

i Contratti

Mensile di dottrina e giurisprudenza

ANNO XVII - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

7 2009

www.ipsoa.it/icontratti

Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)

di Giovanni D'Amico

DIREZIONE SCIENTIFICA

Umberto Breccia
Ugo Carnevali
Giovanni D'Amico
Francesco Macario
Claudio Scognamiglio

COMITATO DI REDAZIONE

Christian Romeo



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Nullità del contratto

Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)

di **Giovanni D'Amico**

Il saggio affronta due dei temi più rilevanti nella teoria della nullità contrattuale, temi che hanno formato (e continuano a formare) oggetto di particolare attenzione nel dibattito degli ultimi anni. Il tema della «nullità virtuale», pur recentemente rivisitato *ex professo* da importanti pronunce della Cassazione (in particolare la n. 19024 del 2005 e la sentenza delle Sezioni unite n. 26724 del 2007, entrambe relative alla nota vicenda giurisprudenziale sui rimedi conseguenti alla violazione delle «regole di condotta» degli intermediari finanziari), continua a rimanere problematico sia nei profili relativi alla sua impostazione sul piano teorico, sia negli esiti applicativi. Non minori incertezze circondano la ricostruzione della figura della c.d. «nullità di protezione», che la legislazione più recente sembra prospettare come «modello» alternativo a quello della nullità «codicistica», e della quale diventa pertanto sempre più urgente definire con rigore il contenuto concettuale e la struttura dogmatica, operazione che costituisce a sua volta premessa ineludibile per un consapevole uso della categoria da parte della giurisprudenza pratica.

Premessa

Il tema della nullità, e più in generale quello dei rimedi, si pone oggi come uno degli snodi cruciali del *nuovo diritto dei contratti**: snodo che chiama *direttamente* in causa l'interprete, non foss'altro perché avviene sempre più di frequente che il legislatore (quello comunitario, ma anche - e meno comprensibilmente - quello interno) (1) lasci «scoperto» proprio il profilo del rimedio da ricollegare alle violazioni delle norme che via via egli va introducendo, aprendo così la strada (almeno nel nostro ordina-

Note:

* N.d.A.: Si pubblica, con l'aggiunta di un apparato «minimo» di note, il testo della Relazione introduttiva svolta dall'autore in occasione dell'Incontro di studio su «Le forme della nullità», che ha avuto luogo a Siena il 30 gennaio 2009.

(1) Che il legislatore comunitario lasci sovente «in bianco» (rimettendone la determinazione ai singoli legislatori nazionali) il profilo di «rimedi» trova giustificazione abbastanza agevolmente, sol che si rifletta sul fatto che la norma comunitaria è destinata ad innestarsi in ordinamenti alquanto diversi l'uno dell'altro: il che è sufficiente (in molti casi, se non sempre) a sconsigliare la «imposizione», in relazione alle diverse discipline che si vanno introducendo, di *specifici* rimedi (invalidità in una delle sue varie forme, risoluzione, recesso, ecc.), facendo ritenere sufficiente la individuazione delle diverse «fattispecie», e lasciando ai legislatori dei singoli ordinamenti la libertà di ricollegare a tali fattispecie il rimedio ritenuto più opportuno, e, soprattutto, più conforme alla tradizione e al «sistema» proprio di ciascun ordinamento. In questo senso è emblematica la disciplina delle clausole ves-

satorie nei contratti dei consumatori. La direttiva n. 13/93 si limita(va) a prescrivere che «gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore e 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» (art. 6, n. 1 dir. cit.). Orbene, è noto come a questa «prescrizione» i legislatori nazionali hanno dato attuazione in vario modo. Il nostro legislatore, ad es., ha dapprima sancito la *inefficacia* delle clausole abusive (art. 1469-*quinquies* c.c.) per poi optare per la sanzione della *nullità* (che l'art. 36 cod. cons., specifica ulteriormente, qualificandola come «nullità di protezione»). Il legislatore spagnolo stabilisce la *nullidad* delle clausole abusive (cfr. art. 83 comma 1 del *Real Decreto Legislativo 1/2007* del 16 novembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, il quale recita che «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán para no puestas*»). Quello francese ha fatto ricorso alla formula secondo cui «*Les clauses abusives sont réputées non écrites*» (cfr. *Code de la consommation*, art. L-132-1). E così via. Va osservato che se da un lato la mancata indicazione specifica del rimedio consente indubbiamente una opportuna flessibilità della regola comunitaria che deve esser introdotta nei singoli sistemi nazionali, dall'altro c'è il pericolo che la possibilità che per la stessa fattispecie i diversi ordinamenti mantengano (o introducano) rimedi differenti pregiudichi la finalità di armonizzazione che il legislatore comunitario si ripromette. A quest'ultimo problema mostra di prestare crescente attenzione anche il legislatore comunitario, che sempre più si orienta verso forme di «*armonizzazione completa*», come dimostra la recente Proposta di direttiva Ce sui diritti dei consumatori (pubblicata in COM (2008) 614 def. dell'8 ottobre 2008), che all'art. 4 stabilisce che «Gli Stati membri non possono mantenere o adottare nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso».

mento, e in presenza di una disposizione quale l'art. 1418 comma 1 c.c.) alla questione della configurabilità di volta in volta di una ipotesi di *nullità virtuale*. Ma i problemi non sono solo quelli di stabilire se per una determinata fattispecie sia appropriato questo o quel rimedio (e basti (per evidenziare tutta la rilevanza anche pratica della questione (il richiamo alla recente e non ancora risolta questione circa le conseguenze della violazione da parte degli intermediari finanziari delle «regole di condotta» su di essi gravanti). 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* (2), laddove oggi si registra un ravvicinamento tra nullità (almeno nella forma della *nullità di protezione*) 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 (3).

Sul versante specifico della nullità, il dilagare delle «nullità di protezione» (non ignote all'esperienza precedente, ma sino a poco tempo fa relegate al ruolo di fenomeno affatto marginale (ha posto il problema della permanente unitarietà della figura della nullità, o, quanto meno, il problema di un *rovesciamento* del rapporto regola/ eccezione rispetto a presocché tutti i profili che connotano l'unica disciplina organica della nullità, che resta ancora quella contenuta negli artt. 1418-1424 c.c. (vale a dire i profili della legittimazione all'azione, della sanabilità, della rilevanza d'ufficio, della imprescrittibilità dell'azione, ecc.).

Il moltiplicarsi di regolamentazioni «cogenti» (specie nel settore della legislazione «consumeristica») (4) - alle quali sovente non si accompagna (come si ricordava all'inizio) la previsione di un corrispondente apparato rimediabile - ha fatto poi esplodere il problema della nullità «virtuale», aggiungendo pe-

raltro alle difficoltà che da sempre la norma dell'art. 1418 comma 1 c.c. pone agli interpreti, l'ulteriore problema relativo alla *disciplina* a cui assoggettare le nullità in ipotesi dedotte dalla violazione di norme

Note:

(2) Non riuscendosi a comprendere come potesse essere qualificato quale «*invalido*» anche un negozio (quello meramente *annullabile*) che si dichiarava cionondimeno *idoneo a produrre effetti* (sebbene suscettibili di essere rimossi a seguito dell'esperimento della richiesta di annullamento): qualità, questa, che lo rendeva affatto diverso dal negozio *nullo*, dando corpo alla principale (se pur non unica) differenza rispetto a quest'ultimo negozio.

(3) Altra questione (collegata, del resto, a quella cui si accenna nel testo) è quella se la *nullità* sia da considerare una forma di *qualificazione (negativa)* dell'atto ovvero (come vuole la tesi tradizionale, un tempo prevalente) una forma di *inqualificazione (rectius: di inqualificabilità)* dell'atto come contratto). Questione certamente non nuova, ma che indubbiamente trae rinnovato alimento dalle *nuove forme di nullità* emerse nell'esperienza più recente. Anche ponendosi sul terreno di codeste «nuove nullità» (che non attengono, peraltro, assai spesso al contratto nella sua interezza, non essendo collegate al *difetto di elementi strutturali dell'atto*, fenomeno che era alla base della tradizionale concezione della nullità come *inqualificazione*), va detto peraltro che la considerazione della nullità del contratto come una forma di *qualificazione negativa* dell'atto, e la costruzione della fattispecie nulla come una fattispecie bensì momentaneamente improduttiva di effetti (definitivi), ma comunque come fattispecie *rilevante* (e dunque *idonea* a produrre quegli effetti), non persuade del tutto, a meno di non assumere il concetto di «*rilevanza giuridica*» in una accezione affatto *generica*. Se, invece, questo concetto si assume nella *specificata* caratterizzazione che gli attribuisce una nota prospettiva di teoria generale del diritto (il riferimento è a Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, e, ora, in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 125 ss., spec. 131) (secondo la quale la «*rilevanza giuridica*» esprimerebbe la condizione di un interesse che non può pretendere ancora la propria *realizzazione* (che potrà derivare solo dal sopravvenire di ulteriori elementi, attualmente mancanti), ma è cionondimeno *meritevole* di una *tutela conservativa* (in vista della futura, possibile, piena *efficacia*) (allora deve dirsi che, anche quando la nullità si presenti nella forma di una invalidità di protezione (con tutte le peculiarità che questa nullità presenta, ivi compresa la possibilità di essere «sanata», e quindi di aprire la porta alla efficacia della clausola o dell'atto), un contratto nullo o clausole nulle non possono comunque considerarsi espressivi di interessi *meritevoli di tutela* (sia pure solo *conservativa*), e dunque non danno vita a ipotesi di *rilevanza giuridica* (nel significato *specifico*, or ora precisato).

(4) La circostanza che buona parte di quella che nel testo chiamiamo «*legislazione consumeristica*» (in materia contrattuale) sia di derivazione «comunitaria» non legittima di per sé a parlare di una «*nullità europea*», non foss'altro perché - come chiarito *supra* nella nota 1 (il legislatore comunitario ben di rado si avventura a individuare e qualificare il *tipo di rimedio* col quale vuole che siano sanzionate le violazioni delle proprie prescrizioni (terreno sul quale viene, anzi, programmaticamente, riconosciuta una certa qual discrezionalità ai legislatori nazionali). In questa prospettiva, la formula «*nullità europea*» non può che essere intesa come un'espressione ellittica per indicare fattispecie in cui un legislatore *nazionale* (ad es., il *legislatore italiano*) ha deciso di prevedere come rimedio per la violazione di una norma (di derivazione comunitaria) la sanzione della nullità (del contratto o di singole sue clausole), in luogo di altre eventualmente e *astrattamente* utilizzabili (annullabilità, rescissione, ecc.), e *concretamente* magari utilizzate dai legislatori di altri paesi.

poste a protezione di uno dei contraenti (problema riassunto nella domanda se sia ammissibile, e a quali condizioni, una «nullità virtuale di protezione»). Infine, le caratteristiche delle «nuove nullità» (soprattutto per il fatto che sempre più diffusamente si tratti di «nullità di clausole», piuttosto che di «nullità del contratto», attesa anche la tendenza del legislatore a limitare l'effetto caducatorio, mantenendo in vita il più possibile il contratto) fanno sì che assuma un'importanza inedita il problema della integrazione della lacuna che segue alla dichiarazione di nullità (delle clausole). Problema talora risolto direttamente dal legislatore, ma più spesso (e ancora una volta) lasciato alla decisione dell'interprete, chiamato ancor qui ad effettuare una scelta non facile tra regole «generali» (per lo più consegnate alla formulazione di norme del codice civile) e applicazione analogica dei «nuovi modelli».

La «nullità virtuale»: un rimedio adeguato al «nuovo diritto dei contratti»?

Inizierò svolgendo alcune considerazioni sul problema della «nullità virtuale», tornato alla ribalta ultimamente in particolare a seguito della discussione che si è sviluppata attorno ai rimedi da ricollegare alla violazione delle «regole di condotta» imposte agli intermediari finanziari.

Su questo tema - come è a tutti noto - sono intervenute (alla fine del 2007) le Sezioni Unite, con una importante sentenza, la quale tuttavia non è stata (da molti autori) considerata pienamente soddisfacente, e forse non lo è (sebbene per motivi in parte diversi da quelli sin qui emersi nei numerosi commenti che sono stati ad essa dedicati).

La considerazione di questa vicenda mi sembra importante, perché essa porta al cuore di alcuni dei «nodi» problematici che il tema della nullità del contratto oggi prospetta.

I termini del problema sono noti. Di fronte a quella che si presentava (e continua ancor oggi a presentarsi, almeno in alcune posizioni della dottrina e della giurisprudenza) come una *tendenza alla ipertrofia* del ricorso al rimedio invalidatorio (in specie declinato in termini di nullità), la Cassazione ha posto un perentorio freno, enunciato anzitutto con la sentenza n. 19024 del settembre 2005 (la c.d. «sentenza Marziale», così indicata dal nome dell'estensore della motivazione), e poi sostanzialmente ribadito (sia pur non senza importanti precisazioni) dalla sentenza n. 27624 del 2007 (c.d. «sentenza Rordorf», anche qui dal nome del suo estensore) (5).

Nella sentenza del 2005 i giudici del Supremo Collegio, nell'escludere che la conseguenza della viola-

zione da parte degli intermediari finanziari degli «obblighi di condotta» su di essi gravanti sia la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 comma 1 c.c., affermano che la nullità che può farsi discendere in base a questa norma può derivare soltanto dalla violazione di regole che attengano al *contenuto* del contratto, e non già di regole che prescrivano *comportamenti* che uno dei contraenti deve tenere in relazione alla formazione del contratto.

In questa affermazione (che probabilmente non faceva altro che ribadire, riformulandolo, uno dei diversi criteri (6) che da tempo sono stati suggeriti per definire il campo rispettivo della regola e della eccezione che si vogliono enunciare attraverso la formula secondo la quale il contratto *contrario a norme imperative* «è nullo salvo che la legge disponga diversamente») uno dei primi (e più autorevoli) commenti alla pronuncia della Corte ha voluto invece vedere evocato (e utilizzato dai giudici per sciogliere il problema interpretativo di cui alla norma in esame) il principio di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento» (7).

Si tratta di una «lettura» - come diremo subito - tutt'altro che persuasiva (8), e che però è riuscita a ... portare fuori strada tanto i giudici della stessa Se-

Note:

(5) Cfr. Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss. e Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con commento di V. Mariconda, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, e in questa *Rivista*, 2008, 221 ss., con commento di Sangiovanni, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*.

(6) E precisamente il criterio cosiddetto della «direzione del divieto» (v. *infra*).

(7) Cfr. Roppo-Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., spec. 31; e v., poi, anche Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107 ss., spec. 111, ove si afferma che vi sarebbe una sorta di sovrapposizione tra la regola sulla nullità virtuale e il principio di distinzione tra «norme di validità» e «norme di comportamento», e ciò precisamente nel senso che «la distinzione tra regole di validità e di condotta deve essere correttamente intesa come criterio che definisce l'ambito di applicazione dell'art. 1418, co. 1, c.c., impedendo di considerare nullo il contratto in ragione della mera violazione di divieti o obblighi legali, ancorché imperativi, che riguardano però la condotta delle parti in fase precontrattuale o esecutiva».

(8) Anche da un punto di vista esegetico, va segnalato che in nessun punto della sua motivazione, la sentenza n. 19024 del 2005 fa riferimento al principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, che si vorrebbe ne costituisca il fondamento (per questo rilievo cfr. già D'Amico, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari tra regole di validità e regole di responsabilità*, in AA.VV., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore* a cura di A. Plaia, Milano, 2008, 45 ss., 54 e nt. 26).

zione I (che hanno successivamente formulato l'ordinanza con cui si è stata chiesta la rimessione della questione alle Sezioni Unite), quanto poi le Sezioni Unite medesime (9).

A prescindere per il momento da questo profilo (sul quale torneremo fra poco), va osservato che correttamente si è, per altro verso, criticata la «sentenza Marziale», imputandole di avere eccessivamente ristretto l'ambito applicativo della nullità di cui al 1° comma dell'art. 1418 c.c. (*appiattendola*, sostanzialmente, su ipotesi che già rientrerebbero nella previsione del comma 2 della norma, in particolare sotto il profilo della nullità per *illiceità dell'oggetto* o per *illiceità della causa*). Rilievo certamente da condividere (10), e che è stato poi giustamente tenuto presente nella «sentenza Rordorf», laddove quest'ultima pronuncia ha sottolineato come possa dar luogo a nullità non solo la violazione di regole relative al *contenuto del contratto*, ma altresì la violazione di altre regole dalle quali si desuma comunque il *divieto di concludere il contratto* (ad es., per l'*assenza di un presupposto soggettivo od oggettivo*, quale il possesso di una abilitazione, l'iscrizione in un albo, il rilascio di una autorizzazione necessaria, ecc.).

Conclusione - si diceva (senz'altro da approvare, e che indurrebbe ad aderire pienamente alla soluzione che le Sezioni Unite hanno dato al problema della «nullità virtuale», se non fosse per la motivazione che a sostegno di essa i giudici ritengono di dare.

E, invero (come già accennato (le Sezioni Unite (influenzate con tutta evidenza dal modo in cui la questione era stata posta nell'ordinanza della prima sezione) ritengono che detta soluzione *discenda dall'applicazione del principio di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento»*: principio - esse affermano - saldamente radicato nelle strutture del codice civile, e che anche la legislazione più recente (che pur sembrerebbe incrinarlo) non può dirsi abbia ancora avuto la forza di scardinare.

Orbene, non può non osservarsi come codesta sovrapposizione (e quasi identificazione) tra il problema della nullità virtuale e il principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento sia assolutamente fuorviante, e segnali una idea non condivisibile della portata e del significato del principio in esame, frutto di alcuni equivoci (del resto assai diffusi anche in dottrina).

Il primo equivoco è indotto dalla espressione «*regole di comportamento*», usata per designare dei tipi di regole (che si vogliono, evidentemente) contrapposte come tali alle «*regole di validità*», e alla cui violazione

consegue dunque (*in thesi*) un rimedio diverso dalla invalidità (in genere, un rimedio di tipo *risarcitorio*; onde tali regole vengono solitamente indicate anche con l'espressione «regole di responsabilità»).

Ora, però, è del tutto ovvio che se si considera l'espressione «regole di comportamento» *nella sua estensione letterale*, la contrapposizione alle «regole di validità» perderebbe qualsiasi significato, perché - secondo un accreditato orientamento di teoria generale del diritto (tutte le regole giuridiche sono «*regole di condotta*»; e tali devono dunque considerarsi anche le c.d. «regole di validità» (cioè le regole dalla cui applicazione dipende il giudizio circa la validità/invalidità degli atti giuridici negoziali), come dimostra (a tacer d'altro (la circostanza che l'annullabilità per dolo o per violenza consegue certamente alla violazione di tipiche «regole di condotta» (quali sono quelle che impongono di non usare inganni o minacce per indurre o costringere la controparte a concludere un contratto).

Occorre, dunque, con tutta evidenza, assumere la locuzione «*regole di comportamento*» in una accezione più ristretta, quale è effettivamente evocata da espressioni (cui sovente, e più appropriatamente, si fa ricorso) come «*regole di mero comportamento*», ovvero «*regole di correttezza*».

Il significato del principio di separazione (o di non interferenza) tra «regole di validità» e c.d. «regole di comportamento» consiste, allora, precisamente in ciò, che *non è possibile derivare l'invalidità di un contratto dalla violazione di una «regola di mero comportamento»*, ovvero dalla violazione di una «*regola di correttezza*» (o buona fede, che dir si voglia) o di un'altra *regola generale di condotta* (ad es.: ragionevolezza, trasparenza, onestà, ecc.).

Esplicitando ulteriormente il contenuto del principio (e con ciò cominciando a farne intravedere anche la funzione), esso può altresì esprimersi dicendo che le «regole di validità» non possono essere ricavate *dal giudice* in sede di *concretizzazione della clausola generale di buona fede* (cioè non possono discendere dalla violazione di una mera regola di comportamento, qual è la buona fede), violazione dalla qua-

Note:

(9) Cfr. in part., il par. 8.5 dell'ordinanza Cass., Sez. I, n. 3683 del 2007, con cui la questione è stata rimessa alla valutazione delle Sezioni Unite; e v., poi, la motivazione della «sentenza Rordorf», dove - all'inizio del par. 1.6 - si legge esplicitamente che «Il cardine attorno al quale ruota la sentenza da ultimo citata [*id est*: la sentenza. n. 19024 del 2005] è costituito dalla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento e norme di validità del contratto...»)

(10) Come già evidenziato in D'Amico, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari*, cit., 52-53.

le potranno discendere altre conseguenze, ma non quella della invalidità dell'atto (11).

Questa preliminare precisazione consente di mettere in evidenza un secondo equivoco che circonda il tema del principio di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento».

Tale principio - correttamente (ri-)formulato, e inteso nella sua precisa *ratio* (che, come abbiamo appena detto, è quella di assicurare la «certezza del diritto», e, per così dire, di fissare un fondamentale «criterio di legalità» nella delicatissima materia delle invalidità negoziali) (si rivela subito per quello che è, e cioè un principio di tipo «politico» (e, dunque, un principio di tipo «deduttivo»), e non invece (come pure spesso sembra pensarsi) un principio che si ricavi per induzione (e successiva generalizzazione) dalla disciplina positiva delle invalidità dettata dal legislatore (12).

Precisazione importante, che aiuta a comprendere come il principio in esame (contrariamente a quanto ritiene un'opinione assai diffusa, basata proprio sull'inesatta percezione della sua genesi e del suo

Note:

(11) La ragione è che le regole sulla validità degli atti giuridici sono regole che abbisognano di essere «formalizzate» dal legislatore, perché l'esigenza di certezza del diritto (particolarmente importante quando è in gioco la sorte stessa degli atti giuridici - richiede che le «regole» la cui osservanza è necessaria affinché il contratto possa produrre e/o mantenere i propri effetti siano regole *pre-determinate*. Questo non significa, naturalmente, che le «regole di validità» (soprattutto le «regole di validità generali») formulate dal legislatore non possano essere individuate per il tramite di enunciati linguistici che contengano espressioni più o meno *indeterminate* (si pensi, ad es., all'art. 1435 c.c.), e che lascino dunque all'interprete un certo margine di «discrezionalità» nella interpretazione della disposizione normativa e quindi anche nella sua applicazione al caso concreto. Margini che attingono la maggiore ampiezza nei casi in cui la invalidità (precisamente: la nullità) venga fatta discendere dalla *illiceità* (dell'oggetto o della causa o del motivo comune), e detta illiceità si profili in particolare nella forma della violazione dell'*ordine pubblico* o del *buon costume* (da molti considerate come delle vere e proprie *clausole generali*). Soprattutto in quest'ultimo caso (*violazione del «buon costume»*) potrebbe sembrare, in effetti, che manchi *qualsiasi predeterminazione legislativa* (del contenuto) della regola di condotta dalla quale dipende la validità del contratto: ma questa indeterminatezza è comunque circoscritta ad un ambito alquanto circoscritto (il «*buon costume*» non avendo, da noi, la stessa ampiezza concettuale che gli è riconosciuta in altri sistemi); il che ridimensiona sensibilmente quella che potremmo riconoscere essere comunque una deroga (per quanto contenuta) al «principio di legalità» che governa la materia delle invalidità negoziali. Ma, a parte il caso del «buon costume», l'indeterminatezza (eventuale) di una «regola di validità» formulata dal legislatore non raggiunge mai il limite (estremo) di una «*invalidità senza fattispecie*», quale si avrebbe se la nullità del contratto potesse essere affermata sulla base della violazione di una mera regola generale di correttezza (una regola - per intenderci - che dicesse: *è nullo il contratto concluso a seguito del comportamento di una parte contrario alla buona fede*). Una norma siffatta non esiste, né può essere costruita nel nostro ordinamento. Qualcuno ha voluto, invero, ravvisarne l'epifania nella introduzio-

ne della previsione secondo la quale - nei contratti dei *consumatori* - sono nulle le clausole che, *malgrado la buona fede*, determinino un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti. Sennonché, anche a voler intendere (come fa, evidentemente, l'opinione in discorso) la buona fede qui richiamata come b.f. in senso oggettivo e non soggettivo, v'è da dire che la nullità così stabilita discende dall'*iniquità* della clausola (dal suo essere una clausola *squilibrata*), la «buona fede» giocando in questo caso semplicemente il ruolo di criterio per stabilire se nel caso concreto lo «squilibrio» sia o meno dotato di una qualche ragione che lo giustifichi (cfr. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, Milano, 1998, 535 ss., 543; e v. anche D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella conclusione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37 ss., spec. 49 ss.). Un fenomeno analogo (che questa volta apre le porte a un controllo sull'*equilibrio anche economico* del contratto) si ha nella fattispecie del c.d. «*abuso di dipendenza economica*» (recte: «*abuso di dominanza relativa*»), in presenza della quale il legislatore sancisce la *nullità* dei patti che comportino un «eccessivo squilibrio di diritti e obblighi» ovvero «l'imposizione di condizioni contrattuali *ingiustificatamente* gravose o discriminatorie». Anche qui tuttavia può dirsi che non ci troviamo di fronte ad una «nullità senza fattispecie», perché la nullità può essere pronunciata solo a certe condizioni (esistenza di una posizione di «dominanza relativa»; squilibrio di diritti e obblighi *eccessivo* [ossia: non un qualsivoglia squilibrio, ma uno squilibrio *di un certo rilievo*]; *mancanza di una giustificazione* per l'imposizione a quel contraente di condizioni contrattuali gravose e/o discriminatorie). Non può dirsi dunque che sia lasciato al giudice il compito di decidere della validità del contratto sulla base di una «norma in bianco» (come accadrebbe se il giudice potesse applicare la nullità in presenza di una mera *violazione della buona fede*, non ulteriormente specificata e circoscritta dal legislatore). Nei casi visti, dunque, ci si trova di fronte a comportamenti *contrari a buona fede* (*abusare* della posizione di «dipendenza economica» in cui l'altro contraente si trovi; *abusare* del «potere contrattuale» di cui un «professionista» dispone in confronto di un «consumatore»; ecc.) che determinano (o possono determinare) la nullità del contratto. *Ma non è (interamente) lasciato al giudice il compito di stabilire quando si ha comportamento contrario alla buona fede, perché il legislatore comunque circoscrive (in qualche modo) i criteri e l'ambito entro i quali un giudizio siffatto può essere formulato.* Con il che il «principio di legalità» di cui si parla nel testo risulta, in definitiva, rispettato.

(12) Come mostrano di credere le stesse Sezioni Unite nella sentenza n. 26724 del 2007, laddove ad es. affermano che il «principio di non interferenza» sarebbe saldamente radicato *nelle norme del codice civile*: che è come dire che altri testi normativi - e in particolare le leggi c.d. speciali o le normative di derivazione europea - potrebbero «smentire» il principio, o ispirarsi ad un principio opposto. La stessa idea emerge chiaramente anche dal seguente brano (tratto dalla motivazione della cit. pronuncia), dove pure le Sezioni Unite escludono che il principio in esame possa allo stato dirsi superato o addirittura obliterato dalla più recente disciplina del contratto: «...L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinarsi del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile. *È possibile che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale, ma [...] un conto è una tendenza altro conto è un'acquisizione.* E va pur detto che il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori e in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni...» (corsivo aggiunto).

contenuto (non sia affatto «indebolito», e men che meno messo in crisi, dalle ipotesi (che sono sempre esistite, ma che oggi sono indubbiamente assai più numerose che in passato) in cui il legislatore decida di sanzionare (espressamente) con la invalidità la violazione di obblighi di comportamento *determinati* che egli abbia posto a carico dei contraenti (o, più spesso, di uno di essi). Queste ipotesi, non solo non costituiscono (come pur sovente capita, non senza sorpresa, di leggere) «eccezioni» (o «deroghe», che dir si voglia) al principio, ma anzi sono - se non «applicazioni» di esso (nel senso proprio del termine) (13) - certamente fenomeni che non ne contraddicono in alcun modo il contenuto e la funzione (contenuto e funzione del principio che, anzi, risultano per questa via senz'altro *confermati*).

È tempo di tornare al nostro tema, e cioè alla nullità virtuale.

Se sono vere le cose appena dette, non ci vuol molto a rendersi conto che il principio di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento» (*rectius*: «regole di correttezza») ha ben poco a che vedere con il problema della nullità virtuale (ossia con il problema di individuare un criterio che ci dica quando alla violazione di una «norma imperativa» consegua la nullità, e quando invece debba ritenersi conseguire, sul piano civilistico, un altro rimedio o anche nessun rimedio). Ed è sufficiente a rendersene conto la banale considerazione, secondo cui la questione della nullità ex art. 1418 comma 1 c.c. si pone in presenza (di una «norma imperativa», e cioè) di una norma di condotta *già esistente e posta dal legislatore*, circostanza che è sufficiente di per sé a far considerare *già soddisfatto* il criterio (di legalità, che abbiamo visto) sotteso al «principio di separazione», il quale (principio) sarebbe impropriamente utilizzato se da esso si volesse *ulteriormente* far dipendere anche la *decisione* (nel silenzio del legislatore) *circa il rimedio* da far conseguire alla violazione della regola *legale* di condotta.

Ciò significa che quest'ultima decisione non potrà che dipendere, a questo punto, *da altri criteri* (14) (ad es.: criterio dello «scopo della norma violata»; criterio della «direzione del divieto», ecc.) (15), ma non certo dal «principio di separazione» (che solo indebitamente sarebbe invocato a tal fine) (16), e dal preteso divieto che detto principio implicherebbe (secondo la prospettazione su criticata) di derivare la nullità dalla violazione *di una qualsivoglia* «norma di comportamento» (17).

La nullità di protezione

Quanto detto nel paragrafo precedente alimenta la

Note:

(13) Poiché il «principio» di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento» pone (soltanto) *al giudice* un divieto di sanzionare con la *invalidità* (e, in particolare, con la nullità) la violazione di una *clausola generale di comportamento* (es.: buona fede, diligenza, correttezza, ragionevolezza, ecc.), il «principio» potrà propriamente dirsi applicato/disapplicato solo in relazione al comportamento del suo destinatario (che *non è* - si ripete - il legislatore). Semmai la scelta del legislatore di «sanzionare» con la nullità ipotesi particolari di violazioni di doveri di comportamento potrà essere «valutata» (ed eventualmente «criticata») in relazione ad altri parametri: e così, per es., in alcuni casi, la scelta potrà essere giudicata «eccessiva» (e, pertanto, confliggente con un «principio generale» di «*proporzionalità*» tra violazione e sanzione), ovvero «controfunzionale» (cioè *incoerente* con l'obiettivo di tutela che il legislatore in ipotesi si riprometta di raggiungere), e così via.

(14) Richiama questi molteplici criteri, elaborati dalla dottrina e variamente applicati dalla giurisprudenza, da ultima, Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, IV, Milano, 2006, 43 ss. Ma in argomento si veda, soprattutto, De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, 43 ss.

(15) Il «criterio della direzione del divieto» propone di distinguere l'ipotesi in cui la norma imperativa vieti il comportamento *di entrambe le parti* (nel qual caso alla sua violazione conseguirà la nullità del contratto, perché dovrà ritenersi *vietato il contratto come tale*), da quella in cui la norma vieti il comportamento *di uno solo dei contraenti* (nel qual caso il rimedio non potrà essere quello della nullità). Viene il sospetto - come già sopra si è accennato (che l'evocazione del principio di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento» quale modo per risolvere il problema dell'interpretazione/applicazione dell'art. 1418 comma 1 c.c., nasca dalla confusione di questo principio con il criterio della «direzione del divieto»). Ma è evidente che si tratta, invece, di criteri aventi un contenuto e una funzione affatto diversi.

(16) Oltre tutto, attirandosi in questo caso critiche (per la presunta sua inadeguatezza a risolvere il problema di cui all'art. 1418 comma 1 c.c.), che si rivelano tuttavia affatto ingiustificate, una volta che sia chiaro che con questo problema il «principio di separazione» non ha nulla a che vedere (v., ad es., Roppo, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, 536 ss.).

(17) Sotto questo profilo non può sottacersi la insoddisfazione nei confronti della soluzione data dalle Sezioni Unite della Casazione (sentenze Marziale e Rordorf) alla questione specifica del rimedio da applicare alla violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari. L'esclusione della nullità, infatti, pur essendo in se condivisibile, risulta motivata in maniera inadeguata, proprio perché essa viene desunta (almeno apparentemente e *prima facie*) semplicemente dall'essere le norme violate delle c.d. «regole di comportamento», laddove (se è vero quanto si è detto nel testo (questa semplice circostanza non può certo dirsi sufficiente, di per sé, ad escludere la configurabilità di una nullità virtuale (quando la regola di comportamento sia una regola *legale*, come nel caso di cui trattasi). La soluzione di far conseguire o meno alla violazione di obblighi *legali* di informazione la sanzione della nullità ex art. 1418 comma 1 c.c., dipenderà invero da considerazioni di vario genere (ad es.: la configurabilità di un rimedio invalidatorio *diverso*, quale l'annullamento del contratto per dolo o errore essenziale; ovvero la configurabilità di un rimedio risarcitorio, fondato - ricorrendone i presupposti - sull'art. 1440 c.c. ovvero - per chi ammetta la compatibilità tra contratto valido e responsabilità precontrattuale - direttamente sull'art. 1337 c.c.; ecc.), ma non potrà comunque essere argomentata con la mera considerazione che gli obblighi di informazione costituiscono delle «regole di comportamento», e che *per questa ragione* la loro violazione *non* può essere sanzionata con la invalidità del contratto.

sensazione che le novità più rilevanti nei recenti sviluppi (legislativi, dottrinali e giurisprudenziali) in materia di nullità vadano ricercate non tanto sul terreno delle nullità non dichiarate (cioè delle «nullità virtuali»), ma piuttosto nell'ambito delle nullità espressamente previste dal legislatore, e cioè delle nullità testuali.

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: e cioè l'oggetto, la causa, l'accordo, la forma) (18), quanto piuttosto come *nullità di singole clausole*;

c) dalla circostanza che (nel caso in cui, appunto, venga (inizialmente) in gioco la *nullità di singole clausole* e non dell'intero contratto - la sanzione della nullità *venga limitata* alle singole clausole, prevenendosi la sua non estensione all'intero contratto (c.d. «nullità parziale necessaria»): regola - a ben vedere - strettamente legata (al punto da costituire una specie di conseguenza logica) a quella della legittimazione riservata al contraente protetto (v. *infra*), essendo evidente: 1) che l'altro contraente (il «professionista»), non essendo legittimato a far valere la nullità delle (singole) clausole (19), non può neanche «avvalersi» di tale nullità per chiedere la caducazione dell'intero contratto (20); 2) che anche rispetto al contraente «protetto», il limite alla possibilità di chiedere la nullità dell'intero contratto deriva dalla impossibilità di dimostrare (come richiede il comma 1 dell'art. 1419 c.c.) *che egli non avrebbe concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto che risulta colpita da nullità* (circostanza - a tacer d'altro - contraddetta dal fatto che sia stato in ipotesi questo stesso contraente a chiedere l'accertamento della nullità delle clausole, ovvero - ove tale nullità sia oggetto di rilievo d'ufficio da parte del giudice - dal fatto che la nullità non possa esser pronunciata se non a suo vantaggio, come recita la normativa sulle clausole vessatorie) (21).

E veniamo a quelli che, a nostro avviso, costituiscono i due problemi fondamentali in materia di «nul-

lità di protezione», e (non a caso) i due nodi ancora da sciogliere con riferimento a questa forma di nullità.

A) Il primo di tali «nodi» riguarda la possibilità che le nullità di protezione, oltre che «testuali» (come, sino a questo punto del discorso, abbiamo implicitamente assunto) siano anche «virtuali» (22).

Note:

(18) In verità la legislazione più recente registra una larga utilizzazione di prescrizioni di forma (c.d. neoformalismo negoziale), ma non si tratta quasi mai di forma *ad substantiam actus*, e comunque in fatto il problema che sovente si pone non è tanto quello della mancata conclusione del contratto nella forma prescritta, ma piuttosto della mancanza nel contratto (scritto) di alcuni elementi di contenuto, il cui inserimento nel testo contrattuale il legislatore prescrive come obbligatorio (sul punto ci permettiamo di rinviare - anche per gli ulteriori riferimenti di dottrina - a D'Amico, voce *Formazione del contratto*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2, Milano, 2008, 567 ss., spec. 580 ss.). Quanto all'«accordo», anche a voler ammettere che requisito del contratto sia non il semplice consenso ma il «consenso informato» (così Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2008, 393 ss., spec. 399 ss.; ma, per alcune obiezioni, v. D'Amico, *Formazione del contratto*, cit., 590-591), la mancanza di codesto «consenso informato» (che potrebbe aversi soprattutto in fattispecie di violazione di obblighi di informazione) non dovrebbe dar luogo a *nullità*, ma piuttosto ad *annullabilità del contratto* (se sussistono, però, gli estremi dell'errore rilevante o del dolo).

(19) Che, del resto, in genere sono clausole che lo avvantaggiano, onde *in fatto* egli non ha interesse alcuno a farle dichiarare nulle.

(20) In altre parole, rispetto al professionista, la regola della «necessaria parzialità» della nullità non è altro che una conseguenza «logica» della carenza di legittimazione ad agire per far valere la nullità delle singole clausole. La regola secondo cui questa nullità può essere dichiarata solo «a vantaggio del consumatore» infatti *implica logicamente* (per *argumentum a fortiori*) l'impossibilità (del professionista) di far valere una nullità (dell'intero contratto) *che presuppone la (possibilità di avvalersi della) nullità delle singole clausole*.

(21) Più radicalmente, comunque, deve riconoscersi che l'art. 1419 comma 1 c.c. è previsione che mal si attaglia alle fattispecie in esame, e che presuppone invece una nullità della clausola conseguente alla violazione non già di norme poste «a protezione» di uno dei contraenti, bensì di norme che tutelano interessi generali (come è proprio, di regola, delle nullità previste dal codice civile). Di qui il rilievo dato alla situazione in cui risulti che entrambi i contraenti (o uno di essi) non avrebbero concluso il contratto senza la parte del suo contenuto colpita dalla nullità. Le cose cambiano quando la nullità è una «nullità di protezione»: in questo caso, infatti, come si è già detto, la disposizione dell'art. 1419 comma 1 (circa la estensione della nullità all'intero contratto, in conseguenza di una *essenzialità «soggettiva» delle clausole dichiarate nulle*) finisce per risultare logicamente configgente con il meccanismo su cui si impernia tale rimedio. Solo la «oggettiva essenzialità» della clausola nulla (ad es.: di una clausola che svantaggi il contraente protetto, e *che concerna l'oggetto del contratto*, ad es. *il prezzo*) può determinare la necessità di far cadere l'intero contratto (se non è previsto un meccanismo di «sostituzione» della clausola nulla).

(22) In favore della «nullità virtuale di protezione» v., di recente, D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 145 ss., 152 (ove in part. si legge che «se esiste una norma imperativa di protezione, non si vede perché la sua

(segue)

A favore di siffatta ipotesi alcuni autori invocano la possibilità di applicare *analogicamente* il regime delle c.d. «nullità speciali» (sul presupposto che non si tratterebbe più di ipotesi da considerare eccezionali) (23). Opinione alla quale si è obiettato, tuttavia, che la formulazione dell'art. 1421 c.c. comporta che la regola della legittimazione assoluta ad agire trovi applicazione ogni qualvolta non sia legislativamente prevista una disciplina differente, «negando così in radice la configurabilità di una lacuna, e quindi l'esistenza stessa del presupposto necessario per il ricorso all'analogia» (24), onde - si è osservato - alla configurabilità di nullità di protezione *virtuali* si può pervenire non già ammettendo il ricorso all'analogia, bensì piuttosto attraverso una operazione di «riduzione teleologica» della disposizione dell'art. 1421 c.c., motivata dalla accertata natura «protettiva» della nullità (25).

Ma, a parte il valore di questa obiezione (26) (che, comunque, non contesta il risultato finale, ma solo l'argomento utilizzato per pervenire ad esso), va osservato che di applicazione *analogica* si può parlare (con riferimento al problema che qui interessa (in due situazioni alquanto diverse).

In un primo caso si può ipotizzare di trovarsi in presenza di una nullità *testuale*, che sia cionondimeno *priva di una disciplina specifica* (27), e per la quale si prospetti il dubbio se applicare le norme (*generali?*) del codice civile (in punto di legittimazione, possibilità di sanatoria della nullità, prescrizione dell'azione, ecc.), ovvero applicare (in tutto o in parte) il regime della nullità «di protezione» esplicitamente e testualmente previsto dal legislatore in un altro caso (o in altri casi) ritenuto simile a quello in esame (28). In questa prima ipotesi - si potrebbe dire - *ciò che è «virtuale» non è tanto la nullità in sé considerata* (che, anzi, è (secondo quanto stiamo supponendo) *testualmente* prevista dal legislatore), *ma piuttosto il suo carattere «protettivo»* (che non è *esplicitato* dal legislatore, ma viene desunto dall'interprete alla luce della *ratio* della previsione legislativa).

Ipotesi ben *diversa* - con tutta evidenza (è quella, invece, in cui il legislatore abbia dettato una norma «imperativa» *senza indicare espressamente la nullità quale rimedio per la sua violazione* (29). In questa ipotesi per pervenire alla configurazione di una *nullità di protezione*, bisogna risolvere un *doppio problema*: anzitutto occorre stabilire se si sia in presenza di un caso in cui il contrasto con la norma imperativa determina la nullità (e non, invece, un altro rimedio; o, addirittura, nessun rimedio *civilistico*); solo dopo aver risposto a questa prima domanda, ci si può porre, ulteriormente, il problema, di come codesta nul-

lità (virtualmente desunta dalla natura della norma violata) debba essere disciplinata.

Orbene, mentre saremmo disponibili ad ammettere una «nullità di protezione *virtuale*» (che discenda dall'applicazione del meccanismo «analogico», come descritto con riferimento alla prima ipotesi) (30), nutriamo qualche dubbio circa la possibilità di

Note:

(continua nota 22)

violazione non possa determinare nullità anche in assenza di una indicazione espressa. E la previsione di nullità testuali di «protezione» induce ad escludere che la norma, perché di protezione, non possa più reputarsi imperativa; ovvero che la logica di protezione integri sempre una di quelle eccezioni alla regola generale di cui all'inciso finale dell'art. 1418 c.c.»)

(23) In tal senso v., ad es., Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 173.

(24) Così Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 88.

(25) Cfr. Albanese, *op. cit.*, 90. Si noti, peraltro, come l'opinione di questo autore si spieghi in considerazione del fatto che egli considera l'inciso iniziale dell'art. 1421 c.c. («salvo diversa disposizione di legge») come riferentesi ad una *espressa* previsione di «legittimazione relativa» (o riservata). Opinione alla quale si contrappone quella di chi ritiene che la «diversa disposizione di legge» possa anche desumersi (*implicitamente*) dalla *ratio* della norma.

(26) O, per meglio dire, *della premessa* su cui essa si fonda: v. la nota precedente.

(27) La «lacuna» riguarderebbe, in questo caso, non la previsione del rimedio (nullità), bensì la *disciplina* di esso.

(28) È evidente che il problema della possibilità di ricorrere o meno in questi casi all'analogia, si confonde col (e, anzi, finisce per *risolversi* totalmente nel) problema di stabilire se sia ravvisabile o meno nella previsione normativa della fattispecie di nullità di cui trattasi (attraverso l'esame della *ratio legis*) quella *diversa disposizione di legge* cui alludono l'art. 1421 c.c. (laddove esso ipotizza una deroga alla regola della legittimazione assoluta) o l'art. 1423 c.c. (laddove esso ipotizza una deroga alla regola della invalitabilità del contratto nullo). Più esattamente, la circostanza che *in casi simili* sia stata *espressamente* dettata una disciplina che preveda una legittimazione relativa o la convalidabilità del contratto nullo, può spingere l'interprete a ritenere che «*analogica*» *disciplina derogatoria* (rispetto alla regola generale) sia *implicita* (e debba, come tale, essere riconosciuta) nello *scopo di tutela* cui è preordinata la fattispecie di nullità che viene in considerazione (fattispecie per la quale il legislatore non ha dettato una espressa disciplina).

(29) È questa la situazione a cui si riferisce la previsione dell'art. 1418 comma 1 c.c.

(30) Fattispecie di nullità (testuali) qualificate dagli interpreti come «di protezione», ancorché il legislatore abbia taciuto circa il profilo della legittimazione, sono indicate in Bonfiglio, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, cit., 868-869 (ad es., la nullità prevista dall'art. 1815 comma 2 c.c., in relazione alla clausola determinativa di interessi usurari). Non sempre si tratta di qualificazione incontestata. Ad es. rispetto alla nullità *per vizio di forma* prevista dall'art. 2 comma 1 l. n. 192 del 1998, alla tesi che la configura come una nullità «relativa» (così Berti-Grazzini, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005, rist. agg., sub art. 2, 66 ss.) si è obiettato (a nostro avviso esattamente) che l'attribuzione al subfornitore del diritto al pagamento delle prestazioni effettuate, lascia semmai intendere

(segue)

configurare una «nullità virtuale di protezione» (seconda delle ipotesi sopra viste) (31).

Quest'ultima ipotesi, infatti, rende il giudice arbitro non solo (della individuazione) del rimedio, ma anche (della costruzione) della sua disciplina, finendo per riconoscere alla valutazione giudiziale margini di discrezionalità forse eccessivi.

B) Il secondo nodo che il tema della nullità di protezione non può eludere è quello di come costruire (dogmaticamente) questa forma di invalidità (32).

È diffusa l'idea che la relatività della legittimazione all'azione di nullità implichi che - sino a quando la nullità stessa non sia fatta valere dal contraente legittimato - il contratto o la clausola siano *efficaci*, sebbene si tratti di una efficacia interinale e precaria.

E così, ad es., si afferma esplicitamente che, nelle «nullità speciali», il «dogma» (come viene chiamato) della assoluta *inefficacia* del negozio nullo risulta del tutto superato, e la produzione di effetti giuridici «è ormai da considerare connotato regolare della nullità» (speciale) (33).

Se in tal modo ci si vuol riferire al fenomeno della *necessaria parzialità* della nullità (che connota molte fattispecie di nullità «protettive») (34) e alla circostanza che, in questo caso, la permanenza in vita del rapporto (*per il resto*) comporta (naturalmente) che il contratto abbia efficacia *relativamente alla parte «valida»* (cioè non colpita dalla nullità), *nulla quae-stio*.

E nulla da obiettare altresì se con l'affermazione riportata si voglia segnalare il fenomeno (peraltro non nuovo, se non per la larghezza della sua odierna diffusione) della «sostituzione» delle clausole nulle, con altre ricavate dal diritto cogente o (anche) dispositivo: clausole *legali*, che hanno esse ovviamente *effetto* (in luogo delle clausole *pattizie* nulle, destinate invece *come tali* a rimanere *inefficaci*) (35).

Sennonché sembra, invece, che la dottrina in esame voglia proprio far riferimento alla efficacia *delle clausole nulle o del contratto nullo* come tali (sul presupposto - evidentemente - che immaginare, al contrario, una *inefficacia* di siffatte clausole o di tale contratto sarebbe, in questo caso, in contraddizione con l'idea che *uno solo dei contraenti può avvalersi della nullità*, e non anche l'altro, che non è legittimato a farla valere e non se ne può avvantaggiare) (36).

Se così è, va però osservato che si stenta a compren-

subfornitura: forma e contenuto, in AA.VV., *La subfornitura*, a cura di De Nova, Milano, 1998, 11-12). E analogo argomento (incompatibilità della *salvezza «per il passato» delle prestazioni effettuate in esecuzione di un contratto nullo* con la «relatività» della legittimazione a far valere la nullità, e dunque della qualificazione di questa come «nullità di protezione» in senso tecnico) riteniamo che porti ad escludere altresì che possa considerarsi quale «nullità protettiva» quella prevista dall'art. 2126 c.c. (sebbene questa norma alluda specificamente, nel comma 2, a nullità derivanti da «*violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro*»). I due esempi da ultimo fatti, dimostrano che non basta evocare (o invocare) una *generica* finalità di protezione di uno dei contraenti per poter pervenire alla qualificazione della nullità (testuale) come «protettiva», ma occorre invece una accurata indagine circa la disciplina fornita dal legislatore (per verificare, quanto meno, che non vi siano aspetti di questa disciplina che collidano con l'ipotizzata natura «protettiva» della nullità).

(31) Detto altrimenti: si può ammettere che possa non essere «esplicito» (e dunque, in questo senso, che sia «virtuale») il *carattere «protettivo» di una nullità testuale*, nel senso che a tale qualificazione (e all'applicazione della disciplina propria delle «nullità di protezione») si possa pervenire *anche nel silenzio del legislatore* circa la disciplina della legittimazione all'azione, della convalidabilità dell'atto, ecc. (v. la nota precedente). Più arduo è invece ammettere che una nullità innominata (cioè una *nullità virtuale*) possa anche essere (costruita dall'interprete) come una nullità di protezione.

(32) Sul punto cfr. la recente, accurata, indagine di M. Girolami, *La nullità di protezione nel sistema della invalidità negoziali*, Padova, 2008, *passim*.

(33) Così, ad es., Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 180. La tesi di questo A. (enunciata sin dalle prime pagine del contributo citato (è che «la mera permanenza della situazione di diritto preesistente alla stipulazione, generalmente presentata come conseguenza indefettibile della nullità dell'atto, appare attualmente un meccanismo largamente superato dalle ipotesi in cui il rimedio è utilizzato, piuttosto, al fine di conservare il rapporto, adeguandone la conformazione all'interesse che giustifica la reazione ordinamentale» (Id., *op. cit.*, 13). Anche secondo un'autorevole dottrina la nullità relativa (o di protezione) non tanto esprimerebbe la condizione di un atto inidoneo (almeno *in origine*) a vedersi attribuire *effetti giuridici*, quanto piuttosto la (meno grave) condizione di un atto (pur sempre) produttivo di effetti, sebbene *non (di effetti) stabili e permanenti* (così Scalisi, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 507, ove si legge che «La nullità europea si presenta come qualificazione negativa (non inqualificazione) di un negozio rilevante, capace in quanto tale anche di conseguenti effetti più o meno ampi, più o meno estesi, più o meno eliminabili o transitori...»; corsivo nostro).

(34) Ovviamente quando il rimedio della nullità sia previsto in relazione ad una clausola o, comunque, ad una parte soltanto del contratto.

(35) Sul tema specifico indicato nel testo, e più in generale sulla integrazione del regolamento contrattuale con riferimento alle «nuove nullità», si veda nella letteratura più recente, oltre al già citato volume di D'Adda, il contributo di Ang. Federico, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, *passim*, e spec. 117 ss.

(36) In realtà - come vedremo - l'inefficacia originaria del contratto non priva di significato la riserva di legittimazione a favore del contraente protetto, riserva che mantiene tutta la sua valenza, a patto che si costruisca correttamente il meccanismo della «nullità relativa» (sul che v. subito *infra*). Come vedremo, infatti, dire che la nullità *può essere fatta valere solo da una parte*, significa non solo che questa parte è la sola che ha la scelta di far accertare e dichiarare la nullità, ma implica anche (e necessariamente) che si riconosca a questa sola parte il potere di *far valere* il contratto o la clausola nulli (vedremo fra poco come).

Note:

(continua nota 30)

che la legittimazione a far valere la nullità debba considerarsi «assoluta», secondo la regola generale (così Delfini, *Contratto di*

dere perché mai dovrebbe riconoscersi efficacia (sia pure provvisoria ed interinale, e dunque *eliminabile*) a clausole o a (interi) contratti che si qualificano come «nulli» (e, dunque, riprovati dall'ordinamento, per le modalità della loro conclusione o per il loro contenuto).

È 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 e 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* - una efficacia «astratta» iniziale (*eliminabile ex post*) può essere (considerata) equivalente ad una inefficacia immediata (37).

Senonché, applicare questo «modello» (38) anche al caso della nullità di protezione si potrebbe esporre alle seguenti obiezioni:

- a) eliminato il tratto differenziale fondamentale incentrato sul binomio inefficacia (*ipso iure*)/efficacia, la distinzione tra nullità e annullabilità finisce per svanire (39);
- b) nella nullità di protezione, la presenza di un interesse generale tutelato dalla norma, rende *più coerente* la configurazione di una 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 (anche di protezione);
- c) non si vede quale guadagno si abbia a considerare il contratto o le clausole nulle (ad es.: perché vessatorie (40)) come (sia pur temporaneamente) efficaci: ciò che indurrebbe a pensare a una «presunzione» di liceità (41), 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 riveli - attraverso la convalida dell'atto o della*

Note:

(37) Dire che la nullità di una clausola di recesso abusiva comporta la inefficacia *ab origine* della clausola ovvero la sua (momentanea) efficacia rimuovibile retroattivamente a seguito della accertata abusività e della conseguente dichiarazione di nullità,

non sembra modificare i termini pratici della questione. In entrambi i casi l'avvenuto recesso dovrà considerarsi illegittimo, e obbligherà (fra l'altro) il recedente a risarcire i danni provocati all'altra parte. Merita, più in generale, di sottolineare come la dottrina che critica la tradizionale distinzione tra nullità e annullabilità fondata sul profilo dell'efficacia lo faccia, assai spesso, più che richiamando ipotesi di pretesa (e, comunque, eccezionale) efficacia del contratto nullo, evidenziando come sia discutibile l'assunto secondo cui il contratto annullabile sarebbe (sempre) produttivo di effetti sino alla pronuncia costitutiva del giudice (lo ammette Polidori, *op. cit.*, 41 ss., spec. 43 ss., ed *ivi* il richiamo, soprattutto, alle ben note analisi di Sacco).

(38) Da parte di qualche autore si afferma che la ragione teorica che dovrebbe giustificare la «efficacia interinale» del contratto o della clausola affetti da nullità (di protezione) sia da ravvisare nel fatto che, essendo (logicamente) inerente all'idea di una nullità dettata a tutela esclusiva dell'interesse di una delle parti la conseguenza della *convalidabilità* di tale nullità, una volta ipotizzato «che un contratto nullo, per essere la relativa azione rimessa alla valutazione discrezionale di una sola delle parti, possa essere convalidato, ovvero semplicemente non impugnato, *in tanto la regola acquista un senso, in quanto al contratto si riconosca l'efficacia immediata*, eliminabile per effetto dell'eventuale *pronuncia costitutiva*» (così Polidori, *op. cit.*, 66; il corsivo è nostro). Ora - anche sorvolando sulla improprietà (peraltro non priva di significato, al fine di intendere l'effettivo pensiero della dottrina in esame) della assimilazione della «convalida» alla «mancata impugnazione» del contratto o della clausola nulli - non può non evidenziarsi come considerare l'efficacia *immediata* dell'atto come un presupposto logicamente necessitato perché possa configurarsi una (ipotetica) «convalida(bilità)» dell'atto, è frutto di una ingiustificata (sotto questo profilo) estensione alla «convalida» dell'atto nullo (di cui parla l'art. 1423 c.c.) del modello della convalida dell'atto annullabile (non si vede perché *convalidare* un atto non possa significare, anziché *stabilizzare gli effetti* che l'atto in ipotesi abbia già prodotto, più in generale rimuovere un ostacolo alla produzione stessa di tali effetti).

(39) Parla infatti di «forte ridimensionamento della distinzione fra nullità e annullabilità» Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 12 ss. La traduzione dogmatica di questo esito si legge in Scalisi, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., 213, ove si afferma che la categoria generale dell'«invalidità» negoziale si presta ad essere ricostruita *unitariamente* quale «inidoneità dell'atto al ricollegamento di *effetti stabili e permanenti*». Una volta escluse inefficacia originaria dell'atto nullo e operatività *ipso iure* della nullità (con conseguente carattere «dichiarativo» della sentenza che la accerta), a marcare una (sempre più esile, se non pure evanescente) distanza tra «nullità» (di protezione) e annullabilità non sembra siano sufficienti le note (residue) della *rilevabilità d'ufficio* e della *imprescrittibilità* dell'azione, considerato altresì che non a caso anche queste note (ben nette nelle fattispecie di nullità «assoluta») diventano problematiche e incerte ove riferite ad ipotesi di «nullità» a vantaggio di un solo contraente (v. *infra*).

(40) Per quanto proprio il caso delle clausole vessatorie potrebbe (in un certo senso *paradossalmente*, se si pensa che proprio in ordine al rimedio contro la vessatorietà, il legislatore usa - nella rubrica dell'art. 36 cod. cons. (la locuzione «nullità di protezione») rivelarsi non del tutto pertinente. Qui, infatti, la *nullità* non è senz'altro affermata dal legislatore (salvo che con riferimento alle clausole appartenenti alla c.d. «lista nera»), ma è piuttosto il risultato di un accertamento che deve essere compiuto dal giudice in base alle circostanze del caso concreto. Onde si potrebbe dire che non sussiste alcuna *presunzione assoluta di illiceità*.

(41) Presunzione di liceità che è contraddetta, peraltro, dalla asserita *imprescrittibilità* dell'azione (v. *infra*), la quale si accorda piuttosto con l'idea dell'accertamento (sempre possibile) di una inefficacia originaria, mentre stride con l'idea di una azione (costitutiva) che valga ad offrire la possibilità di eliminare *sine die* gli effetti di un contratto.

clausola - che non ritiene di aver subito un danno dall'atto nullo);

d) la *imprescrittibilità* dell'azione, che dovrebbe valere anche per la nullità di protezione, ha un significato completamente diverso rispetto ad 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* (e di un contratto che potrebbe essere stato anche, almeno in parte, *financo già eseguito* dall'altra parte) si risolve infatti - nella sostanza - nell'accordare al contraente legittimato a far valere codesta «nullità» un potere non dissimile dallo *ius poenitendi* (recesso di pentimento), introdotto in numerose (ma, comunque, circoscritte) ipotesi dalla legislazione sul contratto di derivazione comunitaria. Sennonché, in queste ipotesi, lo *ius poenitendi* è accordato - di regola - per un periodo assai breve (e comunque limitato) 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 (42).

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 (43), *convalidando* la clausola o il contratto in questione.

Occorre naturalmente configurare questa (possibilità di) *convalida* - che si presenta (a nostro avviso) come uno dei tratti che connotano la «nullità di protezione» (44), in stretta derivazione da quella legittimazione relativa che della figura costituisce il carattere essenziale (45) - in termini (almeno parzialmente) differenti dal modello offerto dall'art. 1444 c.c. con riferimento al contratto annullabile: 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 (46).

Se è vero quanto sin qui detto, la configurazione della nullità di protezione che si profila è in definitiva non molto diversa da quella che Windscheid dava della «nullità *relativa*», laddove osservava che il *proprium* della figura è di essere una «nullità *indecisa*», in quanto in relazione ad essa «il diritto lascia in sospe-

so se il negozio giuridico meriti o non di venire da esso riconosciuto, e fa dipendere la sua decisione dal verificarsi o non verificarsi di una circostanza futura ed incerta. Questa circostanza può in particolare essere anche - continuava l'illustre Pandettista - *la dichiarazione di volontà di una delle persone che hanno preso parte al negozio giuridico; secondo che questa persona vuole, il negozio è, ed appunto fin dal principio, valido o*

Note:

(42) Si dirà che tutto ciò si giustifica in considerazione del fatto che l'(ordinario) *ius poenitendi* è rimedio che non presuppone una *illiceità* del contratto (come invece accade nelle nullità di protezione). Ma v'è da sottolineare che comunque la *imprescrittibilità* dell'azione di nullità - che si giustifica in relazione ad un contratto *inefficace* (e che, come tale, non crea vincoli per la controparte), qual è normalmente il contratto nullo -, appare eccessiva se riferita all'ipotesi (quale si vorrebbe configurata dai casi di «nullità di protezione») di un contratto bensì nullo, ma tuttavia *efficace* (e, dunque, idoneo a far sorgere diritti ed obblighi). Se così fosse, la sanzione della «nullità di protezione» rischierebbe di attribuire al contraente «protetto» uno strumento per decidere in qualsiasi momento (ed anche ad esecuzione del contratto pressoché integralmente effettuata da controparte) della sorte del contratto; con gravi ripercussioni anche per i terzi, e più in generale per la certezza delle situazioni giuridiche.

(43) In tal senso, la nullità *non può essere fatta valere* da altri, ciò che potrebbe impedire (definitivamente) che possano produrre effetti un contratto ovvero una o più clausole, la cui «caducazione il contraente «protetto» non reputi *nel caso concreto* vantaggiosa.

(44) Per una ampia revisione del dogma della «inconvalidabilità» del negozio nullo cfr., adesso, il contributo monografico di S. Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007.

(45) La prospettiva è tutt'altro che nuova. Già Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, 495-496, osservava che la nullità «relativa» (evidente è l'uso del concetto nell'accezione lata, in cui esso ricorreva nella letteratura meno recente) «è veramente nullità, ma può cessare per virtù dell'evento che sana il vizio», aggiungendo che nullità relativa significa «*efficacia dell'atto soggetta alla condizione* costituita dall'evento, che sana il vizio» (corsivi nostri). A sua volta, Rocco, *La convalidazione dei negozi giuridici e l'art. 137 del codice di commercio*, in *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, Roma, I, 343 ss., ipotizzava una nullità «sanabile» (che qualificava, anch'egli, come nullità «relativa»), con riferimento specifico tuttavia a negozi per la cui validità difettasse in origine la dichiarazione «integrativa» o «autorizzativa» di un terzo, dichiarazione che l'a. ipotizzava potesse intervenire successivamente (mediante un atto specifico, che egli chiama «ratifica-accettazione») in funzione appunto *sannante* del negozio (altrimenti) nullo. Anche Puccini, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967, 171, ricomprende nell'ampia nozione di nullità relativa che egli adotta, i casi in cui esiste una maggiore *recuperabilità* dell'atto nullo.

(46) *Sotto questo profilo*, la *convalida* di cui si parla nel testo può essere accostata alla «conferma od esecuzione volontaria» delle disposizioni testamentarie o delle donazioni nulle (artt. 590 e 799 c.c.): la differenza è che nella conferma od esecuzione volontaria l'*efficacia* dipende da un atto (la conferma o l'esecuzione volontaria) proveniente da soggetti diversi dall'autore della dichiarazione negoziale nulla, e non esclude che la dichiarazione di nullità possa essere pronunciata su istanza di altri soggetti legittimati all'azione; nel caso della *convalida*, invece, provenendo l'atto dall'unico soggetto legittimato a far valere la nullità, la *convalida* determina l'efficacia definitiva del contratto convalidato.

invalido. In quanto in esso la nullità dipende dalla volontà di una determinata persona, si può anche chiamarla una nullità relativa...» (47).

La configurazione della nullità di protezione come ipotesi di inefficacia originaria (*ipso iure*), consente - come già accennato - di dare ragione della rilevabilità d'ufficio. Al contempo, la sanabilità di tale nullità, permette di spiegare come la rilevabilità d'ufficio possa conciliarsi con la legittimazione relativa.

È diffusa invero l'idea che la relatività della legittimazione (a far valere la nullità) debba comportare, se non l'esclusione, quanto meno una limitazione all'operare della rilevabilità d'ufficio del vizio (48).

La prima posizione trova oggi una inequivoca smentita (di diritto positivo) nel *Codice del consumo*, che qualifica esplicitamente come (ipotesi di) «nullità di protezione» quella che consegue alla vessatorietà delle clausole contenute nei contratti dei consumatori, e disciplina tale «nullità» configurandola ad un tempo come «relativa» (quanto alla legittimazione all'azione) (49) e rilevabile d'ufficio dal giudice (art. 36 comma 3 cod. cons.) (50); e analoga previsione detta, nello stesso codice, l'art. 134 comma 1 (ex art. 1519-*octies* c.c.) in materia di nullità prevista con riferimento alla vendita di beni di consumo (51).

Più persuasiva (ma neanche essa (come vedremo (accettabile) è la tesi (più moderata) che, anziché una assoluta incompatibilità, ravvisa nella «relatività» della legittimazione un elemento che implica una *limitazione* alla regola della rilevabilità d'ufficio della nullità, nel senso che pur non potendosi ritenere del tutto escluso, il potere officioso del giudice potrebbe esplicarsi solo a condizione che la pronuncia di nullità del contratto (o della clausola) ridondi a vantaggio del contraente «protetto» (52).

Come già si accennava, tuttavia, neanche questa tesi appare sino in fondo persuasiva. Essa infatti (anche a ritenere (secondo l'impostazione che sembra comunque più corretta) che l'accertamento circa le conseguenze della declaratoria di nullità debba essere fatto *in concreto* (53) (fa ricadere sul giudice l'onere di una valutazione che (c'è da supporre) non sempre si presenterebbe come semplice, e che, per altro verso, rischia di sovrapporsi comunque ad una diversa valutazione che in ipotesi la parte interessa-

voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, 339, e Tommasini, voce *Nullità (dir. priv.)*, *ivi*, XXVIII, 1978, 898.

(48) Specie in passato, era forse prevalente la tesi più radicale (tra le due cui si è or ora accennato), secondo la quale, addirittura, sussisterebbe una sorta di incompatibilità (logica) tra legittimazione «relativa» e «rilevabilità d'ufficio» della nullità (quest'ultima, evidentemente, considerata e concepita come intimamente e inscindibilmente connessa al carattere normalmente «assoluto» della legittimazione a far valere la nullità). Di «incompatibilità logica fra il carattere relativo della nullità (che ha il suo *proprium* nel fatto di essere nella disponibilità esclusiva di determinati soggetti, al cui arbitrio è affidata la valutazione dell'interesse a farla valere) e il rilievo d'ufficio ad opera del giudice (che in ogni caso si sovrapporrebbe a quella valutazione)» si parla in *Cass.*, Sez. Un., 11 novembre 1974, n. 3508, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 815, con nota di Piria. In dottrina, cfr., ad es., Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., 189, ove si afferma che ammettere la rilevabilità d'ufficio della nullità relativa «svuoterebbe di contenuto proprio l'inciso iniziale dell'art. 1421 cod. civ., poiché posto il potere-dovere del giudice di rilevarla, basterebbe alla parte non legittimata allegarne gli elementi costitutivi in giudizio per vanificare proprio la legittimazione ristretta all'azione».

(49) Proprio per superare la (pretesa) contraddizione insita in una nullità (inefficacia) invocabile da un contraente soltanto e al contempo rilevabile d'ufficio, una nota dottrina ha sostenuto che la formula dell'art. art. 1469-*quinquies* comma 3 c.c. (ora art. 36 comma 3 cod. cons.) secondo cui la inefficacia/nullità delle clausole vessatorie «opera soltanto a vantaggio del consumatore», non potrebbe essere letta in termini di riserva di legittimazione a favore del consumatore con correlativa inibizione della legittimazione del professionista, limitandosi la norma semplicemente a disciplinare «il modo di operare della inefficacia, unidirezionale anche in clausole di contenuto sinallagmatico» (così Gentili, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 429-430; *Id.*, *Nullità annullabilità inefficacia nella prospettiva del diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2003, 204 ss.), ma l'argomento non è convincente (e si veda, per una efficace replica, Di Marzio, *Codice del consumo, nullità di protezione, ecc.*, cit., 847, nota 27). Come diciamo nel testo, tuttavia, la (pretesa) contraddizione tra riserva di legittimazione e rilevabilità d'ufficio non sussiste, o, se si vuole, è solo *apparente*, e si scioglie non appena si rifletta sul meccanismo sostanziale su cui si fonda la figura della nullità di protezione.

(50) E cfr. Bonfiglio, *op. cit.*, 877, il quale - prima della emanazione del Codice del consumo (con la ormai nota «modifica» della «inefficacia» delle clausole vessatorie in «nullità») - osservava, con riferimento al testo (ora abrogato) dell'art. 1469-*quinquies* c.c., che «... se questa «inefficacia» fosse da rinominare come vera nullità, si trarrebbe dalla contestuale previsione della rilevabilità d'ufficio un'indicazione significativa [della compatibilità tra carattere «protettivo» della nullità e rilevabilità d'ufficio della stessa], sia per la vastità del suo ambito di applicazione, che per il suo valore in certo senso paradigmatico».

(51) Qui il riferimento al profilo della legittimazione è più esplicito: «La nullità - dispone la norma - può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice».

(52) Cfr., ad es., Bellelli, sub *Art. 1469-quinquies, 1° e 3° comma*, in *AA.VV.*, *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di Alpa-Patti, I, Milano, 1997, 699 ss.

(53) Cfr., in giurisprudenza, Pret. Bologna 4 gennaio 1999, in *Corr. giur.*, 1999, 600 ss., con commento di Gioia, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*. È evidente che, ragionando *in astratto*, la pronuncia della nullità (del contratto o di una clausola) per violazione di una prescrizione posta a protezione di un contraente, dovrebbe considerarsi *sempre vantaggiosa* per tale contraente, onde in tal modo non si individuerebbe alcun (reale) *limite* al potere-dovere del giudice di rilevare *ex officio* la nullità (richiama questa obiezione Bonfiglio, *op. cit.*, 899).

Note:

(47) Windscheid, *Diritto delle Pandette*, I, trad. it., Torino, 1930, 268). Sebbene nel brano citato non si parli espressamente (come invece noi abbiamo fatto) di «sanatoria» del negozio colpito da «nullità *relativa*», è chiaro tuttavia che si allude chiaramente ad un tale fenomeno. Sul fenomeno in generale della «nullità pendente» o «sospesa» (ma, nel nostro caso, si dovrebbe forse parlare di una «*efficacia sospesa*» del negozio nullo) cfr. Scalisi,

ta potrebbe aver compiuto (pur senza esplicitarla) in ordine all'opportunità di far valere la nullità (54).

Corretta, allora, sembra un'ulteriore prospettazione, secondo la quale (in presenza di una «nullità di protezione» (non tanto «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*» (55).

Ma - a ben vedere - il «limite», in tal modo individuato (o «riformulato»), alla rilevabilità d'ufficio, finisce per identificarsi con la regola generale; perché il suddetto potere del giudice verrà meno solo quando (*e in quanto*) risulti (cioè sia allegato agli atti del giudizio e provato) che il soggetto legittimato abbia manifestato (in forma espressa o anche tacita) la volontà di *convalidare* il contratto o la clausola nulli. Ma - a questo punto - la nullità non potrà essere rilevata (dal giudice) *per la semplice ragione che essa non sussiste più!*

Sicché può concludersi nel senso che - sotto il profilo ora in esame - la nullità di protezione non comporta (a ben vedere) alcuna deroga al principio di cui all'ultima parte dell'art. 1421 c.c.: essa è infatti una nullità che, finché sussiste, può essere rilevata d'ufficio dal giudice *senza alcun limite* (come ogni altra nullità); e, quando non può più essere rilevata *ex officio*, non lo è (in realtà) perché il vizio è stato «sanato» e dunque la nullità del contratto è ormai venuta meno.

Note:

(54) Il problema, naturalmente, si pone allorché la nullità del contratto (o della clausola) non sia stata fatta valere (in via di azione o di eccezione) direttamente dal soggetto legittimato. Potrebbe, anzi, accadere che l'azione proposta da questo soggetto o l'eccezione da lui opposta alla pretesa azionata da controparte implicino (o, comunque, non escludano) la volontà di non far valere la nullità del contratto o della clausola (si pensi ad es. al consumatore che non opponga la nullità della clausola contrattuale determinativa del foro competente; oppure si pensi al consumatore che intenda ottenere, ai sensi dell'art. 825 c.p.c., l'esecuzione del lodo, in ipotesi a lui favorevole, pronunciato in virtù di una clausola compromissoria «vessatoria» e perciò nulla), onde un eventuale rilievo *ex officio* di tale nullità finirebbe per porsi in contrasto proprio con l'interesse della parte a cui favore il rimedio è previsto. Si è affermato che il rischio in questione non dovrebbe porsi considerato il tenore del 3° comma dell'art. 183 c.p.c. secondo il quale, nella prima udienza di trattazione, il giudice richiede alle parti i chiarimenti necessari ed indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione (cfr. Monticelli, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in AA.VV., *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di F. Di Marzio, Napoli, 2004, 223 ss., spec. 226 ss.; e, già prima, Id., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 688 ss.). Ma il problema non è solo (o tanto) un problema di rispetto di alcune regole e principi del processo (principio del contraddittorio, principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, ecc.); il problema è, prima di tutto, «sostanziale» (come emerge dalla conclusione cui approda lo stesso autore da ultimo citato, laddove scrive che, una volta applicato correttamente l'art. 183 comma 3 c.p.c., «il giudice ... dovrà astenersi dal pronunciare la nullità nel caso in cui il consumatore dichiari, nei propri scritti difensivi, di avere interesse a che tale clausola rimanga in vita perché nel caso concreto, si badi non in astratto, non gli reca pregiudizio»: Id., *Limiti sostanziali e processuali*, cit., 234).

(55) Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., 899 (l'ultimo corsivo è nostro), la cui opinione è condivisa anche da Di Marzio, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, cit., 847, nota 26.

LIBRI

Collana - Le monografie di Azienditalia Finanza e tributi

La manovra finanziaria per gli enti locali

di Girolamo Ielo e Paolo Leonardi



Il volume analizza le **ripercussioni** della manovra finanziaria 2009-2011 **sulla finanza degli enti locali**. Nasce dall'esigenza di mettere un po' di ordine nell'intera materia e fornire a tutti i soggetti interessati uno **strumento di lavoro coordinato, aggiornato e di facile consultazione**.

Contiene la **manovra riepiologata** e spiegata, in modo schematico, in capitoli organici tutte le disposizioni suddivise per materia omogenea; in appendice, le disposizioni **dal febbraio 2008 a febbraio 2009** che contengono norme in manovra finanziaria, e il **D.M. 26 marzo 2009**.

Il testo si caratterizza per l'organicità, la completezza, la selezione normativa con-

tenuta, precisa e ampiamente annotata e coordinata e l'aggiornamento, in quanto comprende gli ultimi interventi legislativi e di prassi.

Ipsoa, 2009, pagg. 288, € 25,00
Cod. 100986

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://shop.wki.it/ipsoa>