente alla violazione del citato art. 11, R.D. n. 1334/1928. Tale rilevazione fu omessa dal primo giudice e dalla Corte territoriale: conseguentemente la Cassazione, con l'ordinanza interlocutoria n. 13307 del 26 giugno 2015, vi provvede ex artt. 1418 e 2231 cod. civ. per essere stata eseguita la prestazione da un soggetto non iscritto nell'apposito albo ed anzi privo della prescritta qualifica di odontoiatra, che è presupposto necessario per l'espletamento di attività di cura diretta sul paziente. Ritiene il collegio che il divieto delle attività di cura odontoiatrica – previsto a pena di nullità a carico dell'odontotecnico – risponde a ragioni di tutela dell'interesse pubblico e ciò, in contrasto con la tesi esposta dal ricorrente che chiede un risarcimento danni fondandolo unicamente sull'inesatto adempimento, elide in radice la configurabilità di un inesatto adempimento di prestazioni, che la stessa legge inibisce proprio a tutela dell'interesse pubblico al possesso delle necessarie competenze tecniche. L'impianto teorico costruito dalle Sezioni Unite con le sentenze nn. 26242 e 26243/14 sul rilievo officioso della nullità contrattuale viene dunque esteso dalla sentenza in esame sino a comprendervi una domanda risarcitoria proposta in via autonoma per inesatta esecuzione della prestazione: la quale – per quanto strutturalmente differente dalle azioni di impugnativa negoziale in precedenza menzionate (inadempimento o risoluzione per qualsiasi motivo come patologie funzionali, annullamento o rescissione come patologie genetiche) – viene in realtà ricondotta nel medesimo alveo».

¹⁸⁰ Sentenza Cass. 896/2016. Cfr. PAGNI I, *Il sistema delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, pagg. 71 e ss., che osserva come la Cassazione abbia fornito un vero e proprio "sistema" delle impugnative negoziali e dell'azione di nullità. Cfr. BIVONA E., *Rilevabilità d'ufficio*

Ugualmente importante è poi la sentenza della Cassazione n. 20446/2016, sulla vicenda dei cd. “*tango bond*”. In tale sentenza la Corte ribadisce che la rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia, come una “*species*” del più ampio “*genus*” rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l’uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) – che trascendono quelli del singolo.

*della nullità tra regole sul contratto e regole sul processo, cit.: «Il tema della rilevabilità d’ufficio della nullità, paradigma dell’interferenza tra regole sul contratto e regole sul processo, è di nuovo al vaglio della Suprema Corte. L’affermazione di una rilevazione officiosa sempre obbligatoria, che *prima facie* sembrerebbe deporre per un raggiunto equilibrio tra quelle regole, lascia subito spazio ad una rilevabilità intermittente e ad una dichiarazione facoltativa della nullità: quest’ultima dunque, lontana dal ruolo di massima sanzione inficiante l’intesa contrattuale che il civilista tradizionalmente le assegna, diviene fattispecie “recessiva” rispetto alle esigenze processuali di volta in volta emergenti. La dottrina, così, è ancora una volta chiamata a riflettere su quel “declino della fattispecie” in grado di pregiudicare i fondamentali principi di “calcolabilità” delle decisioni giudiziali e di certezza dei rapporti giuridici, sui quali appare improntato l’intero sistema dell’economia moderna».*

CAPITOLO IV

La convalida delle nullità di protezione

Sommario: 1. La “convalida” delle nullità di protezione: le soluzioni proposte dalla dottrina. L'impossibilità di ricorrere a soluzioni astratte e la necessità di valutare la convalidabilità in relazione all'interesse tutelato dalla norma. Importanza dell'art. 1423 c.c. e significato della locuzione “se la legge non dispone diversamente”. 2. Il criterio della soddisfazione dell'interesse finale per l'ammissibilità della convalida delle nullità di protezione.

1. La “convalida” delle nullità di protezione: le soluzioni proposte dalla dottrina. L'impossibilità di ricorrere a soluzioni astratte e la necessità di valutare la convalidabilità in relazione all'interesse tutelato dalla norma. Importanza dell'art. 1423 c.c. e significato della locuzione “se la legge non dispone diversamente”.

Strettamente connessa alla problematica sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione è quella relativa alla possibilità o meno di “convalidare”¹⁸¹ un atto affetto da tale patologia da parte del contraente cui è riservata la legittimazione all'azione, secondo un meccanismo simile

¹⁸¹ In dottrina alcuni autori utilizzano il termine “sanare o recuperare” al posto di “convalidare” (tranne PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit.) per evitare confusione con l'istituto dell'annullabilità e con il rimedio testuale previsto dall'art. 1444. c.c.

a quello previsto per le ipotesi di annullabilità *ex art.* 1444 c.c., ed in ossequio alla clausola di salvezza di cui all'art. 1423 c.c.¹⁸².

Tale problematica risulta essere, infatti, alquanto complessa poiché non è prevista alcuna norma che espressamente autorizzi o neghi la possibilità di “recupero” di un contratto affetto da nullità relativa di protezione¹⁸³.

Occorre, anzitutto, concordare con chi¹⁸⁴ ritiene che, nelle ipotesi di nullità di protezione, il contratto o la clausola affetti da tale forma di invalidità siano inizialmente inidonei a produrre effetti.

¹⁸² Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 11: «Non si tratta di valutare l'applicazione analogica dell'art. 1444 c.c. alle nullità ma semplicemente di rileggere l'art. 1423 c.c. alla luce del sistema».

¹⁸³ Senza poter approfondire in questa sede il complesso dibattito dottrinale in materia di convalidabilità del contratto nullo, si rinvia all'ampia trattazione compiuta da PAGLIANTINI S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, pag. 35, secondo il quale: «La chiusa eccettuativa dell'art. 1423 c.c. – “se la legge non dispone diversamente” – si può benissimo spiegare come un'esplicita ammissione della convalidabilità ogni qual volta dal corpo della previsione risulti altrimenti».

¹⁸⁴ PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pagg. 1 e ss.; BONFIGLIO G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., pagg. 902 e ss.; D'AMICO G., *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit.; BIANCA C.M., *Il contratto*, cit., pagg. 624 e ss.: «La relatività altera sicuramente un normale connotato della nullità, ma questa alterazione non cancella i tratti essenziali della figura, cioè la rilevabilità d'ufficio, l'imprescrittibilità dell'azione e la definitività della conseguente inefficacia. La facoltà della parte di profittare della clausola invalida concorre a delineare la figura della nullità così come questa è concretamente recepita nel nostro diritto positivo, attestandone la potenziale flessibilità»; GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 432: «Se si riconoscesse il negozio relativamente nullo come inizialmente efficace, si dovrebbe immaginare una fattispecie nella quale il rapporto contrattuale verrebbe in essere manifestando originariamente tutta la sua vincolatività nei confronti delle parti e dei terzi, e tale qualità manterrebbe nel tempo ove il soggetto titolare del potere invalidante non decidesse di esercitare il proprio diritto. Il che è come dire che il negozio *de quo* si troverebbe in una situazione non molto dissimile da quella propria del contratto annullabile rispetto al quale, allora, la nullità relativa non sembrerebbe, nella sostanza, doversi differenziare [...]. Il risultato a cui conduce una soluzione come quella appena descritta, basata tutta sul presupposto della iniziale efficacia del negozio relativamente nullo, non sembra poter sfuggire ad alcune obiezioni. Anzitutto, in linea generale, l'iniziale efficacia del contratto finirebbe per imporre al contraente debole, che volesse svincolarsi dall'accordo nullo, l'onere di attivarsi per ottenerne la caducazione, arrivando così a frustrare, se non addirittura a vanificare del tutto, in alcuni casi, le intenzioni protettive del legislatore. Inoltre, così ragionando, si finirebbe per avallare e legittimare la creazione di un affidamento su una situazione dotata di esistenza precaria e si complicherebbe non poco il sistema delle restituzioni conseguenti alla dichiarazione di nullità. Si immagini il caso di un contratto contenente una clausola che consenta al professionista di recedere senza un ragionevole preavviso e in assenza di giusta causa: l'ipotesi è particolarmente interessante, in quanto si tratta dell'invalidità di una singola clausola che, tuttavia, per il particolare contenuto, è in grado di travolgere, cadendo, l'intero negozio. La clausola suddetta è testualmente considerata vessatoria, fino a prova contraria, dal comma 2, lett. h) dell'art. 33 cod. cons.; *ex art.* 36 cod. cons., poi, la sua nullità può essere invocata solo a favore del consumatore. Immaginiamo, secondo la ricostruzione appena esposta,

L'eventuale convalida del contratto, se ammessa, «non determinerebbe, quindi, la stabilizzazione di effetti che l'atto ha già prodotto, ma al contrario la rimozione definitiva di un ostacolo alla produzione di tali effetti, ovvero consentirebbe al contratto di produrre *ex nunc* quegli effetti che esso originariamente era inidoneo a produrre (quanto meno per la parte nulla)»¹⁸⁵.

Tale conclusione è suffragata, oltre che dalla disciplina generale in tema di nullità, anche dalle caratteristiche delle nullità di protezione (tutela di interessi generali, rilevabilità d'ufficio ed imprescrittibilità) che sarebbero incompatibili con un'eventuale efficacia interinale o provvisoria del contratto viziato¹⁸⁶.

che la clausola sia inizialmente efficace e che solo in un secondo tempo il consumatore si avvalga della facoltà di porla nel nulla: ne conseguirebbe che il professionista potrebbe utilmente recedere dal contratto, facendone venir meno la vincolatività nei suoi confronti fino a che il consumatore non decidesse di far dichiarare la vessatorietà della relativa clausola (e si noti che non è previsto alcun termine di prescrizione al riguardo). Se così, poi, avvenisse, l'iniziativa del consumatore, atta a vanificare il recesso abusivamente esercitato, riporterebbe in vita il contratto originario, il quale tornerebbe *ex tunc* efficace e vincolante per entrambi i contraenti, travolgendo inevitabilmente la posizione dei terzi che avessero stipulato nel frattempo con il professionista un accordo avente il medesimo oggetto, e creando di conseguenza un complesso intreccio di risarcimenti e restituzioni. Non si dimentichi, poi, che esiste un limite tecnico difficilmente superabile a riconoscere l'iniziale efficacia del negozio relativamente nullo, rappresentato dal fatto che la legislazione più recente prevede tendenzialmente che in questi casi il vizio della fattispecie sia anche rilevabile d'ufficio. È, infatti, abbastanza problematico immaginare che, in linea di principio, un intervento del giudice possa privare autoritativamente di efficacia una fattispecie già negozialmente operativa, per quanto nell'interesse del soggetto protetto in conformità alla *ratio legis*. Alla luce delle difficoltà appena evidenziate, sembra forse più consono optare, allora, per una diversa soluzione che riconosca l'iniziale inefficacia del negozio relativamente nullo». *Contra* cfr.: ORESTANO A., *L'inefficacia delle clausole vessatorie: contratti del consumatore e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pag. 513; PETRELLI G., *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente* (D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122), cit.; SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., pag. 507; POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, pag. 181; GIOIA G., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., pag. 1338.

¹⁸⁵ PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pagg. 13 -15.

¹⁸⁶ Cfr. D'AMICO G., *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., pag. 17: «Si stenta a comprendere perché mai dovrebbe riconoscersi efficacia a clausole o contratti che si qualificano come nulli. E' bensì vero che il meccanismo dell'annullabilità dimostra la compatibilità tra legittimazione relativa ed efficacia interinale dell'atto; dimostra cioè che non c'è bisogno di escludere *ab origine* l'efficacia astratta dell'atto, potendosi rinviare questa decisione al momento in cui gli effetti dovranno ricevere esecuzione/attuazione (perché se il contraente protetto, consapevole della causa di annullabilità, darà esecuzione al contratto, ciò significherà che egli ha inteso sanare il vizio e gli effetti potranno allora realizzarsi in maniera stabile; se invece il contraente rifiuterà l'esecuzione allora ci sarà contestazione del contratto e risulterà che gli effetti che esso era astrattamente idoneo a produrre non potranno concretamente seguire). Il che significa che da un punto di vista pratico un'efficacia astratta

Per ciò che concerne specificamente la problematica relativa all'ammissibilità della sanabilità del contratto affetto da nullità di protezione, il dibattito dottrinario è caratterizzato da opinioni alquanto contrastanti.

Alcuni autori ritengono ammissibile la convalida osservando che, se una sola parte ha il diritto di decidere se svincolarsi dal contratto affetto da nullità di protezione, quella stessa parte deve avere la possibilità di non rilevare tale forma di invalidità, convalidando definitivamente il contratto o la clausola nulla¹⁸⁷.

iniziale (eliminabile *ex post*) può essere considerata equivalente ad una inefficacia immediata. Sennonché applicare questo modello anche al caso della nullità di protezione si potrebbe esporre alle seguenti obiezioni: a) eliminato il tratto differenziale fondamentale incentrato sul binomio inefficacia / efficacia, la distinzione tra nullità e annullabilità finisce per svanire; b) nella nullità di protezione la presenza di un interesse generale tutelato dalla norma rende più coerente la configurazione di un'inefficacia originaria del contratto o della clausola, anziché l'idea di una loro iniziale efficacia. La tesi dell'inefficacia originaria inoltre si accorda maggiormente con la rilevabilità d'ufficio della nullità; c) non si vede quale guadagno si abbia a considerare il contratto o le clausole nulle come efficaci: ciò indurrebbe a pensare ad una presunzione di liceità piuttosto che di illiceità di siffatti contratti o clausole (che dovrebbero invece considerarsi senz'altro disapprovati dall'ordinamento, salvo che la parte direttamente interessata non rilevi, attraverso la convalida dell'atto o della clausola, che non ritiene di aver subito un danno dall'atto nullo); d) l'imprescrittibilità dell'azione, che dovrebbe valere anche per la nullità di protezione, ha un significato completamente diverso rispetto a una fattispecie inefficace *ab origine* piuttosto che rispetto ad una fattispecie che si assume essere efficace. La possibilità unilaterale di provocare la caducazione con effetto *ex tunc* di un contratto efficace si risolve nella sostanza infatti nell'accordare al contraente legittimato a far valere codesta nullità un potere non dissimile dallo *ius poenitendi* introdotto in numerose ipotesi della legislazione sul contratto di derivazione comunitaria. Sennonché in queste ipotesi lo *ius poenitendi* è accordato di regola per un periodo assai breve di tempo collocato a ridosso della formazione del contratto, mentre qui ci troveremmo di fronte ad una possibilità di scioglimento del rapporto tendenzialmente priva di limiti temporali. Le considerazioni appena svolte portano a ritenere che nelle ipotesi di nullità di protezione la sorte del contratto sia bensì rimessa alla scelta del contraente protetto ma non tanto nel senso che a tale contraente venga attribuita *sine die* la possibilità di caducare un contratto efficace quanto soprattutto nel senso che a lui soltanto è data la possibilità di far produrre effetti ad una clausola o ad un contratto inizialmente inidonei a produrli, convalidando la clausola o il contratto in questione».

¹⁸⁷ Cfr. PILIA C., *Circolazione giuridica e nullità*, cit., pag. 242; PAGLIANTINI S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., pag. 153; D'AMICO G., *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., pag. 742: «Occorre naturalmente configurare questa possibilità di convalida - che si presenta a nostro avviso come uno dei tratti che connotano la nullità di protezione, in stretta derivazione da quella legittimazione relativa che della figura costituisce il carattere essenziale - in termini almeno parzialmente differenti dal modello offerto dall'art. 1444 c.c.: in quest'ultimo caso, convalidare il contratto significa rendere stabili e permanenti effetti che il contratto ha già prodotto; nel caso della nullità di protezione la convalida serve invece a consentire al contratto di produrre quegli effetti che esso originariamente era inidoneo a produrre». Cfr. PUTTI P.M., *Le nullità contrattuali*, in Lipari, N., Rescigno, P., *Diritto civile, II*, Milano, 2009, pag. 957: «La parte legittimata a far valere la nullità finisce col dover divenire in concreto unico arbitro della sorte del contratto per cui non si comprenderebbe la ragione per cui debba escludersi alla stessa la possibilità di convalidare il contratto nullo, laddove sia soddisfatta del contenuto della stipulazione».

Tale impostazione, che ammette la possibilità di una convalida generalizzata¹⁸⁸ per tutte le fattispecie di nullità relativa di protezione, ha

¹⁸⁸ GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 441: «A noi pare che il negozio relativamente nullo possa essere così visto, come una ipotesi di c.d. nullità sospesa o pendente, nella quale una fattispecie inizialmente connotata da inefficacia assoluta possa consolidarsi con il sopravvenire di un elemento ulteriore, volto a sanarne retroattivamente il vizio; elemento che in questo caso sarebbe rappresentato, appunto, dalla manifestazione di volontà, in tal senso, della parte che sarebbe legittimata a far valere l'invalidità [...]. La fattispecie andrebbe così considerata definitivamente nulla *ab origine*, con la conseguenza che quanto inconsapevolmente eseguito nel frattempo dovrebbe allora essere senz'altro restituito. In tal modo, poi, non si porrebbe nemmeno il problema di tutelare l'affidamento dei terzi, visto che, verosimilmente, esso non sorgerebbe di fronte ad un *quid* che non è mai divenuto operativo [...]. Resta ora da analizzare come in concreto debba operare la sanatoria che si è ipotizzata appena sopra: in pratica, si tratta di vedere in quali forme e in quale lasso temporale il contraente debole possa determinare il consolidamento della fattispecie relativamente nulla, che si è detto essere inizialmente in una situazione di inoperatività sospesa. Quanto al profilo sostanziale, a ben vedere, la “conferma” del contraente debole, espressa o tacita che sia, consisterà sempre in una forma di dismissione della protezione che la legge gli accorda, dismissione che di volta in volta potrà concretarsi in una rinuncia che esclude o limita un suo diritto – sia esso un diritto di credito o un diritto potestativo – o più generalmente una pretesa o una facoltà che la legge gli riconosce, oppure nell'assunzione o estensione oltre i parametri di legge di un obbligo, oppure, infine, nella creazione di un diritto in capo al professionista. Relativamente, poi, alle forme nelle quali tale sanatoria potrà determinarsi, sembra agevole fare riferimento a quanto previsto dal codice civile in tema di convalida del negozio annullabile, ovviamente *mutatis mutandis*, dato che nel nostro caso, per quanto visto, si è di fronte ad una fattispecie inizialmente inefficace. E che, in linea di principio, la sanatoria di un negozio nullo sia immaginabile lo dice testualmente l'art. 1423 c.c., allorché contempla la possibilità di aversi in pratica la convalida di una fattispecie addirittura nulla in modo assoluto, nei casi previsti dalla legge. Orbene, la nullità relativa di protezione potrebbe essere letta come uno di quei casi e verrebbe anzi a superare la dimensione meramente eccezionale riservata finora alla convalida dei negozi nulli, concretando così un'evoluzione significativa del sistema, idonea a mutarne stabilmente l'assetto. Ciò posto, non sembra che si debba immaginare una disciplina diversa per la “conferma” che il contraente debole può esercitare, rispetto a quella prevista dall'art. 1444 c.c. [...]. In definitiva la figura della nullità relativa di protezione può assumere, nei termini appena descritti, una valenza sistematica propria, che la porta ad essere qualificata come una forma di nullità “anomala” che condivide con la categoria generale i connotati fondamentali dell'originaria inefficacia e della rilevabilità d'ufficio, ma che se ne differenzia sostanzialmente per il fatto che ne è sempre ammessa la sanabilità nella forma di una convalida ad opera del contraente debole. Dunque, la nullità relativa non può essere considerata semplicemente una deviazione autorizzata dai canoni tradizionali, ma per la complessità dei problemi che comporta, anche in ragione della sua crescente diffusione, non sembra azzardato definirla oggi come una nuova figura di invalidità negoziale accolta dal nostro ordinamento [...]. Ove la legge prevede che l'unico soggetto legittimato ad invocare il difetto del negozio o di una sua clausola sia il contraente debole, allora è giocoforza ammettere che questi sia anche in grado di consolidare la medesima fattispecie, e sia l'unico a ciò abilitato. E chiaramente la scelta della relatività della legittimazione ad agire concentra in capo al contraente debole la possibilità di decidere le sorti del negozio. Ma allora: se questi può scegliere di decretarne definitivamente l'inoperatività, dovrà anche poter scegliere, ove lo voglia, di avvalersi degli effetti che potenzialmente tale regolamento contiene *in nuce*. Il che è come dire che se l'ordinamento avesse voluto una fattispecie del tutto nulla e destinata a rimanere tale, non si spiegherebbe davvero perché mai avrebbe dovuto circoscrivere la legittimazione a farne valere il vizio. A ben vedere, poi, la possibilità per il contraente debole di decidere di sanare il negozio conferisce solidità, rendendola compiuta, alla finalità protettiva della legislazione esaminata. Che tutela sarebbe quella che lasciasse al soggetto beneficiario solo la possibilità di svincolarsi dall'accordo, quando tutta la vicenda nasce dal suo primario interesse a raggiungere un accordo? Dunque, il dato che vale in concreto a differenziare le nuove nullità rispetto alla figura di base può essere indicato nella loro generale sanabilità: si è visto, così, che si tratta propriamente di forme di nullità c.d. “pendente”, nelle quali la fattispecie viziata è sempre suscettibile di consolidarsi con il sopraggiungere di un elemento ulteriore, che nel caso della nullità relativa di protezione sarà

incontrato le critiche di chi sostiene che «la convalida non si risolve in una mera dismissale di un diritto, ma implica, al contrario, l'attribuzione all'atto del connotato dell'inoppugnabilità, tant'è che con la convalida il negozio si sana *erga omnes* poiché viene fissato definitivamente il suo valore giuridico. Se soltanto il consumatore può decidere se caducare o no, non per questo è riconosciuto automaticamente allo stesso il potere di privarsi una volta per tutte dell'azione. Pertanto, pur se indirettamente la convalida produce gli effetti della rinuncia al diritto di annullamento, relativamente all'oggetto della convalida stessa ed al vizio menzionato, tuttavia i due istituti non possono essere confusi»¹⁸⁹.

Altri autori, invece, rinvergono nell'art. 143 del Codice del consumo, che sancisce l'irrinunciabilità dei diritti del consumatore, un ostacolo all'ammissibilità della sanabilità delle nullità di protezione: «poiché tra tali diritti vi è anche quello di invocare le nullità, sia pure relative, contemplate nel Codice del consumo, ne seguirebbe che ogni atto abdicativo (rinuncia) del diritto a fare valere la nullità o, comunque, idoneo a rimuovere la condizione di instabilità dell'atto (convalida) sarebbe illegittimo ed esso stesso nullo, ponendosi in irrimediabile

rappresentato appunto da una manifestazione di volontà in tale direzione da parte del contraente debole, che altro non è che una sorta di convalida nei termini che si sono specificati *supra*. All'inefficacia e alla rilevabilità d'ufficio, in definitiva, queste nuove invalidità associano una generale attitudine al superamento del vizio originario del negozio, in nome delle esigenze di conservazione del negozio medesimo che sembra essere uno dei momenti più sentiti dalle moderne dinamiche del mercato. La nullità speciale, descritta in questi termini, non appare allora altro che una nullità sanabile per specifica scelta del legislatore, il quale di volta in volta potrà anche riservarsi di stabilire eventuali varianti per rendere la forma e le modalità della sanatoria le più adatte alla circostanza: ma alla base dovrà rimanere sempre una decisione consapevole del contraente debole».

¹⁸⁹ Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 50, che aggiunge: «Non è possibile in via assoluta ammettere la convalidabilità di tali forme di nullità per cinque ragioni: 1) altro è la legittimazione a impugnare, altro è il potere di convalidare; 2) ammettere la convalida delle nullità di protezione senza limiti si scontra con la rilevabilità d'ufficio, la quale potrebbe operare nell'interesse del consumatore anche se contro la sua volontà; 3) la convalidabilità va bilanciata con l'imprescrittibilità dell'azione; 4) ammettere la convalida potrebbe essere una soluzione sfavorevole per il contraente debole perché perderebbe il diritto di impugnazione; 5) non consentire la convalida potrebbe evitare in alcuni casi approfittamenti ingiusti e pressioni psicologiche». In tal senso anche POLIDORI S., *Nullità relativa e potere di convalida*, cit.

contrasto con l'art. 143, da considerarsi indiscutibilmente come una norma imperativa. In definitiva l'indisponibilità che connota la nullità assoluta verrebbe riaffermata in virtù della citata norma in tema di nullità relativa di protezione, escludendosi, così, ogni possibilità di sanatoria del patto o della clausola viziata da nullità»¹⁹⁰.

Data l'assoluta indisponibilità degli interessi protetti dal Codice del consumo, tali autori sostengono, quindi, che il divieto di rinuncia ai propri diritti riguarda anche quelli di cui il consumatore sia già divenuto titolare.

La dottrina maggioritaria¹⁹¹, considerando tale interpretazione dell'art. 143 del Codice del consumo «sovraffondante rispetto alla *ratio* della norma»¹⁹², ritiene, invece, che l'irrinunciabilità dei diritti attenga soltanto alla fase antecedente o contestuale alla conclusione del contratto. Se, infatti, l'irrinunciabilità riguardasse anche diritti già acquisiti nella sfera giuridica del consumatore, tali diritti dovrebbero essere di conseguenza insuscettibili di transazione¹⁹³, ma tale conclusione sarebbe smentita dall'art. 141 del Codice del consumo, che prevedendo la possibilità di risolvere con procedure extragiudiziali le controversie tra

¹⁹⁰ MONTICELLI S., *La recuperabilità dell'atto nullo*, cit., pag. 184.

¹⁹¹ GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., pag. 380; DE CRISTOFARO G., *Il codice del consumo*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2006, pag. 815, il quale afferma che se si negasse al consumatore la possibilità di disporre liberamente e consapevolmente di diritti riconosciutigli dal codice del consumo e di cui sia già divenuto titolare si determinerebbe una pesante limitazione dell'autonomia privata nei rapporti tra consumatori e professionisti; MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino 2006, pag. 81; MONTICELLI S., *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contratti*, 2007, pag. 697, il quale distingue sotto questo profilo tra i diritti fondamentali del consumatore, che sarebbero irrinunciabili, e i diritti patrimoniali che, invece, sarebbero rinunciabili una volta verificatisi i fatti connessi al loro sorgere; PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit.; PAGLIANTINI S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., pagg. 159 e ss.; ID., *La vaghezza del principio di "non vincolatività" delle clausole vessatorie secondo la Corte di giustizia: ultimo atto?*, cit., pag. 34: «Non si vede infatti, riguardo al primo aspetto, per quale ragione l'irrinunciabilità (art. 143 c. cons.) non si possa coniugare a vicende transattive e/o dispositive, succedanee naturalmente al sorgere del diritto, ove risulti acclarato che l'effetto validativo si dipana in quanto *posterius* rispetto al preventivo accertamento sostanziale dell'avvenuta soddisfazione dell'interesse del consumatore».

¹⁹² PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 34.

¹⁹³ Cfr. MONTICELLI S., *La recuperabilità dell'atto nullo*, cit., pag. 185.

consumatore e professionista, costituirebbe la prova del fatto che «il consumatore possa transigere, rinunciare e disporre dei diritti che ha già acquistato proprio al fine di poterne trarre anche dei vantaggi»¹⁹⁴.

D'altra parte anche altre norme del Codice del consumo circoscrivono il divieto di rinuncia ai propri diritti alla fase precedente o contestuale alla conclusione del contratto¹⁹⁵.

Altri autori, ancora, negano la possibilità di convalidare un atto affetto da nullità di protezione¹⁹⁶ in ossequio a quanto sancito dall'art.

¹⁹⁴ Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 36 e MONTICELLI S., *La recuperabilità dell'atto nullo*, cit., pag.185.

¹⁹⁵ Cfr. MONTICELLI S., *La recuperabilità dell'atto nullo*, cit., pag.186: «L'individuazione da parte del legislatore di un ambito temporale, preciso e circoscritto, in cui opera la nullità deve, di conseguenza, far ritenere che, una volta che detti diritti siano entrati nella titolarità del consumatore, questi sarà libero di disporne con rinunzie e transazioni. Ritenere diversamente sarebbe non solo irragionevole ma non rispondente all'interesse dello stesso consumatore che da un atto dispositivo del diritto acquisito potrebbe trarre evidenti vantaggi contrattando, questa volta, in una posizione di forza con il professionista. È appena da dire, inoltre, che la sola esistenza di tale possibilità è esaustiva anche, sia pure *ex post*, della finalità regolativa del mercato che costituisce l'interesse pubblico pure sotteso al Codice del consumo ed alle previsioni di nullità in esso contemplate. Se tutto quanto innanzi appare convincente dovrà, allora, convenirsi anzitutto con la conclusione che l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore, tra i quali vi è il diritto a fare valere le nullità relative di protezione contemplate nel Codice del consumo, è circoscritta alla sola fase antecedente all'insorgere del diritto, giacché la finalità perseguita dal legislatore è quella di garantire l'effettiva attribuzione dei diritti al consumatore nonché la possibilità che egli sia libero di esercitarli o meno. Detta composita finalità si esaurisce, per lo più, con la stipulazione del contratto di consumo che, se contiene clausole affette da nullità relativa di protezione, sarà suscettibile di impugnativa da parte del consumatore esclusivamente legittimato a ciò».

¹⁹⁶ Sul punto cfr.: PASSAGNOLI G., *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e mercato*, 2012, pag. 30: «Del resto, anche e proprio sul piano del fondamento normativo si giustifica la diversa disciplina della nullità relativa rispetto alle ipotesi di annullabilità parimenti relativa. Solo nella prima, vi è - quale presupposto della tutela - una situazione di squilibrio strutturale, non occasionale o patologico, tra i contraenti. Sicché si comprende il diverso atteggiarsi della disciplina che, mentre realizza l'immediata protezione del soggetto, attua, in pari tempo, quella di un interesse che non può dirsi esclusivo di quest'ultimo ed anzi postula un concorrente interesse di categoria all'effettività della tutela, che sarebbe pregiudicato tanto dalla sanabilità della nullità che dalla rinunziabilità della rispettiva azione. Può escludersi allora, conclusivamente, che, sul piano sistematico, la relatività della legittimazione all'azione di nullità ne implichi - almeno in termini generali - la sanabilità o rinunziabilità. E può dirsi in particolare - per tornare alla giurisprudenza della Corte di Giustizia - che l'opposizione al rilievo d'ufficio, non impedirà al contraente protetto di far valere successivamente, in via d'azione o d'eccezione, la nullità; né impedirà che ciò possa avvenire in via surrogatoria da parte dei creditori: ipotesi l'una e l'altra che sarebbero invece da escludere in caso di sanatoria della nullità o di rinunzia, con effetti sostanziali, all'azione. E' peraltro evidente che in tutti i casi di mancato esercizio dell'azione di nullità - per quanto essa resti intatta, come impregiudicata resta in ogni tempo la eccezione di nullità - si produrranno frattanto gli effetti acquisitivi del possesso di buona fede e della usucapione, nonché quelli estintivi connessi alla prescrizione sia dell'azione di ripetizione sia di quella per il risarcimento del danno ai sensi dell'art.1338 c.c. Né in ciò può scorgersi una intollerabile incoerenza. L'ordinamento, in tal modo, realizza - rispetto agli schemi della annullabilità - una articolazione e quindi una gradazione di disciplina delle nullità speciali in rapporto

1423 c.c.: poiché tale articolo stabilisce che il contratto nullo non può essere convalidato “se la legge non dispone diversamente”, e poiché le nullità di protezione sono una *species* del *genus* delle nullità, deve ritenersi che anche il contratto affetto da nullità di protezione non possa essere convalidato, anche per evitare che ci possa essere una confusione con l’istituto dell’annullabilità¹⁹⁷.

Rispetto a quest’ultima obiezione, già nei capitoli precedenti, si è ampiamente dimostrata la differenza tra i due istituti non solo per ciò che concerne la *ratio* di tutela ma anche per la rilevabilità d’ufficio e l’imprescrittibilità dell’azione previste nei casi di nullità di protezione e non in quelli di annullabilità¹⁹⁸.

Né si può rinvenire un ostacolo alla convalidabilità del contratto affetto da nullità di protezione nell’art. 1423 c.c. che, vietando la convalida del negozio nullo, contempla una riserva di legge, «ma non una riserva espressa. Con la conseguenza che non risulta necessaria una norma che contenga una espressa previsione di convalida»¹⁹⁹.

alla peculiarità degli interessi regolati, ad un tempo particolari e generali nei sensi illustrati. Si imprime, così, alla tutela di questi ultimi un più elevato grado di effettività, nella misura in cui il rischio di una perdurante incertezza sulla validità del contratto viene a costituire, come a me pare, un efficace deterrente per la controparte non legittimata all’azione. Esito, quest’ultimo, che appare tanto più desiderabile e sistematicamente coerente nel perenne svolgersi dell’ordine pubblico economico, che evidentemente reclama, nella gravità dell’ora presente, una più intensa e diffusa responsabilità sociale dell’impresa»; GENTILI A., *Le invalidità*, cit., pag. 1593: «Costruendo la fattispecie in termini di relatività e convalidabilità non resterebbe da constatare che della nullità qui esiste solo il *nomen* ma più nulla del suo meccanismo operativo che finirebbe in tutto per coincidere con quello dell’annullabilità»; GRECO F., *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, pag. 226; RUSSO D., *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, pag. 214.

¹⁹⁷ Così GENTILI A., *Le invalidità*, cit., pag. 1373: «Si è sostenuto, ad esempio, che nelle ipotesi di nullità relativa la *ratio* sottesa alla previsione della nullità e, dunque, non dell’annullabilità, è proprio nel senso preclusivo del potere di convalida e ciò al fine di lasciare sempre possibile la contestazione del negozio, anche ad evitare che la stessa debolezza contrattuale che ha indotto a concluderlo non porti, dietro pressione della controparte, a convalidarlo, frustrando così definitivamente lo scopo legislativo»; GRECO F., *Profili del contratto del consumatore*, cit.; RUSSO D., *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, cit.; LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Il diritto vivente nell’età dell’incertezza. Saggi sull’art. 28 ed il procedimento disciplinare riformato*, cit., pag. 43.

¹⁹⁸ Cfr. in tal senso anche POLIDORI S., *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pag. 941.

¹⁹⁹ PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell’interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., pag. 69; PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Edizioni Scientifiche

«E' notorio che l'art. 1423 c.c. annovera una chiusa eccezzuativa – “se la legge non dispone diversamente” – e nonostante il contrario avviso di alcuni²⁰⁰, da nessun indizio risulta che essa debba essere espressa²⁰¹. Il principio di adattabilità dell'effetto al fatto, nel convincimento che ogni norma contenga un criterio elastico di orientamento dell'efficacia, sembra offrire la veste dogmatica occorrente a supportare una siffatta conclusione»²⁰².

Italiane, 1990, pag. 122; POLIDORI S. *Discipline della nullità ed interessi protetti*, cit., pag. 72; PAGLIANTINI S., *Il valore dell'eccezione: glosse a margine dell'art. 1423 c.c.*, in Pagliantini, Quadri e Sinesio, *Scritti in onore di Marco Comporti*, Giuffrè editore, 2008, pagg. 2003 e ss. che si interroga su: «Quale sia il significato da riconnettere alla proposizione ‘se la legge non dispone diversamente’ che chiude l'art. 1423 c.c. Proposizione che nonostante abbia un contenuto dilemmatico la maggioranza degli interpreti trascura o liquida senza indugiare granché. Eppure un dato che dovrebbe indurre a riflettere c'è: lessicalmente questa chiusa ricalca invero il disposto finale dell'art. 1418, 1 comma, c.c. Donde il rilievo: perché mai quanto vale per la regola enunciata nell'art. 1418 non si dovrebbe estendere almeno in parte all'art. 1423 c.c.? È dato, infatti, solitamente ommesso: ma se il codice contempla delle fattispecie sintomatiche ove si esplicita e si concreta un elemento giustificante l'inverarsi di una nullità recuperabile, non si vede per quale ragione non dovrebbero delinearsi delle forme di convalida modellate sullo schema dell'art. 1444 c.c.».

²⁰⁰ Così, ad es., SCHLESINGER P., *Considerazioni del coordinatore*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Considerazioni del coordinatore*, Milano, 2003, pag. 13; RESCIGNO P., *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, pag. 963; GIACOBBE G., *Convalida*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pagg. 482 e ss.; TOMMASINI R., *Introduzione: l'azione di annullamento ed i suoi presupposti*, cit., pag. 16. Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 99: «La dottrina maggioritaria pur non negando la possibilità di recuperare il contratto nullo, ha sempre sostenuto che la clausola di salvezza di cui all'art. 1423 c.c. sarebbe una mera formula di rinvio, priva di un reale contenuto normativo. Ciò perché tutte le ipotesi legislativamente previste di recupero del contratto nullo - come la conferma del testamento e della donazione nulli (artt. 590 e 799 c.c.), il recupero previsto per tutelare il diritto al corrispettivo della parte debole (lavoratore, ex art. 2126 c.c., e subfornitore, ex art. 2, comma 1, Legge 18/06/1998 n. 192), la trascrizione cd. sanante (artt. 2652, n. 6, e 2690, n. 3, c.c.) la sanatoria della nullità societaria (art. 2332, comma 5, c.c.) e della nullità delle delibere assembleari (art. 2379 bis c.c.), non soltanto non potrebbero essere ricondotte ad una ragione unitaria, ma mancherebbero, secondo la dottrina prevalente, dei requisiti propri della convalida, assurgendo a mere ipotesi di recupero. È possibile infatti discorrere di convalida in senso proprio ex art. 1444 c.c. soltanto quando vi è identità tra autore dell'atto invalido e autore della convalida (esclusivo titolare dell'interesse ad agire), nonché eliminazione del vizio (la convalida infatti ha una efficacia sanante in senso stretto perché consente la consolidazione definitiva degli effetti dell'atto e determina, a differenza della conferma, l'inoppugnabilità da parte di terzi)».

²⁰¹ Cfr. PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., pag. 122; POLIDORI S., *Discipline della nullità ed interessi protetti*, cit. pagg. 72 e ss.; PAGLIANTINI S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., pag. 80, pag. 196 e pag. 201; ID., *Il valore dell'eccezione: glosse a margine dell'art. 1423 c.c.*, cit.; BELVEDERE A., *Nullità nel codice civile e nella legislazione speciale*, in AA. VV., *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, Milano, 1994, pag. 44; PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 100; PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., pag. 69.

²⁰² PAGLIANTINI S., *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la Corte di giustizia: ultimo atto?*, cit., pag. 31.

D'altra parte se fosse sempre indispensabile una specifica norma di legge per configurare la convalida, l'art. 1423 c.c. costituirebbe una previsione meramente pleonastica²⁰³.

²⁰³ Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 106; PAGLIANTINI S., *Il valore dell'eccezione: glosse a margine dell'art. 1423 c.c.*, cit., pag. 2022: «Se la legge dispone diversamente ex art. 1423, è espressione anfibiologica: può stare a significare che occorre per validare un atto nullo una previsione testuale di legge. Ma può anche voler dire che non c'è bisogno di norme *ad hoc*: nel senso che l'inconvalidabilità del contratto nullo si può escludere *ex* interpretazione. Ogni qual volta almeno il recupero dell'atto si giustifichi in base alla *ratio* del divieto; o il che è lo stesso allorquando sulla scorta di una previa valutazione di congruità s'appuri l'esistenza di una spiccata sintonia tra la convalida e lo scopo della disposizione violata, giusta la natura dell'interesse protetto. In questa seconda versione ove disporre sta per risultare l'eccezione è sì legale ma non più tipica e chiusa: così che diventa meno arduo, giusta il carattere atipico e aperto della riserva, ricavare dal sistema forme di convalida inespressa. Dire che la convalidabilità di un atto affetto da nullità prescinde dalla ricorrenza di una previsione validativa espressa non significa assoggettare l'art. 1423 c.c. ad una bizzarra e forzata interpretazione analogica. L'interpretazione che di una norma fornisce il significato più ampio fra tutti quelli semanticamente possibili non è infatti analogica: è estensiva perché resta inteso che nella classe di significati possibili sono da ricomprendere solo quelli compatibili col testo della disposizione di legge. Risultato: chi ammette la convalida inespressa di un contratto nullo non imbastisce alcuna correzione del dettato normativo essendo proprio dell'interpretazione estensiva dipanarsi in termini di confronto tra *ratio* della norma e testo linguistico; o se si preferisce essendo proprio dell'interpretazione estensiva muoversi fra tutte le varianti di significato rese possibili dall'enunciato legislativo [...]. Se fosse vero che l'eccezione di convalida di un contratto nullo deve essere necessariamente prevista dalla legge, una norma come l'art. 1423 che dà corpo ad una previsione generale di eccezioni avrebbe poco senso: stante il fatto che ad assicurare la prevalenza della specifica norma contemplante la convalida già basterebbe di per sé il principio di specialità. Donde il rilievo che l'interpretazione tradizionale declassando l'art. 1423 al rango di previsione pleonastica ed inutile contravviene ad un canone elementare (quello che vuole le singole norme interpretabili fin quando è possibile in modo da eliminare le contraddizioni o da non spogliarle di significato)».

2. Il criterio della soddisfazione dell'interesse finale per l'ammissibilità della convalida delle nullità di protezione.

Alla luce delle riflessioni del paragrafo precedente e dell'esatta interpretazione dell'art. 1423 c.c., sembra corretto concordare con chi ritiene che il problema della convalidabilità delle nullità di protezione non ammetta soluzioni astratte e generali²⁰⁴ ma debba essere risolto valutando attentamente gli interessi protetti dalla norma di tutela, in relazione al

²⁰⁴ Cfr. PAGLIANTINI S., *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la Corte di giustizia: ultimo atto?*, cit., pag. 38: «Vuol forse questo allora dire che i dispositivi di *Pannon* e di *Asturcom* sono utilmente invocabili per fondare, con l'ausilio dell'argomento analogico o di un'interpretazione estensiva, la convalidabilità di tutte le nullità di protezione domestiche non originate da un archetipo comunitario? Si pensi, solo per citare due esempi, alle nullità di cui all'art. 2 del D. Lgs. 122/05 (per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire) ed a quelle che figurano nel TUF con riguardo ai contratti di intermediazione finanziaria (v. artt. 23 e ss.). Ebbene, non pare, in realtà, che una conclusione del genere, invero piuttosto diffusa, sia ragionevolmente sostenibile. Per più motivi che, a volerli riassumere in poche battute, sembra legittimo condensare in due dati: nel fatto che ogni previsione (domestica) di matrice comunitaria, se si vuole coglierne il significato autentico, va sempre letta nell'accezione ch'essa riceve nel diritto comunitario vivente (primario e derivato); nella circostanza, a seguire, che tra le fattispecie europee e quelle domestiche, salvo immaginare un *patchwork* difficilmente interpretabile e meno ancora comprensibile, è spesso assai difficile prospettare un'assimilazione di *rationes* (e, notoriamente, è solo la somiglianza di *ratio* a giustificare la capacità espansiva di una norma e la sua attitudine a rilevare come disposizione anche del caso non previsto). Orbene, quand'è così, non deve sorprendere il fatto di rilevare che qui si giudichi difficilmente prospettabile un *genus* di nullità nuove, agglutinante invalidità europee e domestiche, retto da regole comuni specializzanti. Già il tentativo, come viene definito, di armonizzazione completa del lessico legislativo europeo tutto sembra fuorché fruttuoso: ma poi come si fa, per vero, ad accostare o ad apparentare ipotesi ove, la pur comune matrice di ordine pubblico, in un caso è ancillare alla protezione del promissario (acquirente) debole (art. 2 del D. Lgs. 122/05) e nell'altro risulta invece funzionale alla regolamentazione concorrenziale del mercato interno? D'altronde, come si è fatto esemplificativamente notare, non è che l'obbligo legale di contrarre "*appelle... le même type de raisonnement*" se si discute di Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo anziché di disposizioni del Trattato sul mercato interno. E' vero che un siffatto modo di argomentare prelude ad una qual certa frammentarietà del discorso giuridico lasciando emergere, per la medesima figura, significati diversi. Ma quando non è questo il caso, perché si ha soltanto un'affinità nominale e non di statuto, è innegabile che l'esigenza di un recupero della fattispecie si lasci preferire al conio di griglie contemplanti dei principi generali del tutto stipulativi. La *finesse des concepts juridiques*, è stato detto, *ne peut pas masquer les réalités humaines qui irriguent les procédures*: se non fosse, va aggiunto, che la fuga nei principi difficilmente può essere d'ausilio all'interprete per una convincente ricostruzione del sistema». Cfr. anche PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit.; PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit.

singolo caso concreto ed al danno effettivo subito dal contraente protetto a causa della pattuizione parzialmente o totalmente nulla²⁰⁵.

«Dunque una prospettiva tesa ad individuare una soluzione sempre attenta all'interesse di volta in volta protetto dalla normativa del caso concreto, per valutare se tale interesse inderogabile sia stato o non in concreto soddisfatto anche mediante una convalida. Qualora la risposta sia positiva nel senso che, nonostante la nullità, l'interesse finale protetto dalla norma è preservato o soddisfatto, anche mediante una dichiarazione espressa o tacita, non vi è motivo per escludere la convalida. Qualora, invece, l'interesse finale protetto dalla norma sia rimasto in concreto insoddisfatto (anche mediante una eventuale dichiarazione di convalida) non è consentito derogare alla previsione legislativa: il contratto rimane nullo ed il contraente debole, nonostante la dichiarazione o l'esecuzione consapevole, rimarrà titolare del diritto di impugnare il patto nullo (tenuto conto anche dell'imprescrittibilità dell'azione)»²⁰⁶.

Dovrà, pertanto, ritenersi ammissibile la convalida nei casi in cui, pur se l'atto risulti essere nullo per un eventuale vizio di forma, tuttavia

²⁰⁵ Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 57: «Si conferma l'utilità di un approccio che tenga conto: 1) degli interessi tutelati dalla singola disposizione di nullità; 2) delle peculiarità del singolo vizio di nullità e della sua incidenza sulla struttura e sulla funzione del contratto; 3) dei riflessi che talora la dichiarazione di nullità può avere sul mercato, nonché sul contesto situazionale»; PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., pag. 82: «Se infatti legittimazione relativa non equivale a disponibilità ma indica esclusivamente che soltanto il contraente protetto è titolare di un interesse legittimante all'azione allora la risposta al quesito sulla convalidabilità non può muovere dal dato formale del carattere relativo o assoluto della legittimazione. È infatti, la valutazione del valore da attuare e dell'incidenza che sul regolamento negoziale ha avuto la violazione che fonda la nullità a guidare la riflessione in ordine alla convalida. Ciò al fine di determinare se il divisato valore possa trovare attuazione mediante la declaratoria di nullità ovvero mediante la conservazione del contratto per il tramite di un atto di convalida o piuttosto di un intervento che ripristini l'equilibrio nel regolamento»; MONTICELLI S., *La recuperabilità dell'atto nullo*, cit.; VALLE L., *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, cit.

²⁰⁶ PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 58.

ciò non abbia provocato pregiudizi sostanziali o svantaggi concreti per il contraente protetto dalla norma di tutela violata.

Ciò potrebbe avvenire, per esempio, in tutti i casi in cui il professionista, informando solo oralmente il consumatore (o non informandolo affatto), abbia violato l'obbligo della forma scritta dell'informazione ma non abbia arrecato alcun pregiudizio al consumatore né abbia alterato l'equilibrio del contratto. «Si tratta di ipotesi nelle quali si configura una deroga alla volontà del legislatore sul piano meramente formale ma se ne rispetta l'intenzione sostanziale e l'interesse protetto»²⁰⁷. Potrebbero rientrare in tali ipotesi le disposizioni previste dall'art.117, comma 3, del TUB, e dagli artt. 23, comma 1, e 30, comma 7, del TUF²⁰⁸.

Ancora, si dovrà ammettere la convalida anche nel caso in cui il mancato rispetto di una procedura cronologicamente imposta non abbia impedito il soddisfacimento dell'interesse tutelato dalla norma di protezione.

Si pensi, per esempio, all'ipotesi in cui la fideiussione bancaria o assicurativa prevista dalla normativa di tutela per gli acquirenti di immobili da costruire sia consegnata successivamente alla conclusione del contratto preliminare²⁰⁹, e non secondo quanto disposto dall'art. 2 del D.Lgs. 122/2005.

²⁰⁷ PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 59. Cfr. MONTICELLI S., *La recuperabilità dell'atto nullo*, cit., pag. 185: «Ebbene, nel ritornare alle ipotesi indicate, se il cliente non ravvisa uno squilibrio tra le prestazioni nel contratto bancario o avente ad oggetto servizi finanziari, la nullità di protezione, conseguente alla carenza della forma prescritta, non sembra preclusiva di una legittima rinuncia a fare valere la nullità o di una valida dichiarazione di convalida del contratto, che rappresentano delle tecniche negoziali di tipo sostitutivo pienamente legittime in quanto compatibili con la finalità per la quale è prescritto l'onere formale».

²⁰⁸ In tal senso cfr. anche Trib. Verona, 23 marzo 2010 su www.ilcaso.it. Cfr. PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 60: «La violazione del dovere informativo nonché della trasparenza non per forza determinano uno squilibrio del regolamento di interessi. Può accadere infatti che il contratto risulti equilibrato o addirittura vantaggioso per il cliente sì da indurlo alla sanatoria».

²⁰⁹ In tal senso cfr. PETRELLI G., *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire, Relazione al Convegno Paradigma*, Milano, 15 aprile 2005, pagg. 48-49: «Le peculiari caratteristiche della nullità di protezione devono far riflettere in ordine ai presupposti di tale convalidabilità. L'art.

«Se è vero che in tali ipotesi la disposizione tutela l'interesse dell'acquirente a scongiurare l'eventualità che possa ritrovarsi travolto dal

1444, comma 3, c.c., a proposito del contratto annullabile, dispone che “la convalida non ha effetto, se chi l'esegue non è in condizione di concludere validamente il contratto”: disposizione, questa, che esprime l'esigenza che la circostanza di fatto, che ha determinato l'annullabilità (incapacità, vizio della volontà), sia cessata al momento della convalida. La portata della norma è peraltro più generale, ed il relativo fondamento è comune anche alla convalida dell'atto relativamente nullo: essa preclude la convalida ogni qualvolta le circostanze “impeditive” della validità del contratto sussistano ancora all'atto del perfezionamento del negozio di convalida. In altri termini, occorre evitare, con riferimento al contratto relativamente nullo, che “la stessa debolezza contrattuale che ha indotto a concluderlo non porti dietro pressione della controparte a convalidarlo, frustrando così definitivamente lo scopo legislativo”. Il che, riferito alla fattispecie oggetto di disciplina nella legge n. 210/2004, alla quale quindi l'art. 1444, comma 3, c.c., deve ritenersi analogicamente applicabile, implica la necessità che la fideiussione sia stata rilasciata e consegnata, come previsto dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo, prima della convalida; e che il contenuto del contratto sia integrato, in conformità alle prescrizioni dell'art. 5 del decreto, anteriormente o contestualmente alla convalida. Quanto alle modalità della convalida, deve ritenersi analogicamente applicabile la disposizione dell'art. 1444, comma 1, c.c., che dichiara possibile la convalida stessa “mediante un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che si intende convalidarlo”. Giusta quanto sopra specificato, occorrerà anche che nella convalida si dia atto dell'avvenuta ottemperanza alle prescrizioni degli artt. 2 e 6 del decreto legislativo». Cfr. STUDIO n.5691/C, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, cit., pag.11: «Allorquando l'immobile sia stato completato e consegnato, risulterebbe invero incongruo escludere che l'acquirente, attraverso apposita dichiarazione, possa rinunciare ad esperire l'azione di nullità per un vizio, la mancanza della fideiussione, che non può più pregiudicare la sua posizione. Anzi, si potrebbe forse ipotizzare che, una volta consegnato il bene e quindi venuti meno quei rischi contro i quali la tutela è stata legislativamente imposta, l'invalidità possa considerarsi automaticamente “sanata”». Cfr. anche MONTICELLI S., *La recuperabilità dell'atto nullo*, cit., pag. 185: «Si fa riferimento all'art. 2, D. Lgs. n. 122/2005, in tema di acquisti di immobili da costruire. L'articolo citato prevede che il mancato adempimento da parte del costruttore dell'obbligo di rilascio, al momento della stipula del preliminare od antecedentemente ad essa, di una fidejussione bancaria o assicurativa, a garanzia della restituzione degli acconti ricevuti, è sanzionato con la nullità del contratto, che può essere fatta valere soltanto dall'acquirente. L'interrogativo che al riguardo si pone per l'interprete concerne la possibilità che la nullità sia sanata o, comunque, impedita qualora il costruttore rilasci tardivamente la garanzia in questione. Detta vicenda può, però, sottendere due scenari prospettabili: a) quello in cui il promittente acquirente non abbia ancora esperito l'azione di nullità ed intenda, ad esempio, disporre dei suoi diritti in favore di un terzo, di conseguenza richieda al costruttore il rilascio della garanzia e questi acconsenta; b) quello in cui il costruttore rilasci la garanzia successivamente, senza un preventivo accordo con il promittente acquirente, ma, comunque, prima che questi abbia proposto l'azione di nullità. Ebbene, nella ricorrenza della prima ipotesi sembra difficile negare che l'accordo sul rilascio postumo della garanzia non integri una sostanziale sanatoria del contratto nullo che potrebbe conseguire o da un patto espresso in tal senso o da una espressa dichiarazione di convalida del promittente acquirente o da una rinuncia a fare valere la nullità o, comunque, dal venir meno dell'interesse del contraente protetto all'esercizio dell'azione. Più problematica si prospetta la seconda ipotesi; ebbene, riterrei che la consegna della garanzia prima della proposizione dell'azione di nullità faccia, in definitiva, venire meno l'interesse all'azione da parte del promittente acquirente unico legittimato, ciò anche nella considerazione che la nullità in questione consegue da un comportamento inadempiente del soggetto obbligato *ex lege*, di qui la contaminazione tra regole di comportamento e regole di validità».

fallimento dell'impresa costruttrice, vero è pure che si può porre rimedio al vizio invalidante tramite l'allegazione successiva della fideiussione»²¹⁰.

Negli esempi di nullità di protezione poc'anzi richiamati il «vizio non è penetrato nell'area del valore e non ha caricato di disvalore il regolamento contrattuale o l'operazione complessiva. Sì che l'interesse finale protetto dalla norma non è stato leso, è rimasto soddisfatto pur se attraverso procedure diverse da quelle tipicamente o fisiologicamente previste dal legislatore. Dunque, se è preservato l'interesse finale protetto dalla norma non vi è motivo logico ed assiologico per negare la convalida, posto che l'atto in sé, pur essendo testualmente nullo, in tutto o in parte, non è portatore di alcun disvalore funzionale. Giova rilevare, tuttavia, che il giudizio dipenderà non dalla mera volontà espressa o tacita del contraente debole ma dalla soddisfazione o meno dell'interesse finale protetto dalla norma»²¹¹.

²¹⁰ PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 67: «Tuttavia soltanto il venditore è in condizione di procurare la fideiussione mancante sì che più che di vera e propria convalida sarà preferibile discorrere di mero recupero o sanatoria».

²¹¹ PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 68. Cfr. anche PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., pagg. 77 e ss.: «La prospettiva seguita sembra trovare conforto in una recente sentenza del Tribunale di Verona (23 marzo 2010 cit.) che in un'ipotesi di nullità per violazione dell'art. 23 TUF ritiene applicabile l'istituto della convalida. Nella vicenda oggetto di attenzione del Tribunale, parte attrice domanda l'accertamento della nullità di una serie di operazioni di investimento in obbligazioni argentine. Nello specifico si tratta di quattordici operazioni delle quali nove erano state realizzate in mancanza di un contratto di negoziazione mentre le altre rispondevano ad un contratto quadro nullo per difetto di sottoscrizione dell'istituto bancario intermediario. Da qui la lamentata violazione dell'art. 23, comma 1, TUF e della Delib. Consob n. 11522 del 1998. L'intermediario convenuto si oppone alla domanda attorea sotto il duplice profilo della non configurabilità della nullità e, comunque, dell'intervenuta convalida tacita della stessa. I giudici del merito riconoscono la nullità delle operazioni impugnate al contempo interrogandosi in ordine alla convalida della stessa per avere l'investitore dato ripetuta attuazione al contratto quadro nullo, senza eccepire alcunché ma soprattutto traendone profitto. L'investitore infatti domandava la nullità soltanto delle operazioni di investimento non andate a buon fine senza addurre la nullità di altre che pur poste in esecuzione del contratto nullo gli avevano procurato ingenti guadagni. Il Tribunale di Verona, ponendo l'accento sul carattere relativo delle nullità in oggetto accede all'orientamento dottrinario che ne ammette la convalida. Non osta a tal fine il disposto dell'art. 1423 c.c. "poiché tale norma contempla una riserva di legge ma non una riserva espressa". Non di meno, "ammessa l'astratta convalidabilità del contratto affetto da nullità relativa occorre calare il principio nella fattispecie concreta. Ciò posto, si ravvisano nella condotta dell'investitore gli estremi per ritenere convalidata la nullità delle operazioni di investimento". La pronuncia richiamata si lascia apprezzare sotto diversi profili pur non mancando talune annotazioni critiche. La convalida è nell'ipotesi in oggetto riconosciuta in maniera coerente rispetto agli interessi da tutelare laddove la condotta assunta dal

Sulla base dei presupposti precedenti non si può ipotizzare, invece, la convalida nei casi in cui l'interesse protetto dalla norma di tutela non sia stato soddisfatto o il contraente protetto abbia subito uno svantaggio concreto²¹².

Ciò si verifica, per esempio, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 36, comma 2, lett. a, del Codice del consumo (che così statuisce: «Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista»), o in quella prevista dall'art. 23, comma 2, del TUF (che così dispone: «E' nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi

contraente protetto testimonia la consapevolezza del consenso prestato, non avendo il vizio formale inciso sulla corretta formazione della volontà. Il giudice sembra così disattendere soluzioni generalizzanti a favore di valutazioni in concreto che preservino il valore tutelato dalla norma violata. Al contempo, la riconosciuta convalida sembrerebbe assurgere a strumento per paralizzare un abusivo utilizzo della nullità ad opera dello stesso contraente protetto, laddove impugna soltanto gli ordini di acquisto che gli hanno procurato delle perdite. Ciononostante, non convince l'*iter* argomentativo seguito ove si giustifica la convalidabilità in astratto delle nullità di protezione sull'idea secondo la quale in tali forme di nullità, l'interesse pubblico alla tutela del mercato è posposto rispetto alla tutela dell'interesse del contraente destinatario della normativa di protezione. Tale assunto che rimanda all'idea di una netta demarcazione tra interesse pubblico ed interesse privato si espone alla obiezione dell'impossibilità di determinare la disciplina della convalida valutando in astratto l'interesse quantitativamente prevalente, laddove compete all'interprete determinare in concreto l'interesse qualitativamente prevalente in relazione alla gerarchia dei valori fondamentali. Del resto se si assumesse la priorità dell'interesse privato su quello pubblico per tutte le nullità relative di protezione ciò potrebbe condurre ad allargare le maglie applicative della convalida fino a ricomprendervi ipotesi di nullità in ragione del disequilibrio, con ciò legittimando un risultato in contrasto con il sistema valoriale dell'ordinamento».

²¹² MONTICELLI S., *La recuperabilità dell'atto nullo*, cit., pag. 186: «Ad analoghe conclusioni non si può, invece, pervenire nei diversi casi ove il patto o la clausola viziati da nullità siano idonei a determinare un iniquo rapporto tra le prestazioni, tale da ripercuotersi per l'intera durata del rapporto. In queste ipotesi una dichiarazione del consumatore di rinuncia a fare valere la nullità potrebbe considerarsi legittima solo se essa non abbia portata generale ma sia riferita ad un contenzioso specifico, già esistente anche se non ancora formalmente incardinato, e dunque non estenda la sua efficacia dismissiva del diritto ad invocare la nullità anche con riferimento a futuri, eventuali ulteriori contenziosi. Una rinuncia di carattere generale, infatti, in quanto abdicativa anche per il futuro dell'esercizio del diritto da parte del contraente debole, sarebbe, da un lato, idonea a radicalizzare lo squilibrio del contratto e, dunque, si porrebbe in radicale contrasto con le finalità della norma prescrittiva dell'effetto dirimente, dall'altro sarebbe dismissiva di diritti non ancora sorti e, perciò, indisponibili ai sensi dell'art. 143 del Codice del consumo. In conseguenza di quanto innanzi non potrà attribuirsi alla dichiarazione del consumatore di non volersi avvalere della nullità portata sanante dell'invalidità sebbene, limitatamente all'ambito specifico cui è riferita, potrà ben dirsi che essa abbia comunque una valenza recuperatoria del patto nullo».

per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto».)

L'inammissibilità della convalida, in tale ultima ipotesi, è dovuta al fatto che generalmente il patto di rinvio agli usi è sempre svantaggioso per il cliente protetto: «tra l'altro non sembra possibile configurare un uso più conveniente rispetto alla gratuità imposta dal legislatore quale conseguenza *ipso iure* del patto nullo»²¹³.

La stessa cosa si verifica rispetto alla nullità prevista dall'art. 117, comma 6, del TUB che dispone che: «Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati, nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati».

Oltre al concreto svantaggio per il cliente, l'inammissibilità della convalida è qui dovuta al meccanismo di sostituzione obbligatoria delle clausole contrattuali nulle con altre espressamente indicate dall'art. 117, comma 7, del TUB²¹⁴.

Deve, quindi, concludersi che, qualora l'interesse protetto dalla normativa di tutela sia stato soddisfatto concretamente ed il contraente protetto non abbia subito alcun pregiudizio, la convalida deve ritenersi possibile: in tal caso, infatti, «sarebbe una mera petizione di principio consentire l'impugnazione e così negare la convalida. Tra l'altro un atteggiamento che nega la convalida nonostante l'interesse protetto sia al

²¹³ PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 72.

²¹⁴ PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 73.

sicuro è lesivo del principio di conservazione dei negozi e del principio di economia degli atti»²¹⁵.

Qualora, invece, l'interesse finale tutelato dalla norma non sia stato in concreto soddisfatto ed il contraente protetto abbia, quindi, subito un concreto pregiudizio, «la sanzione della nullità non può diventare disponibile, perché non è divenuta una tecnica sproporzionata o superflua rispetto all'interesse tutelato»²¹⁶.

²¹⁵ PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 95.

²¹⁶ PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pag. 95. Aggiunge a pag. 105 : «Quando il codice civile discorre di possibile convalida del negozio nullo nei casi previsti dalla legge, ovvero nei casi in cui la legge dispone diversamente (*ex art. 1423 c.c.*) questa espressione va intesa in modo estensivo ovvero: sia come espressa previsione di legge, o come espressa previsione di un atto avente forza di legge (si pensi ad una norma comunitaria); sia come conseguenza dell'ordinamento ovvero come conseguenza del bilanciamento dei principi, della valutazione comparativa degli interessi e dei valori normativi vigenti. Dunque come possibilità di convalidare il contratto nullo qualora l'interesse finale protetto dalla norma imperativa statuente la nullità (l'equilibrio contrattuale o altro interesse finale) venga soddisfatto (o mediante convalida o comunque non pregiudicato dall'atto di convalida)».

BIBLIOGRAFIA

AGRESTI G., *La disciplina della nullità*, in Ferro, Luzzi, Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria*, vol. III, Milano, 1996

ID., *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria, il T. U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Commentario a cura di Ferro, Luzzi e Castaldi, vol. III, Milano, 1996

ALBANESE A., *Contratto Mercato Responsabilità*, Giuffrè editore, 2008

ID., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003

ALESSI R., *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in internet

ID., *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek brusse*, www.juscivile.it, 2013, 7

ALPA G., *Il codice del consumo*, in *Contratti*, 2005

ID., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997

ID., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1993

ID., *I contratti dei consumatori. Diritto comunitario e novellazione del codice civile*, in *Vita not.* 1996

ID., *Attuazione della direttiva sui servizi finanziari a distanza*, in *Economia dir. terz.*, 2006

APPIANO E.M., BELLA R., CAVALIERE C., *La tutela degli acquirenti di immobili. Dal preliminare alla stipula dell'atto*, 2006

ID., *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Il Fallimento ed altre procedure concorsuali*, 2005, X

APRILE F., *Il fallimento immobiliare. Profili concorsuali del d.lgs. 20.6.2005 n. 122 sulla tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, Incontro di studio sul tema: *Le riforme nel diritto concorsuale del 2005 e le nuove attività del giudice*, Roma, 24-25 ottobre 2005

ARENIELLO A., *Ordine pubblico e funzione notarile*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, Atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato, Milano, 2002

ARICÒ G., *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire in Francia*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.lgs.122/2005 e prospettive*, I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, 2006

ATELLI M., *Commento all'art. 23*, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, Commentario al d. legisl. 24 febbraio 1998, n. 58, a cura di Rabitti, Bedogni, Milano, 1998

AVAGLIANO M., *Il diritto al frazionamento del promissario acquirente di immobile da costruire*, in *Riv. not.*, 2005, VI

BARALE A., *La vendita di immobili da costruire*, in *Summa* 218, ottobre 2005

ID., *La fideiussione obbligatoria*, in *Summa* 222, febbraio 2006

BARALIS G., *Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti in tema di: varietà dei contratti "garantiti", prestazione di fideiussione "impropria", riflessi sulla trascrizione, contenuto "necessario" del contratto, invalidità speciale e sue conseguenze*, in *Riv. not.*, 2005, IV

BASSANI M., *L'offerta a distanza di strumenti e servizi finanziari alla luce della direttiva 2002/65/CE*, in www.lucernaiuris.it, 2003

BASSO R., *La trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Il governo delle banche in Italia: commento al Testo Unico bancario e alla normativa collegata* a cura di Razzante e Lacaita, Torino, 2006

BELISARIO A., *Nullità dei contratti di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori*, Università Degli Studi Roma Tre, su <http://dspace-roma3.casur.it/handle/2307/4501>

BELLELLI A., *Art. 1469 quinquies 1° e 3° comma*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa e S. Patti, I, Milano, 1997

BELVEDERE A., *Nullità nel codice civile e nella legislazione speciale*, in AA. VV., *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, Milano, 1994

- BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998
- BERTOLO G., *Squilibrio normativo e buona fede nei contratti dei consumatori*, in *Giur. comm.*, 2003, II
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000
- BIANCHINI M., *Art. 1469 quinquies (Inefficacia)*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di Barengi, Napoli, 1996
- BIGLIAZZI GERI L., *Commento sub art. 1469-bis, comma 1*, in Bianca - Busnelli (a cura di), *Comm. al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997
- BILÒ G., *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, 2
- BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1996, II
- BIVONA E., *Rilevabilità d'ufficio della nullità tra regole sul contratto e regole sul processo*, in *I contratti* 8/9 del 2016
- BONFIGLIO G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004
- BUSNELLI F.D., *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Comm. al capo XIV bis del c.c.: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999
- CALVO R., *Il Codice del consumo tra consolidazione di leggi e autonomia privata*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006
- CALZOLAIO E., *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009
- CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'autonomia contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005

CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008

CAPOBIANCO E., *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo*, in *Vita not.*, 2008

CARBONE V., *Risoluzione del contratto e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Corriere Giuridico*, 2012

CARIOTA FERRARA P., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d.

CARRABBA A.A., *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e tutela dei consumatori: il divieto di cui all'art. 8 del D. Lgs. 20 giugno 2005, n.122*, in *Notariato* 2006, IV

CARRESI F., *Il contratto*, Giuffrè Editore, 1987

CASARANO F., *La garanzia fideiussoria*, *Atti del Convegno Paradigma*, Milano, 14 aprile 2005

CHIARLONI S., *Sulla rilevabilità in sede di gravame della nullità ex art. 101, 2° comma, c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, suppl. al n. 1

CHIRICO P., *Art. 1469 quinquies*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesaro, I, Padova, 2001

CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996

COCO F., *La direttiva 2002/65 sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori: cosa cambia nella normativa italiana*, in www.archivioceradi.luiss.it, 2003

CONSOLO C., *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerge l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corriere giur.*, 2010

ID., *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, suppl. al n. 1

ID., *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*, in *Il Corriere giuridico* 2/2013

ID., *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e dir. privato*, 2010

COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, f.1

ID., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Libro dell'anno del diritto - Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2012

CONDO' G., *La fideiussione: articoli 2 e 3 del decreto*, in *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: prime considerazioni operative*, Scuola Di Notariato Della Lombardia, Consiglio Notarile di Milano, su www.scuoladelnotariatodellalombardia.org

CONTI R., *C'era una volta il giudicato*, in *Corr. Giur.* 2010, 2

CORSINI F., *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. Dir.civ.*, 2004, II

COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994

COSTOLA J., *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004 n. 210, (prima parte)*, in *Studium Juris*, 2004

D'ADDA A., *Giurisprudenza comunitaria e Massimo effetto utile per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusive e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013

ID., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova 2008

ID., *Nullità parziale ed integrazione del contratto con regole dispositive*, in *Le forme della nullità* a cura di S. Pagliantini, Giappichelli editore Torino, 2009

ID., *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Diritto Civile Contemporaneo* Anno I, numero I, aprile/giugno 2014 su www.dirittocivilecontemporaneo.com

D'ALESSANDRO E., *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c. p. c.*, in *Riv. arb.*, 2006

ID., *Le Sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità ex officio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenerne la risoluzione. il punto di vista del processual-civilista*, in *Giurisprudenza Italiana*, 4/2013

ID., *La Corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in "Rivista dell'arbitrato", 2009, 4

D'AMBROSIO R., in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2000, II

D'AMICO G., *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di S.Pagliantini, Giappichelli Editore, Torino 2009

ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002

ID., *Le regole di validità ed il principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli 1996

D'ARRIGO C.M., *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, IV

DALFINO D., *Questioni di diritto e giudicato*, Torino, 2008

DE CRISTOFARO G., *Le invalidità negoziali di protezione del diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità*, a cura di Stefano Pagliantini, Giappichelli editore, Torino, 2009

ID., *Le disposizioni generali e finali del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006

ID., *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi dai consumatori con professionisti (seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2002

ID., *Il codice del consumo: un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, 1137;

- ID., *La vendita di beni di consumo*, in *I Contratti dei consumatori*, II, Torino, 2005
- ID., *Il codice del consumo*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2006
- DE GIOVANNI B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli 1964
- DELLA NEGRA F., *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, in *Persona e Mercato* 1/2014, in internet
- DELLI PRISCOLI L., *Il giudicato implicito alla luce del nuovo orientamento delle Sezioni Unite in tema di nullità negoziali*, in *La nuova procedura civile*, in internet
- DE NOVA G. - LEO G. - LOCATA M. - RODA A., *L'acquisto di immobili da costruire*, Milano, 2005
- DE PAOLI M. – NIVES IANNACCONE M., *L'acquisto di un immobile da costruire*, Allegato al n.2 di *Federnotizie*, Marzo 2009 - anno XXII
- DI CIOMMO F., *La rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali tra (artificiosi) limiti processuali ed incertezze giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2006, I
- DI MAJO A. *La nullità*, in A. Di Majo, G.B. Ferri e M. Franzoni (a cura di) *Il contratto in generale* in *Tratt. Dir. Priv.*, Bressone, XIII, 7, Torino, 2002
- DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005
- ID., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I
- ID., *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore – Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. civ.*, 1996, II
- ID., *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. E Impresa* 3/2006,
- ID., *La nullità del contratto*, 2 ed., 2008, XXIII
- ID., *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust. Civ.*, 2000, II
- DOLMETTA A.A., *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Contr. E Impresa* 2004

- ID., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013
- DRAETTA U., *La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana di attuazione della direttiva comunitaria*, in *Diritto comm. int.*, 2005
- FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1989
- FABIANI E., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.* 2009, 9
- FARINA M., *La rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale tra limiti sostanziali e processuali*, in *Rivista di diritto privato* 4/2014
- ID., *Brevi osservazioni "a caldo" sull'atteso ma tutto sommato, solo parziale responso delle Sezioni Unite sui limiti delle rilevabilità officiosa della nullità del contratto (Cass.civ., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, est. D'Ascola)*, in www.judicium.it, 2012
- FAUSTI P.L., *Il Codice del consumo. Il ruolo ambiguo della trattativa e l'importanza della trasparenza (con nuove considerazioni sul ruolo del notaio nei contratti di finanziamento bancario)*, in *Notariato* 2007
- FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983
- FRACASSA L., *Le Sezioni Unite ampliano la rilevabilità d'ufficio delle nullità del contratto*, in *La nuova procedura civile*, 2012, n. 6
- FRANZONI M., *Il contratto annullabile*, in A. Di Majo, G.B. Ferri e M. Franzoni (a cura di) *Il contratto in generale* in *Tratt. Dir. Priv.*, Bressone, XIII, 7, Torino 2002
- FREDA A., *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche giuridiche* 2/2/2013, Università Ca' Foscari Venezia, in internet
- GALGANO F., *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1997
- ID., *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009
- GALLO P., *Nullità e annullabilità in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1995, vol XII

- GENTILI A., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003
- ID., *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.* 2005, II
- ID., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contratti*, 2006
- ID., *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di Gabrielli E., Torino, 1998
- ID., *Le invalidità*, in *Tratt. Contratti*, diretto da P. Rescigno, II, Torino 1999
- ID., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997
- GHESTIN J., *Le contract*, in *Traité de droit civil*, Parigi, 1980
- GIACOBBE G., *Convalida*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962
- GIOIA G., *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.* 1999, V
- ID., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contratto e impresa*, 1999
- GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce a sorpresa alla luce del nuovo art. 101 comma 2, cod. proc. civ.*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, V, 2012
- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, 2008
- GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2010
- GRECO F., *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005
- GUALANDI L., *La tutela degli acquisti immobiliari e la nuova disciplina dei crediti speciali*, in *La riforma della legge fallimentare*, Atti del convegno, Reggio Emilia, 7 ottobre 2005, Centro Studi di Diritto Fallimentare di Modena
- GUARNERI A., *Linguaggio legislativo nuovo e categorie ordinanti tradizionali*, in *Rivista di diritto privato Saggi e pareri* 3/2009

GUARRACINO F., *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997

GUIDA P., *Revocatorie fallimentari ed ordinarie, alienazioni immobiliari, cautele notarili*, in *Il nuovo diritto fallimentare e il ruolo del Notaio, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2008

IACONO M., *Rilevabilità d'ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II

IRTI N., *Risoluzione del contratto nullo?*, in *Foro pad.*, 1971, I

LAGHEZZA P., *Rilevabilità d'ufficio delle nullità del contratto: la svolta delle sezioni unite*, in *Danno e responsabilità*, 3/2013

LA PORTA U., *Limiti all'autonomia nei contratti di scambio*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche, Atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato*, Milano, 2002

LA SPINA A., *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003

LENZI R., *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi sull'art. 28 ed il procedimento disciplinare riformato*, a cura di S. Pagliantini, Giappichelli Editore, Torino 2012

LIPARI N., *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio, Atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato*, Milano 2002

LONGU T., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II

LUISO F.P., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, suppl. al n. 1

LUMINOSO A., *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II

LUZI A., *La nullità di protezione nei rapporti di consumo*, in *internet*

MACARIO F., *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D.Lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.Lgs. 122/2005 e prospettive*, I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, 2006

ID., *Norme in attuazione di direttive comunitarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994

MALVAGNA U., *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione ex art. 127 TUB*, in *Rivista di Diritto bancario* 2/2015

MANIGLIO G., *Il diritto di prelazione ai sensi dell'art. 9 del d.lgs.122/2005*, in *Vita not.*, 2008, III, p. 1713 ss.

MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, a cura di Gentili, vol. IV del *Trattato del contratto* diretto da Roppo, Milano 2006

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

MASSETANI G., *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, I

MAZZAMUTO S., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e Diritto privato* 1998

MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei contratti del consumatore nel sistema del codice civile*, in *Studi per Rescigno*, III, 1998, Milano

MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999

ID., *Dal decreto 481/92 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, I

ID., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino 2006

MIOLA M., *Commento all'art. 24*, in *Testo unico della finanza, Commentario* diretto da Campobasso, I, *Intermediari e mercati*, Torino 2002

MONTESANO L. – ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, Tomo I, Padova, 2001

MONTICELLI S., *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, II

ID., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in internet

ID., *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contratti*, 2007

ID., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.* 2002

ID., *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della corte di giustizia (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. 4, 4 giugno 2009)*, in *Contratti*, 2009, 12

ID., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato* 2009, 2

ID., *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (note a margine dell'art. 1469 quinquies, commi 1° e 3°, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997

ID., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1995

ID., *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, Consiglio Nazionale del Notariato - *Studio n. 106-2009/C* Pubblicato in *Studi e Materiali*, 3/2009

MORELLO U., *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Not.*, 1996

MORERA U., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, I

MUSIO A., *Violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, 2010, in internet

NARDI S., *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II

NUZZO M., *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1998

ID., *Art. 1469 quinquies*, in *Comm. al capo XIVbis del c.c.: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999

ORESTANO A., *L'inefficacia delle clausole vessatorie: contratti del consumatore e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996

ID., *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992

ID., *Rilevabilità di ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 4

PACE T., *La rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale. Nota a Cassazione civile, sezione seconda, ordinanza n. 16630 del 3 luglio 2013*, in *La Nuova Procedura Civile*, 1, 2014

PAGLIANTINI S., *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite "Eppur si muove"?*, in *I contratti*, 11/2012

ID., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007

ID., *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mò di bussola per rivedere Itaca*, in *I contratti* 2/2015

ID., *Il valore dell'eccezione: glosse a margine dell'art. 1423 c.c.*, in Pagliantini, Quadri e Sinesio, *Scritti in onore di Marco Comporti*, Giuffrè editore, 2008

ID., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, *Persona e mercato* 4/2014

ID., *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza, Saggi sull'art. 28 ed il procedimento disciplinare riformato*, Giappichelli 2012

ID., *La vaghezza del principio di "non vincolatività" delle clausole vessatorie secondo la Corte di giustizia: ultimo atto?*, in *Persona e Mercato* 3/2010

ID., *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Persona e Mercato* 1/ 2013

ID., *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21083/2012 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto?*, in *Corr. giur.* 2013

ID., *Nullità formali bancarie e restituzioni (a margine di una recente decisione dell'A.b.f.)*, in *NGCC 2013*, parte seconda

ID., *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, in *NGCC 2015* parte prima

ID., *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 6

PAGNI I., *La riforma del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. Giur.* 2009

ID., *Il sistema delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015

PANZARINI G., *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contratto e Impresa*, 1995

PARDOLESI R., *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995

ID., *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1995, V

PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano 1995

ID. *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001

ID., *Art. 1469 quinquies, commi 1° , 3° e 5°*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999

ID., *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e mercato*, 2012

ID., *Commento sub artt. 36-38*, in *Codice del Consumo, Commentario*, a cura di G. Vettori, Cedam, 2007

PASSARELLA A. *Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *I Contratti* 1/2013

PATTI S., *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II

ID., *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. Impr.*, 1993

ID., *La disponibilità delle prove*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, 1, pp. 75 ss.

PECCENINI F., *Sub art. 1421 c.c. in Simulazione. Nullità. Annullabilità del contratto in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, 1998

PELUSO M., *Prelazione convenzionale e vendita fallimentare (nota a Trib. Vicenza 11 gennaio 2002)*, in *Notariato*, 2002

PERLINGIERI G., *Atti dispositivi “nulli” e acquisto dell’eredità. Contributo allo studio della gestione conservativa*, Napoli, 2002

ID., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010

ID., *Funzione notarile e clausole vessatorie, A margine dell’art. 28 l.16 febbraio 1913, n.89*, in *Rass.dir.civ.*, 2006, III

ID., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell’art. 1337 del codice civile*, Napoli, 2003

PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990

PETRELLI G., *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l’acquirente (D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122)*, Milano, 2005

ID., *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire, Relazione al Convegno Paradigma*, Milano, 15 aprile 2005

PETRUSO R., *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte Europea di giustizia*, in *Scritti di comparazione e Storia giuridica II* a cura di Cerami e Serio, Giappichelli Editore, Torino, 2013

PIAZZESE D., *Nota a Cassazione civile, Sezioni unite, n.14828 del 2012*, su www.ildirittoamministrativo.it

PILIA C., *Circolazione giuridica e nullità*, Giuffrè, 2002

- PISCHETOLA A., *La tutela degli acquirenti degli immobili da costruire e l'appalto*, in *Riv. not.*, 2006, I
- POLI G.G., *Il principio del contraddittorio e la decisione di «terza via»*, in *La nuova giustizia del lavoro* a cura di Dalfino D., Bari, 2011
- POLIDORI S., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. Dir. Civ.* 2009
- ID., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001
- ID., *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003
- PRISCO I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012
- ID., *Sui limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità: punti fermi e nodi da sciogliere dopo l'intervento delle Sezioni unite*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2014
- PROTO PISANI A., *Appunti su questioni rilevabili d'ufficio e principio del contraddittorio*, in *Foro it.*, 2010, V
- PUTTI P.M., *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1999
- ID., *La nullità parziale – Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002
- ID., *Le nullità contrattuali*, in Lipari, N. - Rescigno, P., *Diritto civile, II*, Milano, 2009
- ID., *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo* a cura di Lipari, III, Milano, 2003
- ID., Art. 1519-octies, in Alpa, *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, 2002
- QUADRI R., *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contratto e impresa*, 2001
- RABITTI M., *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000
- RESCIGNO P., «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1990, I

ID., *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962

RIZZO N., *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2015, 4

RIZZUTI M., *Il problema dei limiti alla rilevabilità ufficioso delle nullità*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2/2013

ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002

ID., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I

ID., *Il contratto*, Milano, 2001

RUFFOLO U., *Le clausole vessatorie, abusive, inique e la ricodificazione negli artt. 1469 bis - 1469 sexies c.c.*, in *Clausole vessatorie e abusive*, a cura di Ruffolo, Milano, 1997

RUSSO D., *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008

RUSSO F., *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, Roma, 2014

ID., *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*, in *Dir. civ. cont.*, 15 marzo 2015

SACCO R., *Le invalidità*, in Sacco – De Nova, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, Torino 1993

SANTORO PASSARELLI G., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1997

SARTORE A., *L'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare. Riflessi sull'attività notarile*, in *Riv. not.* 2008, II

SARTORI N., *L'istituto della nullità relativa nel settore finanziario: dalla teoria alla pratica*, in *Rivista di diritto bancario*, Ottobre 2002, su www.diritto bancario.it

SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001

ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. Dir. Civ.* 2005, I

ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I

ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. Dir. Civ.* 2007, I

SCHLESINGER P., *Considerazioni del coordinatore*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Considerazioni del coordinatore*, Milano, 2003

ID., *Commento all'art. 15 della legge 28 gennaio 1977, n. 10*, ne *Le nuove leggi civili commentate*, 1978

SCODITTI E., *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, I

SCOGNAMIGLIO C., *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1/2013

SICCHIERO G., *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006

ID., *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, 2005

SPENA A., *L'inquadramento delle nullità previste dall'art. 127 del TUB, nella categoria della nullità relativa. Ricostruzione della disciplina*, in *Innovazione e Diritto* 2/2015

ID., *Commento all'art. 127*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio, Santoro*, II, Bologna, 2003

SPOTO G., *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di giustizia*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 2016

STAIANO G., *Rilascio ed escussione della garanzia fideiussoria nell'operatività bancaria*", in *"Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.Lgs.122/2005 e prospettive, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2006

TOMMASINI R., *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978

ID., *Introduzione. L'azione di annullamento e i suoi presupposti*, in Tommasini R. e La Rosa E., *Dell'azione di annullamento. Artt. 1441-1446*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2009

TORRONI A., *Il D.Lgs. 122/2005 letto con la lente del costruttore*, in *Riv.not.* 2007, IV

TRIOLA R., *Contratti in genere – Domanda di risoluzione – Rilievo di ufficio della nullità*, in *Vita notarile*, 1/2013

TUCCI G., *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *Contratti*, 1995

VALENTINO D., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999

VALLE L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo*, in *Contr. e impresa* 3/2006

ID., *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contratto e impresa*, n. 6/2011

VENOSTA F., *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, Milano 2004

ID., *Nuovi profili della nullità* in *Id. Tre studi sul contratto*, Milano 2008

VERDE G., *Domanda (principio della), Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989

VERI' G., *La Cassazione torna sul rilievo d'ufficio della nullità, pregiudiziale logico-giuridica (non solo delle impugnazioni negoziali ma anche) del risarcimento del danno contrattuale*, in *Dir. civ. cont.*, Anno III, numero IV, ottobre/dicembre 2016, in internet

VIDIRI G., *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, nota a Cass. 2 aprile 1997, n. 2858*, in *Giust. Civ.*, 1997, I

ZACCARIA A. - DE CRISTOFARO D., *La vendita dei beni di consumo: commento agli artt. 1519 bis - 1519 nonies del codice civile introdotti con il d.legisl. 2 febbraio 2002, n. 24 in attuazione della direttiva 1999/44/CE*, Padova, 2002

ID., *Commento all'art.134*, in *La vendita dei beni di consumo. Commentario* a cura di Bianca, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2006

STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

STUDIO n. 237-2006/C, *Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio*, (estensori BEVILACQUA E. - LABRIOLA M.), Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 13 maggio 2006, su [www. notariato.it](http://www.notariato.it)

STUDIO n.166-2006, *Il Decreto Legislativo 122/2005 e sua applicazione alle cooperative di abitazione*, (estensore IENGO M.), Approvato dal Gruppo di studio sulla riforma delle società cooperative il 19 gennaio 2007, su www. notariato.it

STUDIO n. 5691/C, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione, costruzione* (estensori PAOLINI A. - RUOTOLO A.), Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 4 aprile 2005, su www. notariato.it

STUDIO n.5813/C, *Decreto legislativo 122/2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, (estensore RIZZI G.), in C.N.N., *Studi e materiali*,2005, II

GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE

11 ottobre 2016 n. 20446 su www.dirittobancario.it

23 giugno 2016, n. 12996 su www.neldiritto.it

27 aprile 2016 n. 8395 www.neldiritto.it

20 gennaio 2016, n. 896 www.neldiritto.it

SS.UU. 12 dicembre 2014 n. 26242 su dirittocivilecontemporaneo.com

SS.UU. 12 dicembre 2014 n. 26243 su dirittocivilecontemporaneo.com

SS. UU. 4 settembre 2012 n.14828 su dirittocivilecontemporaneo.com

11 luglio 2012, n.11651, in *Contratti*, 2012, 10, pagg. 824 e ss.

30 gennaio 2012, n. 1284, *Foro it.*, Rep. 2012, voce Contratto in genere, n. 566

26 gennaio 2010, n. 1526, in *Resp. civ.*, 2011, 10, 661

26 giugno 2009, n. 15093, in *Mass. Giur. It.*, 2009, 993

15 settembre 2008, n. 23674, in *Obbl. e contr.*, 2009, 318 e ss.

19 giugno 2008 n. 16621 in *Mass. Giust. Civ.* 2008 pag. 979

21 gennaio 2008, n. 1218, in *Guida dir.*, 2008, 14, 59

28 maggio 2007, n. 89, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1

17 maggio 2007, n. 11550, in *Massimario di giurisprudenza italiana*, 2007

06 ottobre 2006, n. 21632, in *Contratti*, 2007, 5, pagg. 421 e ss.

14 ottobre 2005, n. 19903, in *Foro Italiano*, 2006, 7-8, pagg. 2107 e ss.

23 aprile 2004, n. 7780, in *Riv. Dir. comm.*, 2005, II, 27

20 ottobre 2004, n. 20548, in *Giur. It.*, 2005, 1609

10 settembre 2004, n. 18210, in *Mass. Giur. It.*, 2004

08 settembre 2004, n. 18062, in *Archivio Civile*, 2004, pagg. 1275 e ss.

30 maggio 2003, n. 8810, in *Mass. Giur. It.*, 2003

21 febbraio 2003, n. 2637, in *Foro it.*, 2003, 2768

14 gennaio 2003, n. 435, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2004, 6, pag. 10

1 agosto 2001, n. 10498, in *Riv. Not.*, 2002, II, 184

24 febbraio 2000, n. 2108, in *Massimario di giurisprudenza italiana*, 2000

8 gennaio 2000, n. 123, in *Giur. It.*, 2000

14 marzo 1998 n. 2772, in *Urb. e app.*, 1998, 10, 1074

10 ottobre 1997, n. 9877, in *Mass. Giur. It.*, 1997

22 aprile 1995, n. 4607, in *Mass. Giur. It.*, 1995

9 febbraio 1994, n. 1340, in *Foro it.*, 1995, I, 611

SS. UU., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 348 e ss.

SS. UU., 25 marzo 1988, n. 2572, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 1760

12 agosto 1987, n. 6899, in *Foro it.*, 1989, I, 1938 e ss.

18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.* 1970, I, c.1907

28 maggio 1966, n. 1390, in *Mass. Giur. It.*, 1966

4 marzo 1960, n. 40, in *Mass. Giur. It.*, 1960

TRIBUNALE

Verona, 1 ottobre 2009 su www.ilcaso.it

Verona, 23 marzo 2010 su www.ilcaso.it

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

C. Giust. UE, sentenza 21 gennaio 2015, cause riunite C-482/13, C484/13, C-485/13 e C-487/13, in *Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, 2015, 5, pagg. 423 e ss.

C. Giust. UE, sentenza 30 aprile 2014, causa C-26/13, in *Contratti*, 2014, 10, pagg. 843 e ss.

C. Giust. UE, sentenza 30 maggio 2013, causa C-488/11, in *Foro italiano*, 2014, pagg. 3 e ss.

C. Giust. UE, sentenza 30 maggio 2013, causa C-397/11, in *Foro italiano*, 2014, pagg. 3 e ss.

C. Giust. UE, sentenza 21 febbraio 2013, causa C-472/11, in *Foro italiano*, 2014, pagg. 5 e ss.

C. Giust. UE, sentenza 14 giugno 2012, causa C-618/10, in *Foro italiano*, 2013, pagg. 170 e ss.

C. Giust. UE, sentenza 15 marzo 2012, causa C-453/10, in *Foro italiano*, 2013, pagg. 171 e ss.

C. Giust. CE, sentenza 9 novembre 2010, causa C-137/08, in *Obbligazioni e Contratti*, 2011, pagg. 146 e ss.

C. Giust. CE, sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, in *Contratti*, 2009, pagg. 1176 e ss.

C. Giust. CE, sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/09, in *Foro Italiano*, 2009, pagg. 489 e ss.

C. Giust. CE, sentenza 26 ottobre 2006, causa C-168/05, in *Foro Italiano*, 2007, pagg. 373 e ss.

C. Giust. CE, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, in *Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia I- 5285*

C. Giust. CE, sentenza 21 novembre 2002, causa C-473/2000, in *Foro Italiano*, 2003, pagg. 16 e ss.

C. Giust. CE, sentenza 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98, C241/98, C-242/98, C-243/98 e C-244/98, in *Foro Italiano*, 2000, pagg. 413 e ss.

C. Giust. CE, sentenza 1 giugno 1999, causa C-126/97, in *Foro italiano*, 1999, pagg. 470 e ss.