



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LE NULLITÀ DI PROTEZIONE

Dalla tutela del contraente debole all'abuso dello stesso mediante il sistema delle nullità relative.

di **Camilla Della Giustina**

IUS/15 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Lunedì 9 Settembre 2019

Sommario: 1. Introduzione; 2. La categoria delle invalidità all'interno del diritto romano; 3. Nullità codicistica: cause, classificazione, azione; 4. Nullità di protezione; 5. La nullità selettiva nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: protezione o abuso del diritto?; 6. La nullità selettiva nella giurisprudenza della CGUE: le sentenze Óceano, Mostaza Claro e Pannon; 7. Un quadro conclusivo e riassuntivo della nullità.

1. Introduzione

La nullità contrattuale è uno degli istituti “classici” del diritto privato definibile come una species del genus invalidità e contrapposta all'annullamento del contratto sia per quanto concerne la prescrizione, la legittimazione ad agire ed infine le ipotesi che danno luogo a nullità o annullabilità.

Spostando lo studio dal diritto sostanziale al diritto processuale emerge come i pilastri fondamentali del concetto di nullità contrattuale diventano meno chiari e sempre più sfumati. L'apice di questo climax ascendente si raggiunge analizzando l'istituto delle nullità di protezione le quali portano a ripensare il concetto fondamentale di nullità.

Il Leitmotiv di questo contributo può essere riassunto attraverso la seguente domanda: può un istituto nato come idoneo a presidiare le norme imperative di un ordinamento giuridico, trasformatosi in uno strumento di tutela della parte contrattualmente “debole” (nullità di protezione) divenire uno strumento idoneo a provocare una ingiusta lesione del diritto altrui?

La riflessione inizia mediante l'analisi delle invalidità negoziali all'interno dell'elaborazione giuridica romana per approdare al dibattito dottrinale e giurisprudenziale esistente attualmente.

2. La categoria delle invalidità all'interno del diritto romano

Le radici più profonde delle invalidità negoziali si rinvergono all'interno del diritto romano^[1]. Se questa prima affermazione è vera, è vero altresì come nella fase arcaica dell'elaborazione giuridica romana non si rinviene il concetto di invalidità.

Durante il periodo arcaico non si parlava nemmeno di “contratto”: durante detto lasso temporale esisteva solamente lo ius civile di elaborazione e interpretazione pontificale. La nascita di vincoli che potrebbero essere definiti come negoziali, adottando le nostre categorie giuridiche, deriva dal compimento di determinati riti, dalla effettuazione di

determinati gesti e dalla utilizzazione di una forma solenne. La forma risulta essere quasi sempre orale composta da parole e gesti, l'iniziativa viene assunta dalla parte che intende avvantaggiarsi del negozio. La forma assume un ruolo essenziale: la sua corretta adozione implica la produzione degli effetti del negozio senza analizzare l'effettiva volontà dei contraenti, e nemmeno il motivo o la situazione concretamente verificatasi. Le forme negoziali arcaiche sono: gesta per aes et libram, in iure cessio, sponsio^[2].

Sulla scorta di questa impostazione appare evidente che un contratto, un accordo esiste solo ed esclusivamente in quanto è stato adempiuto correttamente il rito richiesto, a contrario, l'accordo non è concluso in quanto il paradigma richiesto per la sua conclusione non è stato seguito in maniera corretta^[3].

All'interno di questa impostazione logica si chiarisce anche il significato originario del termine nullus: indicava l'inesistenza non la patologia, da qui l'espressione nullum contractum est aveva il significato di non esiste, non si rinviene nessun contratto^[4].

Solamente grazie all'elaborazione del ius honorarium questo aspetto formale, rigido del ius civile venne superato^[5]. Il diritto pretorio nasceva dalle clausole contenute nell'editto del pretore attraverso le quali il magistrato cum imperio prometteva degli strumenti processuali non appartenenti al ius civile, strumenti che perseguivano lo scopo di agevolare l'applicazione del ius civile, colmare le sue lacune ed infine correggerlo^[6].

Restando all'interno del ius civile si deve sottolineare come, in età classica, l'elaborazione giuridica romana rinvenisse delle invalidità: esse inficiavano solo alcuni effetti dell'atto viziato. Queste tipologie di invalidità si riferivano ad atti traslativi posti in relazione a diritti intrasferibili: in questa ipotesi non si realizzava una inefficacia assoluta infatti il destinatario non otteneva l'acquisto del diritto però il cedente perdeva comunque il diritto che avrebbe dovuto trasferire. Nonostante l'atto di trasferimento risultasse essere nullo esso produceva comunque un effetto ossia quello abdicativo^[7].

All'interno del diritto pretorio lo strumento concesso dal pretore era quello della denegatio actionis oppure la concessione dell'exceptio doli generalis avente la propria fonte nel divieto di venire contra factum proprium^[8].

Durante l'epoca classica si incominciava ad ammettere un embrione del concetto di invalidità che doveva distinguersi tra invalidità di ius civile e di ius praetorium. La prima determinava la nullità ipso iure del negozio anche se si presentava, a volte, sotto forma di annullabilità; la seconda, assimilabile maggiormente al nostro concetto di annullabilità, concerneva la concessione di rimedi processuali pretori^[9].

Partendo da questi concetti i giuristi medioevali divisero i negozi invalidi all'interno di due categorie. I primi erano quelli qui non habent sua essentialia, erano affetti da nullità ipso iure e in relazione ad essi si parlava di nullitas nell'accezione di inesistenza. I secondi erano definiti come qui habent essentialia ma potevano dar origine all'azione di restitutio in integrum nell'ipotesi in cui avessero prodotto un danno ingiusto ed erano qualificati come negozi annullandi, rescidendi, irritandi. Questi secondi non potevano essere definiti come invalidi in senso stretto ma si ammetteva che l'esercizio vittorioso dell'azione di riparazione della lesione patrimoniale che avevano provocato li privava di efficacia^[10].

3. Nullità codicistica: cause, classificazione, azione.

Considerazione preliminare alla definizione di nullità del contratto concerne il fatto che il contratto protende verso il fine di realizzare le esigenze derivanti dall'autonomia privata apprestando tutela alle parti del contratto stesso a condizione che non venga derogato il principio di certezza. La figura patologica della nullità è un indice circa il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti^[11].

La disposizione disciplinante la nullità, all'interno della sistematica del codice civile è l'art. 1418, rubricato cause di nullità del contratto^[12] il quale recita: il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c., l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.

La sanzione della nullità si traduce nel rendere improduttivi di effetti i negozi colpiti da tale vizio: la sanzione legale per il negozio nullo è l'inefficacia, la quale è sottratta al potere di disposizioni delle parti in quanto non è consentita la sanatoria del contratto nullo. Nonostante questa sia la regola vi sono delle ipotesi in cui la legge prevede che il contratto nullo produca degli effetti indiretti che possono intercorrere tra le parti stesse^[13] oppure prodursi nei confronti di terzi^[14].

Tradizionalmente si distinguono quattro modi per classificare e descrivere il concetto di nullità negoziale. In primo luogo si distingue tra nullità testuale e virtuale: la prima è quella descritta dall'art. 1418 c.c., la seconda non è inflitta da nessuna disposizione di legge e consiste nelle contrarietà ad una norma imperativa, quindi si ricava dal sistema. In secondo luogo si può avere nullità totale o parziale in base al fatto che comprenda ed investa tutto il negozio oppure una o più disposizioni o solo una clausola. In terzo luogo si distingue tra nullità assoluta e relativa: la prima vale nei confronti di tutti e può essere anche rilevata d'ufficio dal giudice o anche da qualunque terzo a condizione che abbia

interesse ad avere una pronuncia su di essa, la seconda può essere fatta valere solo da alcuni soggetti anche se una volta che è stata dichiarata produce efficacia erga omnes. Infine si distingue tra nullità originaria e sopravvenuta: la prima si trova nell'atto dall'origine, la seconda si ha quando l'atto perde un requisito essenziale in un momento successivo alla formazione del medesimo.

Il codice predispone un'apposita azione diretta a far valere la nullità del contratto: la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.).

Sebbene questa sia la regola essa ha dovuto confrontarsi con i principi del diritto processuale e questo rapporto si è risolto con la prevalenza dei primi sulla seconda. In primo luogo si deve indicare come per arrivare a una declaratoria di nullità è necessaria la proposizione della domanda da parte di un soggetto privato: non è previsto che il Pubblico Ministero possa esercitare l'azione al fine di far dichiarare la nullità del contratto. In secondo luogo ci si deve confrontare con i principi dettati in materia probatoria: è necessario che la nullità emerga dagli atti di causa o dalle prove prodotte dalle parti, il giudice non può autonomamente e liberamente ricercare la nullità. In terzo luogo si deve rispettare il principio del giudicato: qualora la sentenza di primo grado abbia escluso l'esistenza della nullità e non vi sia stata una impugnazione tempestiva la nullità non potrà più essere rilevata d'ufficio nel grado di appello o nel ricorso per cassazione.

Il potere di rilevare d'ufficio la nullità rimane ammissibile solo quando la decisione circa la nullità o meno del contratto sia rilevante per risolvere la questione concretamente prospettata al giudice. Oltre a questo è necessario che il giudice provochi il contraddittorio sul punto ed infine, una volta pronunciata la nullità, il giudice non può procedere d'ufficio alla condanna delle pretese restitutorie. Affinchè questo avvenga è necessario che vi sia un'apposita domanda di parte: le parti non possono disporre dell'invalidità del contratto ma possono regolare autonomamente le conseguenze derivanti dallo stesso^[15].

L'attenzione da porre nella questione circa la rilevabilità d'ufficio della nullità riguarda il verbo utilizzato dal legislatore ossia rilevare: non vuol dire pronunciare. Il giudice può non pronunciare una sentenza di accertamento della nullità ma non di meno rilevare la nullità ossia utilizzare la nullità come motivo di rigetto della domanda di parte. La validità o invalidità del rapporto contrattuale costituisce questione pregiudiziale di merito: qualora dovesse risultare assente qualsiasi domanda di parte la valutazione effettuata dal giudicante non potrà essere ritenuta un accertamento avente efficacia di giudicato.

In relazione al tema del rilievo officioso della nullità vi sono due importanti sentenze delle Sezioni Unite, definite sentenze gemelle^[16] le quali hanno fornito una lettura a 360gradi

del quadro normativo.

La considerazione dalla quale muovono queste sentenze concerne il fatto che il giudice, qualora si trovi a dover decidere in merito ad una domanda di adempimento o annullamento o risoluzione del contratto deve sempre porsi il problema della nullità. Precisamente sono tre le attività che il giudice deve compiere:

Rilevare, sempre, la possibile ed eventuale questione di nullità del contratto. Dichiarare la nullità solamente in motivazione e rigettare la domanda se nessuna delle parti a seguito del rilievo officioso del giudice ha svolto domanda di accertamento incidentale circa la nullità o non nullità del medesimo. Dichiarare anche in dispositivo la nullità del contratto qualora vi sia la domanda di parte ex art. 34 c.p.c.^[17] : in questo caso la pronuncia circa la nullità sarà idonea per la formazione del giudicato^[18]. Un altro aspetto affrontato dalle Sezioni Unite con queste due sentenze concerne la possibilità che la sentenza nulla dica in relazione alla potenziale rilevazione della questione di nullità. Posta questa premessa sono due le ipotesi che vengono prese in considerazione. Qualora la sentenza sia di rigetto della domanda avvenuta mediante l'utilizzazione della questione più liquida (palese prescrizione del diritto azionato, ad esempio) non si avrà nessuna preclusione circa la nullità o non nullità. La seconda ipotesi concerne una sentenza di accoglimento della domanda oppure di rigetto ma non segue lo schema della questione più liquida allora si formerà la preclusione in relazione alla non nullità o nullità^[19].

Nonostante si abbia un articolo del codice civile che prevede la possibilità per il giudice di rilevare ex officio la nullità il costante orientamento giurisprudenziale è arrivato ad estrapolare una regola del tutto diversa. Il giudice potrà si rilevare la nullità del contratto ma solo alla condizione che l'attore chieda l'applicazione del contratto stesso diretta ad ottenere lo scopo di far dichiarare la nullità del negozio medesimo. Corollario di questo è che il rilievo officioso è ammissibile solo quando il giudice si trovi dinnanzi a una domanda di esatto adempimento del contratto e non di risoluzione, rescissione, annullamento del medesimo^[20].

L'azione in questione è imprescrittibile, salvi ovviamente gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione. Si tratta di una azione dichiarativa attraverso la quale si persegue lo scopo di privare in modo definitivo il negozio della sua rilevanza giuridica^[21]. Si tratta di una domanda volta ad accertare in modo negativo la sussistenza del rapporto contrattuale. Il giudicato che si dovesse formare nell'ipotesi in cui la domanda dovesse essere rigettata avrebbe lo scopo di accertare la non-inesistenza del rapporto contrattuale oggetto di domanda e di conseguenza precludere la proposizione di domande dirette ad accertare la nullità del medesimo sotto ogni altro profilo^[22].

Qualora sia accolta la domanda volta a far dichiarare la nullità del contratto anche i terzi che hanno acquistato diritti in forza del contratto poi dichiarato nullo cadono, ad eccezione però dei contratti soggetti a trascrizione. In questa ipotesi se la domanda diretta a far dichiarare nullo il contratto viene trascritta dopo che siano decorsi cinque anni dalla trascrizione dell'atto impugnato, qualora la sentenza dovesse dichiarare la nullità del contratto non sarebbe idonea a pregiudicare i diritti acquistati a qualsiasi titolo da terzi in buona fede sulla scorta di un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda^[23].

4. Nullità di protezione

Con questo paragrafo ci si addentra nel problema principale ossia le nullità di relative o di protezione. Si tratta di un concetto di difficile definizione al quale sono state riferite molte sfumature e che ha creato delle incertezze nelle ricostruzioni dottrinarie.

La nullità di protezione può essere definita come una species del genus nullità relativa: si tratta di una nullità caratterizzata dalla coesistenza della legittimazione ristretta in quanto può essere azionata solamente dal soggetto nel cui interesse essa è prevista ed essendo rilevabile d'ufficio dal giudice previa verifica circa l'utilità pratica che potrebbe derivare al soggetto protetto^[24].

Si tratta di un istituto assai antico: le prime tracce si rinvengono nel codice civile del 1865 il quale aveva importato detto istituto dal Code Civil francese. L'istituto della nullità relativa non è sempre stato ammesso dalla dottrina poiché un negozio produttivo di effetti fra le parti e improduttivo di effetti solo rispetto a certi terzi è stato ritenuto intimamente contraddittorio al punto da intaccare e mettere in crisi la nozione di nullità^[25]. Questa corrente dottrina riteneva si rifaceva ad un concetto di nullità contrattuale come esclusiva forma di invalidità causata dalla lesione di interessi generali dell'ordinamento giuridico e che si poteva riscontrare nell'ipotesi in cui vi fosse un difetto strutturale della fattispecie negoziale^[26].

L'istituto della nullità contenuto del Codice civile possiede le sue basi sulla distinzione tra nullità assoluta e relativa. La prima richiede come presupposto d'operatività un vizio estremamente grave, mentre la seconda distingue in base alla natura dell'interesse protetto, dei soggetti nei cui confronti opera, della possibile sanatoria e della legittimazione dei soggetti legittimati ad esperire la relativa azione di nullità. L'attuale dottrina si richiama al concetto di nullità relativa solo al fine di indicare una tipologia di invalidità negoziale caratterizzata da una legittimazione attiva limitata dalla stessa legge^[27].

Se questo è l'atteggiamento iniziale nei confronti delle nullità relative a seguito della normativa definita speciale derivante dal diritto comunitario la dottrina e la giurisprudenza nazionale hanno cambiato atteggiamento. In particolare sono arrivate a considerare che oggi debba parlarsi di diverse categorie di 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^[28].

Con le nullità di protezione si è passati da una concezione di monolitica della nullità ad una differenziata, con detto cambiamento risulta essere modificata anche la distinzione tra nullità e annullabilità^[29].

La nullità di protezione, art. 16 Codice del consumo^[30], può essere definita come il rimedio atto a presidiare il contenuto minimo e inderogabile del contratto del consumatore e diretto a sopprimere le clausole abusive in modo da far divenire immediatamente inefficace quella parte del regolamento contrattuale o quella determinata clausola che risulti essere *contra legem* il tutto allo scopo di apprestare una tutela al contraente debole^[31].

Lo stesso codice prevede una deroga rispetto alla legittimazione d'agire assoluta per l'azione di nullità richiamandosi ad eventuali disposizioni di legge e, in questo quadro appena descritto, sembrerebbe che le nullità definite come relative potrebbero essere rilevate solo da pochi soggetti "protetti". Negli ultimi anni si è diffuso il concetto secondo il quale le nullità di protezione sono tutte a legittimazione relativa e costituirebbero un *tertium genus* rispetto alle categorie della nullità e annullabilità^[32].

Questa nuova categoria di nullità solo apparentemente sembra superare la tradizionale distinzione esistente tra il concetto di annullabilità e nullità in quanto risulta essere testimone del sgretolarsi del concetto della nullità contrattuale. Con l'introduzione dell'istituto delle nullità di protezione si assiste al prospettarsi di una eterogenea species del genus nullità: all'interno del concetto nullità rientrano sia le nullità assolute sia le nullità a legittimazione ristretta aventi lo scopo di tutelare determinati soggetti in ragione del loro status e solo questi soggetti possono rilevarle temperando in questo modo la regola generale della rilevabilità officiosa.

Seconda conseguenza concerne la funzione dello strumento "nullità contrattuale": essa deve avere una struttura tale da permetterle di adeguarsi al contesto nel quale deve operare. Nel caso specifico il fine perseguito dalla nullità di protezione è quello di garantire, in determinate situazioni caratterizzate dall'esistenza di debolezza di una delle parti contrattuali, che l'autonomia privata non produca condizioni contrattuali squilibrate

ma dia una regolamentazione efficiente degli interessi emergenti dalla situazione concreta che il contratto è chiamato a disciplinare^[33].

Il problema del rilievo officioso della nullità si ripresenta in maniera assai amplificata anche nell'ambito della nullità di protezione. Quando si affronta la tematica delle nullità di protezione ci si confronta con degli interessi che possono essere definiti come meta-individuali che non si esauriscono nella tutela apprestata al contraente debole ma si estendono all'interesse generale e al corretto funzionamento del mercato. La conseguenza di questa affermazione è che sia solo ed unicamente il contraente debole l'unico soggetto legittimato a decidere se e quando azionare il rimedio rappresentato dallo strumento della nullità. Il giudice, quindi, di fronte ad una nullità di protezione non può rilevarla ex officio qualora il soggetto legittimato abbia dichiarato, in modo tacito o espresso, di convalidare il contratto o la clausola affetti da nullità e tutto questo risulti dagli atti del giudizio^[34]. A contrario si può dire che sia onere del giudice quello di stimolare il contraddittorio in relazione alle questioni rilevabili d'ufficio e che possa dichiarare la nullità se il contraente debole abbia sollevato l'eccezione e se questi non subisca un pregiudizio dalla declaratoria di nullità^[35].

5. La nullità selettiva nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: protezione o abuso del diritto?

La questione in esame alle Sezioni Unite trae origine dall'ordinanza di remissione n. 23927/2018^[36] con la quale la prima sezione ha rimesso alle prime la decisione in quanto il problema della nullità selettiva si intreccia con aspetti specifici della contrattazione finanziaria e con temi generali del diritto delle obbligazioni.

L'aspetto maggiormente problematico concerne il rapporto esistente tra nullità di protezione ed exceptio doli generalis. Questa dinamica deriva dalla costruzione dogmatica delle nullità di protezione: esse, infatti, sono poste solo a vantaggio della parte debole. Dall'altra parte il rimedio dell'exceptio doli generalis essendo espressione del dovere di solidarietà e del divieto dell'abuso del diritto^[37] prevede che ciascun contraente debba esercitare i propri diritti in modo da incidere il meno possibile nella sfera giuridica dell'altra parte. Quello che viene sanzionato è la condotta abusiva e/o fraudolenta dell'attore che si concretizza quando egli aziona un diritto in giudizio al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o all'unico scopo di creare un pregiudizio ad altri.

Per una parte della dottrina in un'ipotesi simile si rendere sicuramente ammissibile il rimedio dell'exceptio doli generalis: situazione nella quale il cliente agisca con un'azione di protezione perseguendo come unico scopo quello di produrre un pregiudizio a colui che

ha predisposto dette clausole^[38]. Nonostante l'orientamento appena descritto la proponibilità dell'eccezione di dolo generale incontra due ostacoli. Il primo concerne il fatto che il rimedio in questione non è contenuto in nessuna disposizione legislativa. Il secondo riguarda la considerazione che lo strumento possa essere definito come un corollario processuale del principio della buona fede oggettiva^[39]: il rispetto di essa deve essere valutato concretamente in relazione alle circostanze in cui il contratto è stato concluso e al comportamento tenuto successivamente dalle parti^[40]. Da ciò discende che qualora dovesse essere accertata l'assenza della buona fede a carico dell'attore si dovrebbe accordare al convenuto l'eccezione di dolo generale^[41].

Questo orientamento non è condiviso dalla Suprema Corte la quale ha affermato che "all'investitore che chiede che sia dichiarata la nullità di solo alcune clausole, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente"^[42].

L'aspetto più interessante riguarda la forte tutela che viene apprestata ai contraenti "deboli". Volgendo lo sguardo in Europa si nota come la dottrina francese abbia definito i consumatori come parte contrattualmente "iperprotetta"^[43].

6. La nullità selettiva nella giurisprudenza della CGUE: le sentenze Óceano, Mostaza Claro e Pannon

Doveroso risulta fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: essa ha provveduto a creare un quadro di riferimento, negli ultimi anni, in relazione alla vexata quaestio di cui si discute.

Esaminando una delle tre sentenze prese in esame si nota come la Corte indichi chiaramente quale sia la funzione della nullità di protezione. Nella sentenza Óceano^[44] la Corte prima ricorda che il consumatore si trova in una posizione di inferiorità rispetto al professionista a causa sia del maggior potere del secondo nella fase delle trattative nonché per le maggiori informazioni che il professionista possiede rispetto al consumatore. In conclusione, afferma che una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio la clausola. Secondo la Corte il mezzo idoneo al raggiungimento di tale obiettivo è rappresentato dal fatto di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva. Tutto questo comporta che il giudice nazionale possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola abusiva del contratto di cui è causa.

Sempre sugli stessi presupposti della sentenza Óceano la sentenza Mostaza Claro^[45] va oltre all'enunciazione contenuta nella prima sentenza. Con la seconda la Corte in primo luogo sostiene che le clausole abusive contenute nel contratto concluso tra consumatore e professionista non vincolano il consumatore. In secondo luogo la Corte qualifica come imperativa la disposizione dettata a tutela dei consumatori in quanto 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 fra le parti stesse. Infine detta un'enunciazione di principio: vista l'importanza dell'obiettivo perseguito, il quale si innesta a tutela dell'ordine pubblico, il giudice nazionale è tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale^[46].

Con la sentenza Pannon^[47] la Corte di Giustizia arriva ad affermare che qualora sia promosso un giudizio contenente una clausola abusiva il giudice nazionale deve esaminare la natura di detta clausola dal primo momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto utili a ciò. Qualora il giudice dovesse ritenere abusiva la clausola contrattuale ha l'obbligo di disapplicarla eccezione fatta per l'ipotesi in cui il consumatore non si opponga. Successivamente la Corte indica il giudice quale soggetto legittimato ad effettuare la valutazione circa l'abusività o meno^[48] della clausola contrattuale^[49].

7. Un quadro conclusivo e riassuntivo della nullità

Dopo aver delineato l'istituto della nullità contrattuale come species di invalidità e la sua storia partendo dal diritto romano, sembra opportuno a chi scrive fornire un quadro riassuntivo delle nullità di protezione.

Una prima tipologia di nullità di protezione è suscettibile di essere rilevata dal giudice ex officio nonché eccepita dalla parte: si tratta di una nullità che risulta essere a vantaggio di una parte. Esempi sono le clausole vessatorie del Codice del consumo, le nullità previste dal T.U.B. in relazione alla trasparenza delle condizioni contrattuali e ai rapporti con i clienti.

Una seconda tipologia prevede solamente la legittimazione ad agire di una parte con formule del tipo può essere fatta valere solo dal consumatore o dal cliente, o dall'acquirente. In questa categoria rientra la nullità del contratto a distanza che abbia ad oggetto servizi finanziari, quando il fornitore ostacola il diritto di recesso o non rimborsa le spese o viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto, la nullità per la tutela degli acquirenti di immobili da costruire.

Vi sono, in terzo luogo, delle disposizioni dalle quali non emerge *expressis verbis* se

legittimata risulti essere solo una parte. Si fa riferimento alla nullità della clausola su termini di pagamento, saggio di interessi moratori, risarcimento, nelle transazioni commerciali, è dichiarata anche d'ufficio dal giudice^[50], mentre il comma successivo (n. 5), a proposito di clausole di predeterminazione o modifica della data di ricevimento della fattura, nelle transazioni commerciali in cui il debitore è la pubblica amministrazione, seccamente dispone la nullità è dichiarata d'ufficio dal giudice.

Infine vi sono delle ipotesi nelle quali il legislatore nazionale non precisa se vi sia la possibilità per il giudice di rilevarle ex officio, se sia legittimata una parte sola, ecc. A titolo esemplificativo si fa riferimento al contratto di subfornitura quando si tratti di un patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica e nell'ipotesi di nullità per difetto di forma vincolata del contratto di subfornitura del contratto di multiproprietà^[51].

Note e riferimenti bibliografici

^[1] Lo scopo del presente paragrafo non è quello di procedere ad una completa trattazione relativa agli istituti giuridici del contratto e della patologia di esso all'interno del diritto romano bensì evidenziare il terreno giuridico dal quale sono nati i concetti moderni.

^[2] Burdese A., Manuale di diritto privato romano, Utet, 1993, pag. 185-189.

^[3] Pagni I., Le azioni di impugnativa negoziali, Giuffrè, 1998, pag. 41.

^[4] Talamanca M., Istituzioni di diritto romano, Giappichelli, 1990, pag. 225 e ss.

^[5] Il ius civile risulta comprendere il ius legitimum, il ius gentium e si contrappone durante tutto il corso dell'età classica al ius honorarium. Con l'espressione ius civile si fa riferimento al diritto che trova in origine la sua fonte esclusiva nella interpretazione di un costume tradizionale ad opera della giurisprudenza, destinatari del di esso sono solamente i cittadini romani. Il ius honorarium è un complesso normativo di elaborazione dei magistrati. Parte del ius honorarium è il ius praetorium creato dai pretori. Questi magistrati in sede di amministrazione della giustizia creano un nuovo diritto senza intaccare la disciplina del ius civile. Burdese A., Manuale di diritto privato romano, Utet, 1993, pag.17-27.

^[6] Marrone M., Istituzioni di diritto romano, Palumbo, 2006, pag. 27-29.

[7] Il riferimento alla in iure cessio usufructus effettuata nei confronti di persona diversa dal dominus (alii). Per Gaio sarebbe stata del tutto nulla e priva di ogni effetto: di conseguenza l'usufruttuario cedente avrebbe ritenuto il suo diritto. Per Pomponio, al contrario, sarebbe stata efficace nel senso che avrebbe prodotto un effetto corrispondente a quello dalla in iure cessio a favore del nudo proprietario ossia la perdita del diritto di usufrutto in capo a quello che era il nudo proprietario e la conseguente consolidazione dell'usufrutto. Barcellona M., Sul danno non patrimoniale. Analisi di un itinerario giurisprudenziale, in Studi per Giovanni Nicosia, vol. I, Giuffrè, 2007, pag. 335-336.

[8] L'eccezione di dolo generale può essere definita, in prima battuta, come un rimedio offerto dal pretore all'interno del giudizio per formulas ritenuta come necessaria correttiva della rigida applicazione del ius civile. Si tratta di un rimedio idoneo a temperare il tradizionale rigore dello stesso ius civile qualora le valutazioni del pretore fondate sulla naturalis aequitas non avessero giustificato l'accoglimento della pretesa attorea. L'eccezione di dolo generale possedeva rilievo sia dal punto di vista sostanziale che processuale. Dal punto di vista del diritto sostanziale detta eccezione costituiva un mezzo di autotutela fornito dall'ordinamento giuridico romano consistente nella facoltà di un soggetto di non tenere la condotta richiesta da un altro soggetto, formalmente titolare di un diritto, in quanto il tenere la condotta richiesta sarebbe stato contrario con il dovere di comportarsi secondo i canoni della correttezza. Dal punto di vista processuale l'exceptio doli generalis aveva lo scopo di impedire che la condotta dell'attore, qualificata come illecita dal punto di vista del diritto pretorio, potesse arrecare un danno al convenuto che si sarebbe verificato qualora il pretore avesse accolto la richiesta attorea. Garofalo L., Sull'eccezione di dolo generale, in Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica, a cura di Garofalo L., Andavira, 2015, pag. 257-259 e 271.

[9] Burdese A., Manuale di diritto privato romano, Utet, 1993, pag. 213.

[10] Landini S., Formalità e procedimento contrattuale, Giuffrè, 2008, pag. 165.

[11] Il richiamo è all'art. 1322 c.c. secondo il quale l'autonomia riguarda la potestà riconosciuta alle parti circa il conferimento di un assetto ai propri rapporti ed interessi. Questa autonomia è libera a condizione che vengano rispettati i limiti imposti dalla legge. L'autonomia privata, infatti, trova garanzia, anche se indirettamente nell'art. 41 comma 1 Cost. il quale afferma il principio della libertà dell'iniziativa economica privata e nell'art. 42 comma 2 Cost. che garantire il diritto di proprietà affermandone contemporaneamente la funzione sociale. Dal combinato disposto di queste due disposizioni costituzionali emerge come qualsivoglia prescrizione legislativa possa limitare l'autonomia dei privati solo a condizione che persegua fini sociali e che risulti rispettosa dei principi costituzionali. L'art. 1322 comma 2 c.c. consente che i privati concludano contratti atipici

a condizione che essi perseguano interessi meritevoli di tutela. Diener M.C., *Il contratto in generale, manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Giuffrè, 2019, pag. 12-13.

[12] Si ricordi altresì come l'art. 1441 comma 1 c.c. preveda che il contratto simulato non produce effetto tra le parti: la dottrina maggioritaria interpreta questo "non produce effetto" come si trattasse di nullità per mancanza di volontà. Il contratto simulato, infatti, è un contratto non voluto dalle parti. Diener M.C., *Il contratto in generale, manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Giuffrè, 2019, pag. 757.

[13] Art 1338 c.c.: la parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa nella validità del contratto.

[14] Art 1415 comma 2 c.c.: i terzi possono far valere la simulazione del contratto quando questa pregiudica i loro diritti.

Art 2652 n. 5 c.c.: le domande di revoca degli atti soggetti a trascrizione, che siano stati compiuti in pregiudizio dei creditori. La sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda.

[15] Il riferimento è all'art. 2033 c.c.: chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento se chi lo ha ricevuto era in mala fede oppure se questi era in buona fede dal giorno della domanda.

[16] 26242/2014 e 26243/2014.

[17] Il giudice se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia del giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore rimette tutta la causa a quest'ultimo assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui.

[18] Qualora la dichiarazione risulti essere in motivazione non si formerà alcun giudicato sulla questione di nullità del contratto dato che risulta assente la domanda di una parte. Se la dichiarazione risulta contenuta nel dispositivo la nullità sarà oggetto idoneo alla formazione del giudicato.

[19] Consolo C., Spiegazioni di diritto processuale civile, Volume I: Le tutele (di merito, sommarie, ed esecutive e il rapporto giuridico processuale), Giappichelli, 2015, pag. 158-161.

[20] Corsini F., Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice, in Rivista di diritto civile, II, 2004, pag. 675. Sacco R., De Nova G., Il contratto, in Trattato di diritto civile, a cura di Sacco R., 2004, pag. 150. Pagliantini S., La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "eppur si muove"? in Contratti, 2012, pag. 874 e ss.

[21] Eccezione a questa regola è la possibilità di conversione la quale si ispira al principio di conservazione dei negozi. La conversione prevede il mutare il negozio nullo in un altro, diverso. Affinchè si possa procedere alla conversione è richiesto che il negozio nullo ammetta la possibilità di far rientrare all'interno del suo ambito il negozio nuovo, che la forma utilizzata per il negozio nullo possa applicarsi a quello nuovo ed infine che si abbiano le stesse parti in entrambi i negozi. Diener M.C., Il contratto in generale, manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi, Giuffrè, 2019, pag. 765-766.

[22] Con le sentenze gemelle del 2014 le Sezioni Unite hanno qualificato la domanda diretta a far dichiarare la nullità del rapporto contrattuale come autoderminata superando il vecchio orientamento delle sentenze n. 16621/2008 e 89/2007 della Suprema Corte che qualificavano tale domanda come eterodeterminata.

Per domanda autodeterminata si intende la domanda giudiziale quelle domande che si riescono ad individuare a prescindere dal titolo e dal fatto acquisitivo. Le domande eterodeterminate, al contrario, richiedono l'indicazione di uno specifico titolo acquisitivo.

Consolo C., Spiegazioni di diritto processuale civile, Volume I: Le tutele (di merito, sommarie, ed esecutive e il rapporto giuridico processuale), Giappichelli, 2015, pag. 138-142

[23] Diener M.C., Il contratto in generale, manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi, Giuffrè, 2019, pag. 751-766.

[24] Freda A., Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa, in Ricerche giuridiche, Edizioni Ca' Foscari, {https/URL}

[25] Santoro Passarelli F., Dottrine generali del diritto civile, Jovene, 1997, pag. 247.

[26] De Giovanni B., *La nullità nella logica del diritto*, Edizioni Scientifiche italiane, 1964, pag. 90-100-

[27] Puccini L., *Studi sulla nullità relativa*, 1967, pag. 50-60-

[28] Petrelli G., *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente (Dlgs 20 Giugno 2005, n. 122)*, pag. 237.

[29] D'Amico G., *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità) in Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini S., Giappichelli, 2009, pag. 2.

[30] 1. Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.

2. 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.

3. La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

4. 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.

5. 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.

[31] D'Amico G., Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità, in *Contratti*, 2008, pag. 732-744.

[32] Polidori S., Nullità di protezione e interesse pubblico, in *Rassegna di diritto civile*, 2009, pag. 1029-1049.

[33] Girolami M., Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa, Cedam, 2008, pag. 1-20, 322-350.

[34] Nardi S., Nullità del contratto e potere-dovere del giudice, in *Rivista di diritto civile*, 2012, pag. 169-189.

[35] Si noti come quanto descritto non possa essere considerata un'eccezione alla regola generale in quanto, come trattato nel precedente paragrafo, l'art. 1421 c.c. deve essere letto alla luce dell'art. 115 c.p.c., 99 c.p.c. e 112 c.p.c.

[36] Il ricorso per Cassazione viene proposto dal cliente di una banca lamentando l'accoglimento della domanda riconvenzionale dell'istituto di credito volta a ottenere la restituzione ex art. 2033 c.c. di tutti i titoli compravenduti, la compensazione tra il credito del cliente e la restituzione delle somme indebitamente pagate. Secondo il ricorrente la Corte d'Appello avrebbe erroneamente accolto detta domanda dell'istituto di credito interpretando non correttamente le conseguenze derivanti dalla declaratoria di nullità del contratto quadro ossia le azioni di restituzioni sopra menzionate.

[37] Secondo costante giurisprudenza della Cassazione esso è configurabile tutte le volte in cui il titolo di un diritto soggettivo eserciti detto diritto contrastando con il dovere di buona fede e correttezza causando in questo modo un ingiustificato e sproporzionato sacrificio della controparte e il tutto preordinato allo scopo di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali gli sono stati attribuiti i poteri e le facoltà (n. 20106/2009, n. 10568/2013, 15885/2018).

L'abuso del diritto si concretizza nell'uso improprio di un diritto da parte del suo titolare: il modo attraverso il quale viene esercitato quel diritto è conforme allo schema della disposizione ma allo stesso tempo risulta essere in contrasto con la funzione o con lo scopo per il quale è stato riconosciuto quel diritto a quel soggetto dall'ordinamento. Scognamiglio C., L'abuso del diritto, in *Contratti*, 2012, pag. 5-14

[38] Giacalone G., Perrino A.M., Questioni di diritto civile all'esame delle Sezioni Unite. Il contratto di intermediazione finanziaria privo di forma scritta: nullità selettiva o abuso del diritto? 2019, pag. 1-12.

[39] La buona fede in senso oggettivo rappresenta quella regola di condotta, prevista dalla legge (art. 1175 c.c.) la cui natura giuridica comporta che la sua violazione è fonte di responsabilità da inadempimento ex art. 1218 cc. In questo senso, la buona fede è sinonimo di correttezza nel comportamento che devono tenere le parti, dando luogo alla "regola di governo della discrezionalità contrattuale".

[40] Tonini F., Intermediazione finanziaria – "L'invalidità selettiva del contratto rimessa alle Sezioni Unite, in Nuova Giurisprudenza Civile (nota a sentenza), n./2019, pag. 46 e ss.

[41] Nel caso di specie attore è l'investitore e convenuto l'intermediario.

[42] Cassazione, sez. I, n. 10116/2018. Si ricorda come sia presente un altro orientamento (Cassazione, sez. I, n. 6664/2018) che ammette la nullità selettiva a favore dell'intermediario consentendo quindi l'opponibilità dell'eccezione di compensazione in relazione al credito restitutorio dell'intera operazione negoziale.

[43] Mazeaud D., Les vices de la protection du consentement du consommateur, 2002, pag. 71.

[44] Sentenza 27 Giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98. Si tratta di una domanda riguardante le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

[45] Sentenza 26 Ottobre 2006, causa C-168/05. Si tratta di una pronuncia pregiudiziale riguardante la possibilità di eccepire il carattere abusivo di una clausola all'interno della procedura di impugnazione di un lodo arbitrale.

[46] Si noti la differenza rispetto alla costante giurisprudenza delle "nostre" Sezioni Unite.

[47] Sentenza 22 Maggio 2008, C-234/08. Si tratta di una causa pendente tra l'impresa Pannon e la sig.ra Gyorfí in relazione all'esecuzione di un contratto di abbonamento telefonico stipulato tra le parti indicate.

[48] Per la corte la clausola è abusiva la clausola contenuta in un contratto concluso tra

consumatore e 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.

[49] Alessi R., Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jökörös e Asbeek Brusse, in Jus Civile, {[https/URL](https://URL)}

[50] Art. 7 comma 2 Dlgs. 231/2002.

[51] Alessi R., Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in Giornata di studi in onore di Giancarlo Filanti, 27/11/20014, pag. 1-32.
