

Armando Plaia

Le patologie del contratto



Giappichelli

INTRODUZIONE

Questo volume raccoglie, con l'aggiunta delle note bibliografiche, gli appunti delle lezioni di *Diritto civile* che da alcuni anni svolgo nel corso di laurea in Giurisprudenza dell'Università di Palermo. Il corso è stato ed è ancora dedicato al tema delle tutele contrattuali, con un'attenzione particolare agli aspetti maggiormente problematici della risoluzione e della nullità del contratto. Privilegiando il medesimo approccio, il volume mantiene una esposizione cui è estranea ogni pretesa di sistematica completezza.

CAPITOLO I

LA NULLITÀ

Sommario: 1. Nullità e invalidità, ieri e oggi. – 2. Contrarietà a norma imperativa e nullità “virtuale”. – 3. Contratto “illegale” per contrarietà a norma imperativa e contratto illecito. – 4. La legittimazione ad agire. – 5. Il rilievo officioso. – 6. La nullità parziale. – 7. Il recupero del contratto nullo. – 8. La conversione del contratto. – 9. Le nullità di protezione.

1. *Nullità e invalidità, ieri e oggi*

La nullità (art. 1418, n. 1, c.c. e seguenti)¹ è tradizionalmente e dogmaticamente inquadrata tra le ipotesi di “invalidi-

¹ S. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020; G. D'AMICO, voce *Nullità non testuale*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, 798 ss.; ID., *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, 977 ss.; AA.VV., *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011; V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto, artt. 1418-1423*, Milano, 2015; AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. BELLAVISTA-A. PLAIA, Milano, 2011; AA.VV., *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, a cura di G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, Torino, 2013; M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; ID., *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 753; F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli,

2011; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. contr. Roppo*, IV, *Rimedi*, t. I, a cura di A. GENTILI, Milano, 2006, 3 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004; ID., *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 489 ss.; ID., voce *Inefficacia*, a) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 325 ss.; U. BRECCIA, *Il contratto illecito*, in *Tratt. dir. priv. Bessone, Il contratto in generale*, XIII, t. III, Torino, 1999; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 719 ss.; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 201; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 459 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. dir. priv. Bessone, Il contratto in generale*, XIII, t. VII, Torino, 2002, 129; G.B. FERRI, *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, in *Tratt. dir. priv. Bessone, Il contratto in generale*, XIII, t. VIII, Torino, 2002, 27; ID., *Appunti sull'invalidità negoziale (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, 393; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. contr. Rescigno*, II, *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 1999; ID., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 201 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2002; ID., *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016; C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Milano, 2002; ID., *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 503 ss.; A. BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI-P. RESCIGNO, III, *Obbligazioni*, t. II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 963; G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali di "protezione" nel diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità*, cit., 179; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005; G. GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005; R. TOMMASINI, voce *Invalidità*, b) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972; ID., voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978; G. FILANTI, voce *Nullità*. I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*², Padova, 2008; P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli, 2002; ID., *Le nullità contrattuali*, in *Diritto civile*, diret-

tà”, insieme all’annullabilità, alla simulazione, nonché, secondo una parte della civilistica, alla rescindibilità e a talune altre ipotesi di “inefficacia”. In tal modo, in quanto specie del genere “invalidità”, la nullità è contrapposta ad altre forme di impugnazione del contratto non correlate alla invalidi-

to da N. LIPARI-P. RESCIGNO, III, *Obbligazioni*, t. II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 895; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 436 ss.; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Napoli, 1995; ID., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d’ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 689; ID., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, 295 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; ID., *Il contratto illecito*, in *Tratt. contr. Roppo*, II, *Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006, 447; D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti reventio. L’art. 2035 tra vecchie nuove “immoralità”*, Napoli, 1995; S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943; F. FERRARA SEN., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*², Milano, 1914; U. MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 341; R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 307 ss.; ID., *Le invalidità*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 2, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2004; G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 611 ss.; G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; M. NUZZO, voce *Negozio giuridico. IV) Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959; A. D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; C.M. MAZZONI, voce *Invalidità. I) Diritto privato*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1989; M. TAMPONI, *Contributo all’esegesi dell’art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 105 ss.; C. CONSOLO, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 7 ss.; ID., *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 941 ss.; R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2019.

tà del contratto, e segnatamente alla risolubilità: la risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta della prestazione o per eccessiva onerosità sopravvenuta presuppone infatti la validità del contratto.

La nullità è dunque, in prima battuta, un'ipotesi di "impugnazione" del vincolo contrattuale invalido che convive, nel nostro sistema giuridico positivo, con altre forme di impugnazione del contratto invece valido. Questa sistemazione concettuale muove dall'idea, largamente condivisa in dottrina, che la patologia dell'atto di autonomia privata possa riguardare un aspetto "estrinseco" o, invece, e per lo più originariamente, un aspetto strutturale o comunque "intrinseco", e perciò stesso invalidante, dell'atto, e che a quest'ultima ipotesi debba ricondursi la categoria della nullità. La nullità consegnataci dalla tradizione è allora una forma di contestazione del vincolo contrattuale giustificata da un deficit strutturale, dall'assenza cioè di un requisito essenziale del contratto (accordo, forma, oggetto, causa), o comunque da una vicenda non esterna all'atto di autonomia (contrasto del contratto o di un suo requisito essenziale con una norma imperativa, con l'ordine pubblico o con il buon costume).

Questo abbozzo di definizione, del tutto sommario e incompiuto, è però utile a comprendere quanto la categoria risulti ormai fortemente innovata, potendo, non di rado, le nuove e più recenti nullità² essere giustificate e imposte da ragioni del tutto estrinseche all'atto di autonomia privata, cioè provenienti dall'esterno, dai "dintorni" del contratto³, dal "contesto" in cui lo scambio è inserito (es. negoziazione fuori dai locali commerciali) o, specularmente, riguardanti l'impatto

²Non più comminate, come accadeva per le nullità codicistiche, per sancire in via eccezionale l'irricevibilità dell'atto di autonomia privata, ma per ripristinare la razionalità compromessa dello scambio: cfr. la lucidissima analisi di A. GENTILI, *Invaldità e regole dello scambio*, in *Le forme della nullità*, cit., 217.

³DI MAJO, *La nullità*, cit., 128.

del contratto sulla realtà esterna (es. effetto restrittivo della concorrenza)⁴. Un “contesto” al quale, in anni recenti, il legislatore ha ritenuto di dovere dare rilevanza invalidante, o perché in grado di inquinare la “razionalità” delle scelte dei contraenti, compromettendo l’attitudine delle stesse a realizzare la massima soddisfazione dei bisogni delle parti del contratto; oppure perché capace di svelare distorsioni nel processo di creazione del mercato concorrenziale, al quale l’esercizio (razionale) dell’autonomia privata è ormai chiamato a partecipare⁵. Nuovi obiettivi di politica del diritto esigono così la protezione di una parte del contratto (c.d. contraente debole), a soddisfazione “immediata” del suo interesse particolare, seppur strumentale alla tutela “mediata” di un interesse più generale, quello del mercato⁶.

L’introduzione di nuove discipline di settore e gli obiettivi di regolazione del mercato ad esse sottesi propongono nuovi ed inediti paradigmi contrattuali⁷ e, di rimando, nuove pato-

⁴ ROPPO, *Il contratto*, cit., 752; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 77, nt. 8.

⁵ Come è stato scritto, la norma imperativa che sancisce le nuove nullità non si limita soltanto a mimare o a correggere l’autonomia privata, istituendo momenti di irricevibilità dell’atto; piuttosto si pone in funzione costruttiva del mercato, prescrive comportamenti e persino contenuti contrattuali: L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, 36, 44.

⁶ Cfr. A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 69.

⁷ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*⁴, Torino, 2020, *passim*; F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 919; ID., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 189; U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 176; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 225; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011; ID., *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 491; ID., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 719; G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*,

logie⁸, e così «un modello di invalidità in versione di nullità del tutto antitetico a quello codicistico»⁹. La nullità come impugnazione di un contratto invalido per ragioni (ormai) anche “esterne”, di “contesto”, non ha più una collocazione certa e riconoscibile all’interno della categoria dogmatica dell’invalidità.

Non è peraltro agevole ipotizzare una categoria unitaria che racchiuda queste nuove “nullità di protezione” e, probabilmente, ogni tentativo di *reductio ad unitatem* è una «ingiustificata forzatura»¹⁰. Ciò non rende superfluo un censimento delle nuove invalidità, come quelle contenute in provvedimenti di matrice comunitaria – a loro volta, imposte dal legislatore europeo o invece autonomamente adottate in occasione del recepimento di una direttiva (come ad es. *ex art. 67 septiesdecies*, co. 4, cod. cons.) – e quelle rinvenibili in provvedimenti spontaneamente adottati dal nostro legislatore (come ad es. le nullità previste dall’art. 117 t.u.b., dagli artt. 23 e 30 t.u.f., dall’art. 9 l. n. 192/1998 sulla subfornitura, dall’art. 13 l. n. 431/1998 sulla locazione, e dall’art. 2 d.lgs. n. 122/2005 sugli edifici in costruzione). La ricostruzione delle *rationes* sottese a tali nuove ipotesi di irricevibilità dell’atto di autonomia privata e alle modalità di obliterazione dello stesso, pur in un panorama cangiante e mutevole, è comunque di ausilio all’interprete anche per la soluzione dei casi non disciplinati dal legislatore, e cioè per l’individuazione di nuove ipotesi non testuali (ma virtuali) di nullità (nullità virtuale di protezione) oppure, e soprattutto, per la scelta della

2000, 635; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 18.

⁸ Cfr. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 489.

⁹ SCALISI, *op. cit.*, 503.

¹⁰ Così, G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali di “protezione” nel diritto comunitario dei contratti*, cit., 211.

disciplina applicabile alla fattispecie (di nullità testuale) in assenza di una scelta esplicita del legislatore che ha comminato la nullità (nullità di protezione virtuale).

2. *Contrarietà a norma imperativa e nullità "virtuale"*

Al contrario di ciò che la dottrina tradizionale è solita affermare, il problema della nullità "virtuale" – secondo la felice formula coniata da Giorgio De Nova – per contrarietà a norma imperativa, e cioè della nullità non comminata testualmente dal legislatore, non può essere risolto avendo riguardo alla natura pubblica o generale dell'interesse protetto dalla norma violata. Non può essere questo il senso da attribuire alla disposizione contenuta all'art. 1418, co. 1, c.c., secondo cui «il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative salvo che la legge disponga diversamente». Quest'ultimo inciso pone all'interprete la duplice questione dell'individuazione di una norma che possa dirsi "imperativa" e, in seconda battuta, della selezione dei casi in cui la violazione della norma imperativa implichi la nullità dell'atto di autonomia privata. Sostenere però che la norma è imperativa (e non invece dispositiva o suppletiva) se è posta per la protezione di un interesse generale è di scarsa utilità. E ancor meno conducente è affermare, una volta qualificata la norma come imperativa, che il criterio dell'interesse generale possa valere a risolvere il problema interpretativo della comminatoria implicita di una nullità, anche perché «ben di rado è possibile tracciare un netto confine tra interessi generali e particolari»¹¹.

Che il contratto debba considerarsi nullo quando è contrario a norma imperativa «salvo che la legge disponga diversamente» significa, invece, che l'interesse protetto dalla norma imperativa violata, in taluni casi, può trovare adeguata tutela

¹¹ GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1510, nt. 363.

in tecniche rimediali alternative a quelle della nullità, o comunque che quest'ultima può non risultare congruente con la *ratio* del divieto violato. All'interprete è rimesso, allora, il compito di valutare se la contrarietà del contratto con norma imperativa precluda o meno il perseguimento dello scopo che la norma stessa si prefigge, e se il legislatore ha previsto «un meccanismo idoneo a realizzare ugualmente gli effetti voluti dalla norma»¹². Così stando le cose, l'inciso del primo comma dell'art. 1418 c.c., «piuttosto che leggersi nel senso della normalità della comminatoria di nullità, può leggersi nel senso che, nel silenzio, la nullità segua solo ove ciò sia necessario ai sensi della *ratio* della norma imperativa considerata»¹³ e ove una diversa indicazione legislativa non sia «desumibile dalla ragione del divieto»¹⁴. La violazione di norma imperativa implica così invalidità «quando la nullità del contratto contrastante è l'unico modo per raggiungere lo scopo che la norma persegue»¹⁵.

¹² Così, Cass. n. 8236/2003, rispetto alla vendita di un fondo in violazione del diritto di prelazione legale, tutelandosi l'interesse perseguito dalla norma allo sviluppo della proprietà contadina mediante la previsione di un diritto di riscatto (art. 8 l. n. 590/1965 e art. 7 l. n. 817/1971). Di tenore analogo, Cass. n. 5372/2003, che discorre di «effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi», nonché Cass. n. 25222/2010, quest'ultima in merito all'annullabilità di un contratto in applicazione della disciplina della violenza. Cfr. Cass. n. 525/2020, con riferimento alla violazione della normativa antiriciclaggio (d.lgs. n. 231/2007) che, prevedendo una sanzione amministrativa, escluderebbe la nullità del contratto.

¹³ DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 446, 453; GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1511; BRECCIA, *Il contratto illecito*, cit., 122; DI MAJO, *La nullità*, cit., 84.

¹⁴ CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, cit., 149, nt. 9. E poi DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 440; DI MAJO, *La nullità*, cit., 83; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 78; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 43; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 47.

¹⁵ GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1514 e, testualmente, Cass. n. 5372/2003.

Il perimetro della nullità non testuale si colloca a ridosso dell'ambito operativo della nullità del contratto illecito (illiceità della causa, dell'oggetto, del motivo e della condizione) di cui al secondo comma dell'art. 1418 c.c., e dunque la c.d. nullità "virtuale" la si ritrova essenzialmente nel contrasto con la norma imperativa che si presenti in fase di formazione dell'accordo, nella qualità delle parti, nella violazione di una tipologia legale inderogabile, nell'impossibilità giuridica dell'oggetto (che non sia illiceità)¹⁶.

Quanto al primo ambito indicato, quello della "formazione dell'accordo", si ritiene che sia ad esempio nullo il contratto per il quale sia necessaria, ma non sia stata richiesta o ottenuta, una pubblica autorizzazione¹⁷, mentre si esclude che una nullità "virtuale" del contratto possa aversi in ragione del

Contra ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 117, per il quale l'inciso inviterebbe l'interprete a verificare la natura autenticamente imperativa del divieto, peraltro sulla base di indici di diritto positivo, in particolare, valutando l'indisponibilità degli interessi coinvolti; BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, cit., 975, contrario ad un giudizio di congruità tra invalidità e interesse e orientato, piuttosto, a leggere nell'inciso del primo comma l'apertura a criteri interpretativi di riduzione teleologica e di interpretazione restrittiva che consentano di escludere in concreto l'applicazione della norma imperativa.

¹⁶DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 440; GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1514. Per una critica alla categoria della nullità virtuale cfr. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 117, nonché ID., *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità*, cit., 526; e poi BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, cit., 973. Dubita dell'effettivo rilievo sistematico dell'art. 1418, co. 1, c.c., SACCO, *Le invalidità*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 518, che sembra ritenerla superflua: «l'art. 1418, co. 1, c.c. osserva in maniera ridondante che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative». In termini di nullità "non testuale" si esprime D'AMICO, voce *Nullità non testuale*, cit., 798 ss.

¹⁷Cass. n. 3950/2008, rispetto all'ipotesi di subappalto non autorizzato (art. 21 l. n. 646/1982).

comportamento tenuto in questa fase dai contraenti¹⁸. Sotto questo profilo, relativamente alla violazione delle regole di condotta previste dall'art. 21 t.u.f., la giurisprudenza di legittimità, a sezioni unite, con la sentenza Rordorf¹⁹, ha marcato il confine tra regole di comportamento e regole di validità nella sistematica dei mezzi di tutela²⁰. Con riferimento invece al-

¹⁸Come per il comportamento degli intermediari finanziari in Cass. n. 19024/2005, est. Marziale, sentenza che ha stabilito che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., postula che una siffatta violazione attenga a elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista per detta ipotesi (come in tema di clausole vessatorie contenute nei c.d. contratti del consumatore, oggetto di trattativa individuale).

¹⁹Cass. s.u. nn. 26724-26725/2007, in *Contratti*, 2008, 229 ss., sulle quali, oltre a MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 255 s., si vedano G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione. Variazioni sulla nullità*, in *Le forme della nullità*, cit., 1 ss.; U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto* acquis, in *Europa dir. priv.*, 2009, 59 ss.; ID., *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 445 ss.; A. GENTILI, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 23 ss.; ID., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni unite*, in *Contratti*, 2008, 393 ss.; A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107 ss.; F. GALGANO, *I contratti di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, 1 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 104 ss.; C. SCOGNAMILIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 622; V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, 536 ss.

²⁰Questa distinzione risiede in un principio di certezza del diritto che

la “qualità delle parti”, molti sono i casi di nullità per difetto di iscrizione di uno dei contraenti in un elenco o albo²¹. Assai noti sono, poi, i casi di forzatura del tipo legale che conduce alla nullità e, infine, quelli in cui le parti imprimano all’oggetto «una sorte giuridica che contrasta con il regime riservatogli inderogabilmente dalla legge»²².

Resta da verificare l’ammissibilità di una nullità virtuale di protezione e cioè di una nullità non testuale per contrarietà con una norma imperativa posta a protezione dell’interesse individuale di uno dei contraenti. La questione ha assunto rilevanza crescente negli ultimi anni, segnatamente nel diritto europeo dei contratti, per quanto non manchi chi ritiene che, stante la frammentarietà e la disorganicità delle previsioni testuali, la nullità in questo ambito sia soltanto quella espressamente comminata dal legislatore.

Non poche disposizioni normative a carattere imperativo collocate in discipline di settore, anche di matrice comunitaria, non sono accompagnate, quanto meno in modo esplicito e

però, si è osservato che, nonostante venga ricavato, nella sentenza Rordorf, dalle previsioni legislative mediante induzione (dalla disciplina legislativa del codice civile alla successiva generalizzazione), si rivela per quel che è, un principio “politico”, dunque “di tipo deduttivo”, che si ricava dal generale al particolare, quale frutto di una scelta legislativa: così D’AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione. Variazioni sulla nullità*, cit., 9 ss. Quindi, a ben vedere, il mantenimento della distinzione tra regole di fattispecie e di comportamento non andrebbe rinvenuto nelle strutture del codice civile, che la legislazione più recente non ha avuto la forza di scardinare, ma nella considerazione che non si potrebbe applicare la nullità alla violazione di regole di mero comportamento senza un’espressa scelta del legislatore. Per le regole di comportamento, in assenza di un’espressa previsione normativa, il ricorso alla nullità virtuale andrebbe dunque escluso, perché manca un’indicazione normativa, come per le clausole vessatorie.

²¹ Cass. s.u. n. 1613/1989, in *Foro it.*, 1984, I, 1420, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 1.

²² GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1520.

specifico, da una nullità²³. Si pensi alle norme imperative che, nel diritto europeo dei contratti, sono poste a tutela del consumatore. Ad esempio, l'art. 143 cod. cons. recita che i diritti attribuiti al consumatore dal codice del consumo sono "irrinunciabili" ed è nulla ogni pattuizione che con esso contrasti. Questa disposizione normativa sembrerebbe non lasciar spazio ad una nullità "virtuale" nei contratti al consumo, poiché le pattuizioni non colpite in modo specifico da una qualche disposizione del codice del consumo (come gli artt. 36, 67 *oc-tisdecies*, 78, 134 cod. cons.) sarebbero comunque sanzionate per via generale. Sennonché, come si è osservato²⁴, numerose sono le norme imperative che, nel codice del consumo, impongono un dovere di "comportamento" al contraente forte (ad esempio di informare, di consegnare la documentazione contrattuale, di trasparenza ecc.). Il precetto contenuto in tali norme non è però coperto né dal rimedio invalidante e generale di cui all'art. 143 cod. cons., inequivocabilmente rivolto ai contrasti che coinvolgono una "pattuizione", ma neppure dall'art. 1418, co. 1, c.c., sia perché anche questa disposizione non riguarda i comportamenti dei contraenti, ma invece il "contratto"²⁵, sia perché, comunque, la nullità codicistica sarebbe "necessariamente totale"²⁶, e dunque poco appagante per il contraente debole.

Questione diversa, osserva la dottrina²⁷, è quella della possibilità di costruire (non una "nullità virtuale" di protezione,

²³ Non dubita dell'ammissibilità di nullità di protezione "virtuali" D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 157.

²⁴ D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, cit., 977.

²⁵ VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 62, nt. 110.

²⁶ D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, cit., 977.

²⁷ D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, cit., 977. Sempreché, continua l'A., si ritenga che vi

in cui virtuale è la nullità, ma) una nullità di “protezione virtuale”, in cui virtuale è il regime protettivo. L’ipotesi è quella in cui vi sia una nullità testuale non accompagnata da una disciplina specifica e compiuta. Dinanzi a una tale evenienza si pone il problema di colmare la lacuna di disciplina o attingendo a quella generale (rilevabilità d’ufficio, legittimazione assoluta), o invece – una volta qualificata come protettiva la nullità – ad un frammento della disciplina “di protezione”, prevista per un caso simile²⁸. È evidente che questa vicenda deve essere tenuta distinta dall’ipotesi in cui la norma imperativa non sia invece accompagnata da una comminatoria testuale di nullità, e si tratta allora di risolvere il “doppio problema”²⁹ della individuazione del rimedio, e cioè della sussistenza di un’ipotesi di nullità non testuale, e dunque “virtuale”, e, in seconda battuta, della individuazione della disciplina della stessa.

Alla prima questione, ossia quella della nullità di protezione virtuale, talora viene data risposta affermativa: ad esempio, specie dopo la nota sentenza *Pannon* (Corte giust. 4/6/2009, C-243/08), è sembrato possibile estendere la regola della rilevabilità d’ufficio «anche a quelle previsioni di nullità di protezione nelle quali il legislatore si sia limitato a prendere posizione sulla sola legittimazione ad agire»³⁰. Alla seconda que-

sia una lacuna in senso tecnico e non, invece, apparente o impropria. Questa soluzione ha il vantaggio di essere comunque condizionata all’esistenza di altra norma imperativa, specifica e non generale, che disciplini il caso simile. E già PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 173.

²⁸ Il problema si è posto, come è noto, per l’art. 2, co. 1, l. n. 192/1998. Ma potrebbe porsi per tutte le nullità relative – e dunque di protezione – della legislazione speciale che non indicano espressamente la rilevabilità d’ufficio.

²⁹ Così, D’AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione. Variazioni sulla nullità*, cit., 16, che discorre, in proposito, di un duplice procedimento analogico.

³⁰ M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus*, in *Le forme della nullità*, cit., 67.

stione, quella dell'ammissibilità di una nullità (di protezione) non testuale, la dottrina fatica invece a dare risposta positiva, anche per i margini di discrezionalità "forse eccessivi"³¹ della valutazione giudiziale.

Al problema della nullità virtuale è ricondotto, infine, quello della nullità dei contratti "a valle" di un illecito antitrust³² e, più in generale, la questione del rimedio adeguato a garantire effettività a regole di comportamento. Quanto al primo e più specifico problema, non sono pochi gli argomenti spesi in dottrina a favore della tesi della nullità del contratto stipulato sulla base di abusi e cartelli. Intanto, quando il contratto non ha soltanto un contenuto programmato "a monte", ma addirittura contribuisce a propagare, nei mercati "a valle", gli effetti dell'intesa anticoncorrenziale principale, esso ha causa o oggetto illecito e pertanto è nullo *ex art.* 1418, co. 2, c.c.³³. Dopodiché, anche il contratto "a valle" di per sé lecito, ma con contenuto confezionato "a monte", può essere considerato virtualmente nullo in quanto contrario a norme imperative e dunque *ex art.* 1418, co. 1, c.c. A tale soluzione la dottrina³⁴ perviene osservando che le norme del diritto antitrust non sa-

³¹ Così, D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione. Variazioni sulla nullità*, cit., 17 e nt. 31. Ma vedi anche le considerazioni, più possibiliste, sviluppate in D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, cit., 977.

³² Cfr. M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 378; F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese e abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 406; ID., *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva nella disciplina dei contratti a valle di intese ed abusi*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 358.

³³ Così, LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, cit., 390.

³⁴ DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese e abusi*, cit., 408.

rebbero riconducibili alla categoria delle norme di comportamento – la cui violazione verrebbe sanzionata nel nostro ordinamento soltanto con il risarcimento del danno – ma a quella delle “norme di risultato”; ovvero, che il rimedio della nullità assicura una maggiore proporzionalità e un maggior effetto deterrente, dunque sarebbe rimedio più dissuasivo, e conseguentemente più adeguato a garantire l’effettività di una norma di matrice europea, rispetto al mero risarcimento del danno³⁵. In altre parole, l’interesse generale tutelato dalla norma imperativa antitrust troverebbe adeguata protezione soltanto con l’eliminazione della clausola o del contratto. Come a dire che, non soltanto al legislatore (nullità testuale), ma anche al giudice (nullità virtuale) spetterebbe il potere di valutare, caso per caso, se l’esigenza di garantire l’effettività della regola imperativa di comportamento non richieda anche la caducazione dell’atto di autonomia privata³⁶. In tal modo, il giudizio di congruità del rimedio rispetto all’interesse protetto *ex art. 1418, co. 1, c.c.* anticipa quello di dissuasività e proporzionalità³⁷.

³⁵DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del “solo risarcimento” per le vittime di intese e abusi*, cit., 412. Ritene invece che il problema trovi adeguata risposta nel rimedio risarcitorio *ex art. 1440 c.c.*, E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell’ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 397.

³⁶LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti “a valle”*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, cit., 392.

³⁷E tuttavia, la questione del rapporto tra la disciplina codicistica della nullità e le regole antitrust rimane complessa, tanto che anche chi considera la tesi che ammette la sola tutela risarcitoria “una posizione di retroguardia” ammette che in questo caso sarebbe del tutto insoddisfacente una piatta applicazione dell’art. 1419 c.c. essendo piuttosto incerto e anche poco rilevante cosa sarebbe accaduto se il mercato al tempo della conclusione del contratto non fosse stato falsato dalla illecita limitazione della concorrenza: DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e*

La questione degli effetti dell'illecito anticoncorrenziale sui contratti "a valle" è stata affrontata, di recente, dalla Cassazione, a proposito delle fideiussioni *omnibus* predisposte in conformità di intese *antitrust* intercorse tra gli istituti di credito beneficiari³⁸. In aggiunta alla tutela risarcitoria, le sezioni unite della Cassazione, quale adeguato completamento del sistema delle tutele, hanno riconosciuto al cliente della banca il diritto a far valere la nullità parziale delle clausole del contratto di fideiussione a valle: in tal modo il cliente viene tutelato dall'espunzione delle clausole vietate e la banca mantiene in vita la garanzia fideiussoria. Il principio di conservazione contrattuale è tuttavia derogato quando le clausole vietate dalla disciplina *antitrust* abbiano un legame inscindibile con l'intero contratto (e, da qui, il contratto sarebbe nullo nella sua interezza), essendo provata una diversa volontà delle parti «nel senso dell'essenzialità – per l'assetto di interessi diviso – della parte del contratto colpita da nullità».

3. Contratto "illegale" per contrarietà a norma imperativa e contratto "illecito"

Come si è detto, l'ambito operativo "residuale" della regola di chiusura della nullità "virtuale" (art. 1418, co. 1,

molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese e abusi, cit., 413.

³⁸Con sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994, le sezioni unite della Corte di cassazione hanno statuito che «i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con la l. n. 287/1990, art. 2, comma 2, lett. a) e art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi dell'art. 2, comma 3, della legge succitata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti».

c.c.) è segnato in negativo, oltre che dal ricorrere di nullità testuali (art. 1418, co. 3, c.c.), da quello della nullità per illiceità della causa, dell'oggetto, del motivo e della condizione (art. 1418, co. 2, c.c.): è il tema della distinzione tra contratto "illegale" – in cui il contrasto con la norma imperativa si avrebbe con elementi del contratto diversi dalla causa, dall'oggetto, dal motivo e dalla condizione – e contratto "illecito"³⁹. Secondo Emilio Betti il criterio discretivo tra contratto "illecito" e contratto "illegale" è costituito dalla lesione che il primo genera nei confronti di interessi altrui, tale da far conseguire al contratto fini antisociali, laddove il contratto "illegale" piuttosto non è in grado di lesionare gli interessi di altri consociati, ma l'inosservanza di un onere posto nel proprio interesse (come si afferma per la compravendita immobiliare sprovvista della forma scritta)⁴⁰. Il codice civile, seppure preveda la medesima reazione della nullità tanto al contratto illecito quanto a quello illegale, affida a tale distinzione alcune conseguenze rilevanti, come in caso di contratto di lavoro⁴¹ (art. 2126 c.c., che prevede che la nullità del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa) e di transazione⁴² (art. 1972 c.c., che prevede la nullità dell'accordo transattivo relativo a un titolo nullo). Ma la distinzione, afferma la dottrina, rileva già nella disciplina generale, in

³⁹FERRARA SEN., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*², cit., 101; CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, cit., 64.

⁴⁰E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1952, XV, 114-115.

⁴¹Cass. n. 15880/2002, che ritiene trattarsi di contratto meramente illegale con la conseguenza della non retroattività *ex art.* 2126 c.c.

⁴²Cass. n. 26168/2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 491 ss., sulla rinuncia in sede transattiva dell'azione di nullità volta all'accertamento dell'illiceità di un contratto.

quanto soltanto per il contratto “illegale” la nullità non è un esito scontato ove la legge disponga diversamente e, dunque, in concreto il rimedio della nullità non sarebbe congruente con lo scopo della norma violata. La nullità del contratto illecito infatti non ammette deroghe. Per quanto, poi, come è stato scritto, riesca «difficile immaginare casi in cui sicuramente possa dirsi che un certo contratto contrasta con norme imperative, però la sua causa non contrasta con quelle stesse norme imperative»⁴³, sicché «ogni sforzo diretto a definire il contratto *illecito* rispetto a quello *illegale* è destinato ad un esito incerto»⁴⁴.

Non meno sfuggente è la distinzione interna ai vari aspetti del contratto che possono risultare in contrasto con la norma imperativa, che, per quanto analiticamente richiamati dal legislatore, devono essere intesi unitariamente⁴⁵, perché tutti conducenti all'illiceità del contratto. Ciò vale per l'illiceità dei motivi, posto che il motivo comune alle parti, determinante del consenso, «assorbe in sé nel contratto considerato la causa, vista in concreto»⁴⁶, per l'illiceità della condizione, «sostanzialmente omogenea all'illiceità della causa»⁴⁷, e ad-

⁴³ ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, cit., 491. Si pensi al patto di quota lite (Cass. n. 4078/1986, in *Foro it.*, 1986, I, 2447) o ai patti parasociali in pregiudizio di società (Cass. n. 326/1988, in *Giur. it.*, 1986, I, 2447).

⁴⁴ DI MAJO, *La nullità*, cit., 76.

⁴⁵ DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., 284. Ma si veda TAR Campania 23/9/1994, n. 530.

⁴⁶ GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1495. Si pensi all'assunzione in pendenza di procedura concordataria dell'intero debito sociale da parte di un socio illimitatamente responsabile verso un creditore: cfr. Cass. n. 6810/1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 816; Cass. n. 19196/2016, in *Giur. it.*, 2017, 383, che esclude l'illiceità di un mutuo stipulato in violazione della *par condicio creditorum*, sul presupposto che anche l'illiceità dei motivi comporti la contrarietà a norma imperativa (che nel caso specifico non esisterebbe).

⁴⁷ GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1496.

dirittura per l'oggetto, poiché la cosa o la prestazione possono essere qualificate illecite soltanto avendo riguardo alla causa del contratto⁴⁸.

Dottrina e giurisprudenza si sono comunque sforzate di tracciare un confine tra la nozione di contratto illecito *ex art.* 1418, co. 2, c.c. e quella di contratto meramente "illegale", e cioè contrastante con norme imperative ai sensi del primo comma dell'art. 1418 c.c.

Un primo tentativo guarda alla gravità e all'importanza della norma imperativa violata⁴⁹, all'essere la stessa proibitiva e non invece ordinativa, ma è questa un'operazione assai difficile e che comunque, si è rilevato⁵⁰, conduce ad un'inevitabile sovrapposizione dell'illiceità per contrarietà a norma imperativa con l'illiceità per contrasto con l'ordine pubblico⁵¹.

In alternativa, si adotta un criterio diverso, che tiene conto non dell'importanza della norma imperativa, ma di come la stessa impatta sul contratto⁵². Se cioè il contrasto colpisca

⁴⁸ GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1496, 1499. Non a caso, nota l'A., la giurisprudenza, non di rado, rispetto ad una medesima fattispecie, quale l'appalto in assenza di concessione edilizia, invoca ora l'illiceità della causa, ora l'illiceità dell'oggetto, ancora l'illiceità per contrarietà all'ordine pubblico, o addirittura la mera "illegalità".

⁴⁹ Così Cons. St. n. 1331/1992.

⁵⁰ GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1498.

⁵¹ Si pensi, ad esempio, alla nullità della clausola con cui la banca subordina l'esecuzione delle proprie operazioni al rilascio del consenso al trattamento dei dati sensibili, che secondo la giurisprudenza contrasta «con i principi informativi della legge sulla *privacy*, la quale ha natura di norma imperativa, contenendo tale normativa precetti che non possono essere derogati dall'autonomia privata in quanto posti a tutela di interessi generali, di valori morali e sociali pregnanti nel nostro ordinamento, finalizzati al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, quali la dignità, la riservatezza, l'identità personale, la protezione dei dati personali»: così, Cass. n. 26778/2019.

⁵² Così VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 47. E TAR Campania 23/9/1994, n. 530, cit.

la causa, direttamente o mediatamente – per il tramite dell’oggetto, dei motivi o della condizione – e si avrebbe allora contratto illecito; oppure altri elementi, correlati alla persona del contraente o comunque alla formazione dell’accordo, e saremmo in presenza di un contratto meramente “illegale” *ex art. 1418, co. 1, c.c.* Tuttavia, come si è osservato⁵³, la rilevanza che possono assumere tali ultimi elementi «difficilmente si giustifica se non in connessione alla causa del contratto», con la conseguenza che l’illegalità rimane assorbita nell’illiceità della causa, specie se di quest’ultima, e non potrebbe essere altrimenti per i contratti nominati, si adotti una nozione allargata. In tal modo, la distinzione «sfuma se non scompare»⁵⁴.

4. La legittimazione ad agire

Chiunque vi abbia interesse può agire, in qualsiasi tempo⁵⁵, per chiedere l’accertamento⁵⁶ della nullità del contratto: la legittimazione all’azione è dunque assoluta e non relativa. L’interesse sussiste se il contratto nullo arreca un pregiudizio giuridicamente rilevante alla sfera giuridica di chi agisce, sia esso

⁵³ GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1499, nt. 306.

⁵⁴ GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1499, nt. 306. D’altronde, nota l’A., sulla scia di Galgano, persino la categoria dell’illiceità “indiretta” per frode alla legge, perde autonoma rilevanza non appena si adotti una concezione moderna e più ampia di causa.

⁵⁵ Coerentemente con la natura dichiarativa della sentenza, l’art. 1422 c.c. sancisce l’imprescrittibilità dell’azione, facendo tuttavia salvi gli effetti dell’usucapione (ordinaria) e della prescrizione (decennale) dell’azione di ripetizione (della prestazione effettuata in esecuzione del contratto nullo).

⁵⁶ La nullità consegue al verificarsi della fattispecie (contrarietà a norma imperativa ecc.), per cui la sentenza si limita ad accertarla e dichiararla. Il contratto nullo è in sostanza inefficace *ab origine* e la sentenza spiega i suoi effetti retroattivamente o *ex tunc*.

parte contrattuale o terzo, e dunque non si identifica⁵⁷ con l'interesse processuale ad agire *ex art.* 100 c.p.c. Questa regola generale non vale per le “nullità di protezione”, tutte le volte in cui la nullità «opera soltanto a vantaggio del consumatore» (art. 36 cod. cons.), o «può essere fatta valere solo dal consumatore» (art. 67 *octiesdecies* cod. cons.), o «unicamente dall'acquirente» (art. 2 d.lgs. n. 122/2005), o dal cliente (art. 117, co. 2, t.u.b.): la legittimazione è in tal caso relativa⁵⁸, con la conseguenza che il giudice può respingere la pretesa del professionista fondata sulla clausola nulla, non anche la pretesa del consumatore, dell'acquirente, o del cliente. Essendo quello della legittimazione relativa il «tratto più ricorrente»⁵⁹, il «dato costante»⁶⁰ della disciplina delle nullità di protezione, insieme a quello della necessaria parziarietà della nullità, si pone la questione dell'operatività della regola anche rispetto a fattispecie di nullità testuali di protezione che non la prevedano espressamente. Al quesito circa l'integrazione analogica, in punto di legittimazione, della disciplina delle nullità testuali di protezione, viene talora data risposta negativa, enfatizzando il carattere frammentario di discipline «assai eterogenee tra loro e irriducibili ad unità»⁶¹, ovvero risposta positiva, valorizzando le affinità, e considerando tale aspetto della nul-

⁵⁷ DI MAJO, *La nullità*, cit., 156.

⁵⁸ Per tutti, DI MAJO, *La nullità*, cit., 129; MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., 685. *Contra* GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, cit., 205, secondo il quale la legittimazione è anche qui assoluta, ma opera a solo vantaggio del consumatore, nel senso che può travolgere i doveri ma non i diritti del consumatore.

⁵⁹ MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 171.

⁶⁰ GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus*, cit., 73.

⁶¹ MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 172; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 108.

lità di protezione «implicitamente presupposto dal legislatore», senza la necessità di un'espressa previsione specifica⁶².

5. *Il rilievo officioso*

Il potere officioso del giudice di rilevare la nullità, si afferma in giurisprudenza, è corollario della natura “superindividuale” dell'interesse protetto, che «giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo, comportando che una convenzione affetta da sì grave patologia imponga al giudice di negare efficacia giuridica ad un atto nullo»⁶³. La *ratio* dell'art. 1421 c.c. e dell'attribuzione al giudice di tale potere risiede, dunque, nella circostanza che la nullità è (sempre) funzionale alla tutela di un interesse generale⁶⁴ «a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole»⁶⁵ o, nelle nullità di protezione⁶⁶, alla tutela delle «regole di mer-

⁶²PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 185; PUTTI, *Le nullità contrattuali*, cit., 953; GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus*, cit., 73.

⁶³Cass. s.u. nn. 26242-26243/2014, in *Contratti*, 2015, con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 197 e 315, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le sezioni unite ed il rilievo officioso delle nullità*, e *ivi* di N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità presa sul serio*. Cfr. anche R. ALESSI, “Nullità di protezione” e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1154.

⁶⁴Un'idea non unanimemente condivisa: vedi, ad esempio, PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, cit., 753.

⁶⁵Cass. s.u. nn. 26242-26243/2014, cit., sulla scia di Cass. s.u. n. 14828/2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 28.

⁶⁶Qui il rilievo officioso è espressamente previsto agli artt. 67-*octiesdecies*, co. 1 (patto di rinuncia ai diritti del consumatore nei contratti a distanza di servizi finanziari), e 134, co. 1, cod. cons. (patto volto a escludere

cato ritenute corrette»⁶⁷. Ne discende, come si dirà più avanti, che tale regola si applica anche rispetto alla violazione di norme imperative che non dettano espressamente una disciplina del profilo della legittimazione, il che, si è notato, nell'ambito delle nullità di protezione, equivale a sancire il carattere generale dell'art. 36 cod. cons.⁶⁸.

Tale approdo è tuttavia piuttosto recente, poiché, invece, tradizionalmente, almeno in giurisprudenza, l'ambito operativo del potere officioso del giudice di rilievo della nullità è stato fortemente frenato dal principio processuale della domanda e da quello di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. In applicazione di questi ultimi, si ammetteva che il giudice avesse il potere di rilievo soltanto ove l'attore avesse chiesto l'adempimento – e, dunque, l'applicazione del contratto – e per il rigetto di tale domanda. Negli altri casi, ove cioè l'attore avesse “impugnato” il contratto – annullamento, rescissione, risoluzione, nullità per cause diverse – il rilievo officioso, in quanto orientato comunque a sostegno della pretesa dell'attore, non sarebbe stato ammissibile, perché sarebbe stato pre-

o limitare i diritti del consumatore in materia di vendita dei beni di consumo), e dall'art. 127, co. 2, t.u.b. (nullità previste dal Titolo VI del t.u.b., in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e rapporti con i clienti). Nulla dicono sulla rilevabilità, invece, gli artt. 23 (nullità “relativa” dei patti di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo e ogni altro onere a carico del cliente), 24, co. 2 (nullità “relativa” dei patti contrari alle disposizioni imperative in materia di gestione di portafogli), e 30, co. 7 (nullità relativa del contratto fuori sede per omessa indicazione del diritto di recesso), t.u.f. Per l'incompatibilità tra legittimazione relativa e rilievo officioso vedi invece GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1587.

⁶⁷ Cass. s.u. nn. 26242-26243/2014.

⁶⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le sezioni unite ed il rilievo officioso delle nullità*, cit., 204; GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus*, cit., 79. La disposizione contenuta all'art. 36 cod. cons. non sarebbe infatti “direttamente” applicabile ad ambiti diversi da quello della nullità delle clausole vessatorie.

cluso al giudice il potere di “rimediare” al mancato assolvimento di un onere della parte attrice⁶⁹.

La dottrina⁷⁰, anche in contributi risalenti⁷¹, si è mostrata, invece, favorevole al rilievo d’ufficio della nullità anche nelle “impugnative” negoziali, in funzione del rigetto delle stesse, in ragione del fatto che annullabilità⁷², risolubilità e rescindibilità presuppongono, anche esse, un contratto valido o comunque produttivo di effetti. In tali casi, si è sostenuto, il giudice “rileva”, e cioè indica alle parti in contraddittorio, la possibile nullità del contratto, in modo che l’attore possa proporre domanda di accertamento della nullità in via principale. In tal modo, vengono rispettati sia il principio della domanda (art. 99 c.p.c. e 112 c.p.c.), sia quello di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Una volta che la nullità sia stata “rilevata” (indicata alle parti), essa viene anche “dichiarata” (ma) in motivazione, a meno che non vi sia una ragione “più

⁶⁹ Cfr. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1587.

⁷⁰ CONSOLO, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, cit., 7; MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d’ufficio*, cit., 669. Secondo GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1587, invece, la nullità può essere pronunciata d’ufficio «soltanto quando la validità del contratto funga da presupposto del provvedimento».

⁷¹ STOLFI, *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 151.

⁷² Perplesso, sulla possibilità del rilievo, ove sia stata proposta azione di annullamento, CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, cit., 941. Tale posizione era tuttavia agganciata ad una lettura classica del rilievo officioso e motivata anche dal fatto che all’A. pareva «risultato davvero insostenibile che la parte che avesse inteso liberarsi dal contratto (con domanda di annullamento o rescissione) si ritrovasse infine comunque ancora vincolata nei confronti della controparte a quel contratto, stante il rigetto nel merito della domanda di invalidazione a motivo della riscontrata nullità del contratto». Una volta attribuiti alla rilevazione officiosa (con dichiarazione in motivazione) effetti preclusivi per le parti, tale argomento viene meno: cfr. infatti C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell’) accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, 236.

liquida”⁷³ – e cioè più evidente, che consente di decidere, ignorando una questione pregiudiziale, con un minor dispendio di energie processuali – e purché il giudice, a seguito dell’attivazione del contraddittorio, non cambi idea circa la sussistenza della nullità⁷⁴.

Le argomentazioni a sostegno di un più ampio potere-dovere del giudice sono state accolte, più di recente, dalla giurisprudenza, generando così un contrasto che è stato risolto, a più riprese e nel senso indicato dalla dottrina, dalle sezioni unite della Corte di cassazione⁷⁵. La possibilità per il giudice di *indicare* alle parti (rilevazione) e di *dichiarare* la nullità del contratto è stata così affermata, in una progressione per tappe, pri-

⁷³ Come nel caso di prescrizione, di adempimento o di inadempimento non grave.

⁷⁴ E sempre che, rilevata la nullità, non venga proposta domanda di accertamento incidentale con conseguente estensione della *res in iudicium deducta* e cioè del perimetro dell’oggetto del giudizio (e così della *res iudicata*). In tal caso, la dichiarazione di nullità (o “non nullità”) avverrà non in motivazione, con efficacia di “giudicato implicito” o con effetti extraprocessuali per le sole parti (come precisano, in pagine cristalline, CONSOLO-GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell’) accertamento processuale*, cit., 225), ma in dispositivo, con efficacia di giudicato *ex art.* 2909 c.c. Nel caso di dichiarazione in motivazione, invece, si avrà una mera preclusione extraprocessuale a carico delle parti «tesa ad evitare che la parte che in qualche modo si sia giovata della dichiarazione solo in motivazione della nullità (o non nullità) del contratto, possa poi in futuro agire (o anche resistere in giudizio) al fine di conseguire risultati che appaiano, rispetto all’esito del primo giudizio, locupletativi»: CONSOLO-GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell’) accertamento processuale*, cit., 232.

⁷⁵ Cass. s.u. n. 14828/2012, cit., e poi Cass. s.u. nn. 26242-26243/2014, cit., e, infine, con riferimento alla domanda di risarcimento “sostitutivo”, Cass. n. 13307/2015, in *Giur. it.*, 2015, 2587, con nota di M. RIZZUTI, *La Cassazione applica il dictum delle Sezioni unite sulla rilevabilità della nullità* e Cass. n. 12996/2016, in *Giur. it.*, 2016, 1463, con nota di T. PELLEGGRINI, *Responsabilità del professionista non iscritto all’albo: l’onda lunga delle Sezioni unite sulla rilevabilità d’ufficio della nullità del contratto*.