

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- Le regole europee sul trattamento dei dati personali
- Regolamentazione finanziaria e responsabilità civile
- Obbligazione e contratti
 - Nullità contrattuale e limiti all'autonomia privata
 - Restituzioni e rimedi contrattuali
 - Ancora sulle clausole *claims made*
 - Acquisto progressivo della proprietà immobiliare
- Impresa e società
 - Fusione e scissione eterogenee di società cooperative

 edicolaprofessionale.com/CI

Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale

1. – *Disponibilità della nullità ed etero integrazione del contratto nullo: l'ambito dell'indagine*

Il contratto nullo per essere così qualificato si connota, a differenza di quello inesistente, per avere caratteristiche tali che ne consentano la riconoscibilità sociale come contratto. La dottrina per anni si è confrontata sul tema dei connotati minimi necessari per consentire la qualificazione in termini di nullità del contratto; dibattito solo in apparenza di rilievo esclusivamente dogmatico giacché dalla qualificazione in concreto della fattispecie in termini di contratto nullo, e non in termini di contratto inesistente, può conseguire l'attitudine della stessa a creare situazioni di apparente titolarità e, quindi, ad essere fonte di affidamento precario delle parti in buona fede e dei terzi (Il riconoscimento, nell'ipotesi di contratto nullo, di uno spazio minimo di tutela dell'affidamento per le parti ed i terzi, si giustifica in ragione del fatto che il contratto nullo, a differenza di quello inesistente, può essere socialmente percepito come un contratto valido. Ciò accade allorquando sussistono quei requisiti minimi che consentano di individuare almeno la sussistenza di un accordo finalizzato ad uno scambio economico oppure all'assunzione di un impegno economicamente valutabile anche se, con riferimento al caso specifico, posto in violazione di un divieto dell'ordinamento o, più in generale, di norma precettiva o proibitiva di natura imperativa. Sul punto, con una certa chiarezza, DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 42 s.; e, per maggiori approfondimenti, v. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, *passim*).

Aggiungasi che l'ordinamento, in ragione di tale affidamento ma anche del principio di conservazione dell'attività giuridica, riconosce al contratto nullo, non a quello inesistente, un'efficacia strumentale per l'idoneità di esso a divenire parte integrante, integrandone la struttura, di fattispecie complesse, produttive di effetti, sia pure diversi da quelli che sarebbero originati dal contratto laddove fosse stato valido.

Di qui la giuridica rilevanza del contratto nullo (sia pure come fattispecie distinta da quella del contratto valido) rispetto al quale, in talune

ipotesi, l'ordinamento consente perfino all'autonomia privata di intervenire con efficacia dispositiva della nullità, senza nel contempo contraddire, per lo meno a parere di chi scrive, alla regola codicistica dell'insanabilità, tramite convalida (1423 c.c.), riferibile, senza eccezioni, quantomeno al caso delle nullità c.d. tradizionali [A tal riguardo è noto l'orientamento assolutamente prevalente che riduce la riserva contenuta nell'art. 1423 c.c. ad una mera formula di rinvio, priva di un reale contenuto normativo, pur non negando che una serie di norme e comportamenti della prassi aprono breccie significative verso il recupero del contratto nullo nel sistema giuridico. Come è noto le nullità di protezione a legittimazione relativa, in ragione della loro strumentalità rispetto alla tutela del contraente destinatario della disciplina di protezione, hanno indotto una parte della dottrina ad ipotizzare la sussistenza di un potere di convalida da parte di quest'ultimo; e, perciò, si è sostenuto, con riferimento alle nullità di cui all'art. 36 c. cons., che poiché la trattativa individuale vale *ex ante* ad escludere la vessatorietà della clausola, sarebbe irragionevole "denegare un (pari) valore validativo al contegno (successivo) del consumatore che sia espressione di una consapevole volontà sanante", in tal senso PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, a cura di Dalla Torre, Milano, 2010, vol. II, p. 1255].

In queste pagine si tenterà di ricostruire talune più significative ipotesi in cui ciò si verifica individuando nel contempo i limiti che lo stesso ordinamento pone sia alla disponibilità del rimedio che al recupero del contratto nullo, anche quale segmento necessario di altre fattispecie complesse [Con argomentazioni convincenti e condivisibili si è affermato (MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, a cura di Gentili, Milano, 2006, p. 139) che il "recupero" del contratto nullo non necessariamente si traduce in una eccezione al divieto di convalida, trovando piuttosto migliore collocazione tra le eccezioni alla regola non scritta della assoluta improduttività di effetti di esso. Come ebbero ad osservare nel saggio *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, n. 2, se riferito al contratto nullo il termine "recupero", benché atecnico, generico e polisenso, senz'altro induce, sul piano descrittivo, l'idea del superamento di una condizione di negatività dell'atto di autonomia privata. In altre parole il termine recupero suggerisce un approdo del contratto nullo nel sistema giuridico e, così, per usare una metafora ispirata dal termine, il superamento delle acque infide e delle nebbie dell'irrelevanza giuridica]. Tema quello della conservazione del vincolo contrattuale affetto da nullità che, peraltro, appare di sempre maggiore

attualità anche in ragione del recente reiterarsi di arresti giurisprudenziali, perfino delle sezioni unite, su delicate questioni [da ultimo in materia bancaria (Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Quotidiano giuridico*, 2018) e locatizia (Cass., sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, in *Contratti*, 2018, 2, 25)] involgenti la possibilità del recupero al sistema del contratto nullo attraverso modalità successive alla sua stipulazione, giacché ritenute idonee a realizzare comunque gli interessi sottesi alla prevista nullità.

2. – *I limiti alla disponibilità dell'azione di nullità e del giudicato di nullità*

La giurisprudenza in una delle pochissime decisioni edite sul tema della disponibilità dell'azione di nullità e del relativo giudicato ha affermato che «se è vero che il negozio giuridico nullo non è convalidabile, è però anche vero che la parte interessata può rinunciare all'azione di nullità così come può rinunciare al giudicato di nullità, dovendosi configurare queste rinunce come atti di disposizione della situazione sostanziale legittimante all'azione di nullità. Esse rinunce comportano indirettamente l'impossibilità di divenire titolare dei diritti che eventualmente deriverebbero dalla suddetta situazione sostanziale, ma non possono configurarsi quali rinunce a diritti futuri» (Cass., 8 settembre 1977, n. 3925, in *Mass. Giur. It.*, 1977). Nella fattispecie esaminata la Corte ha ritenuto valida la rinuncia del terzo agli effetti del giudicato di nullità di un contratto per simulazione assoluta, ed ha, conseguentemente, ritenuto che, per effetto del detto contratto, alcuni diritti reali non fossero venuti a far parte di un'eredità successivamente acquistata dal rinunciante; senza che, con ciò, la rinuncia al giudicato potesse configurarsi come rinuncia ad un'eredità futura).

Precedentemente, con altra pronuncia, la Cassazione aveva evidenziato che «la indisponibilità dell'esistenza di una causa di nullità non impedisce al soggetto che ha proposto la domanda diretta alla relativa declaratoria, di rinunciare alle situazioni soggettive cui si ricollegano l'interesse e la legittimazione all'azione proposta e, quindi, di determinare la cessazione della materia del contendere». Coerentemente con tali premesse precisava, quindi, che il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto o di un atto negoziale viene meno in presenza di una causa che determina la cessazione della materia del contendere.

In altri termini, anche alla luce dei precedenti citati, sembra potersi concordare con chi sostiene che «non sussista un nesso di correlazione necessaria tra insanabilità dell'atto ed indisponibilità successiva della azione» (PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e Mercato*, 2012, 1, 28, che ulteriormente

evidenzia che l'insussistenza della correlazione necessaria tra insanabilità dell'atto ed indisponibilità successiva dell'azione trova conferma nelle fattispecie in cui sia configurabile una annullabilità assoluta del negozio che non è suscettibile di convalida ma che è, invece, suscettibile di rinuncia all'azione) e, quindi, che la regola della inconvincibilità del contratto nullo non esclude sia la disponibilità dell'azione di nullità [Analogamente, di recente, PASSAGNOLI, *op. cit.*, 28, che condivisibilmente sottolinea che «altro è la suscettibilità o meno di sanatoria, altro (...) la disponibilità negoziale, per il soggetto legittimato ad esperirla, dell'azione di nullità»], attraverso un atto di rinuncia all'azione medesima, sia la disponibilità del giudicato relativo alla *quaestio nullitatis* giacché tali atti dispositivi finiscono per sostanziarsi in atti abdicativi della situazione sostanziale posta, sotto il profilo dell'interesse, a fondamento dell'azione esperita.

Tuttavia quanto innanzi ha ricadute diverse a seconda che, nella fattispecie concreta, sia ravvisabile la sussistenza di una nullità assoluta oppure di una nullità relativa. Ed infatti, solo nella seconda ipotesi la circoscritta legittimazione all'azione consente di affermare che, laddove l'unico soggetto legittimato rinunci all'azione di nullità o al giudicato formatosi sulla *quaestio nullitatis*, tale atto dispositivo, in quanto comportante la rinuncia del diritto in contesa e, quindi, alle situazioni soggettive cui si ricollegano l'interesse e la legittimazione all'azione, finisce in buona sostanza per determinare una forma di "sanatoria" della nullità, non residuando altri soggetti nella titolarità dell'interesse alla proposizione dell'azione.

Non così, invece, nell'ipotesi di nullità assoluta; in questo caso l'eventuale rinuncia all'azione di nullità, effettuata da uno dei possibili legittimati, non esclude che la *quaestio nullitatis* possa essere fatta valere da altro soggetto che, comunque vi abbia interesse.

Appare, allora, di tutta evidenza il limite al potere dispositivo del rinunciante che, in ipotesi di nullità assoluta, non comporta la coincidenza tra la dismissione della situazione sostanziale legittimante all'azione di nullità ed una sostanziale sanatoria del vizio per sopravvenuta insussistenza dell'interesse alla declaratoria di nullità dell'atto.

Aggiungasi che nella ricorrenza di una nullità assoluta l'effetto dirimente può essere determinato anche dal giudice nell'esercizio dei suoi poteri officiosi, il che, invece, non può verificarsi laddove ricorra una nullità relativa ove la legittimazione circoscritta esclude, per le nullità tradizionali, l'esercizio dei poteri officiosi, mentre per le nullità di protezione ne ammette l'esercizio purché, però, ciò non contrasti con l'interesse del consumatore. Contrasto che diverrebbe palese nell'ipotesi in cui questi

abbia rinunciato all'azione di nullità proposta od al giudicato sulla *quaestio nullitatis*.

In ogni caso, la rinuncia, per essere validamente effettuata, deve riguardare un diritto attuale a fare valere la nullità, non può quindi configurarsi in patti o negozi unilaterali conclusi prima o, più probabilmente, coevamente al contratto nullo.

Nell'ambito delle nullità di protezione merita però una riflessione a parte l'ipotesi, pur presente in varie disposizioni, in cui il legislatore non abbia contemplato una specifica limitazione circoscritta al contraente debole della possibilità di fare valere la nullità. Esempi del genere si trovano nel codice del consumo, ove l'art. 143 dispone l'irrinunciabilità dei diritti del consumatore e la nullità di ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice, ma anche, nei rapporti tra imprese, negli artt. 2, 6, 9 della l. n. 192 del 1998 e nell'art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002.

Ipotesi tutte ove il carattere non esplicitato del carattere unidirezionale della nullità apre il problema della possibile legittimazione assoluta all'azione, seguendo la regola generale contenuta nell'art. 1421 c.c., con la conseguenza, rispetto al tema qui affrontato, che la rinuncia all'azione da parte del contraente destinatario diretto della normativa di protezione non sarebbe sufficiente ad escludere che altri, comunque interessati al prodursi dell'effetto dirimente, possano fare valere la nullità.

La questione, peraltro, ha rilevanti ricadute operative, anche in ambito specificamente notarile: infatti, non v'è chi non veda che l'escludere la legittimazione relativa – riservata al contraente debole – quale carattere necessariamente proprio delle nullità di protezione, significa ridurre drasticamente il carattere dispositivo delle nullità in questione e, quindi, lascia spazio alla possibile applicazione dell'art. 28 l. not. nonché, di conseguenza, alla stessa possibilità per il notaio di rifiutare la stipula del contratto che si presenti in contrasto con le previsioni di cui innanzi. Sotto il profilo pratico ciò finirebbe di fatto per privare il contraente debole dell'accesso stesso al contratto e quindi della possibilità di ottenere il bene o il servizio di cui ha bisogno, equiparando così la nullità protettiva ad una nullità di tipo tradizionale con una consequenziale indebita negazione delle peculiarità che sotto il profilo degli interessi in gioco, nella loro complessiva graduazione, connotano e differenziano profondamente le prime dalle seconde.

Il problema non è di facile soluzione, ed infatti, si è giustamente rilevato (POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 48) che se da un lato si deve negare alle nullità di protezione il connotato riduttivo di eccezioni al modello tradizionale della

nullità come indicato nel codice civile, dall'altro neppure sarebbe corretto «cedere alla tentazione di istituire una corrispondenza necessaria fra finalità protettive della patologia e legittimazione (in ogni caso) riservata al contraente debole», giacché osta a questo automatismo la eterogeneità dei contesti applicativi che fanno da sfondo alle nullità di protezione in ragione della complessità degli interessi dalle stesse tutelati. Ed è proprio in ragione della possibile tutela di tali interessi ultronei rispetto a quello principale e diretto del contraente debole che può porsi il problema di una legittimazione allargata a farli valere residuando, all'esito della rinuncia all'azione da parte del contraente debole, oppure in conseguenza dell'immobilismo di quest'ultimo, l'interesse e quindi la legittimazione a sollevare la *quaestio nullitatis* da parte di terzi che dal contratto ricevano un pregiudizio, sia pure riflesso.

Tale eventualità, però, non muta la posizione del notaio in relazione alla stipulazione di contratti contenenti nullità di protezione sia pure connotate da legittimazione assoluta a fare valere l'effetto dirimente; ed infatti, ritenere che nell'ipotesi in questione il notaio dovrebbe rifiutare il proprio magistero, incorrendo, in mancanza, nelle sanzioni di cui all'art. 28 l. not., significa non tenere conto della considerazione che in ogni nullità di protezione, a legittimazione relativa od assoluta che sia, la previsione civilistica della nullità ha funzione essenzialmente rimediale in quanto per lo più mira alla conservazione del contratto ondatore della clausola o del patto con il quale si concreta l'abuso in danno del contraente debole. Non a caso è molto spesso contemplata la necessaria parzialità dell'effetto dirimente.

Come si è efficacemente detto la nullità è nel contratto non del contratto, perché la vigenza dello stesso, anche all'esito dell'esperita nullità, è da un lato essenziale per la tutela del destinatario della normativa di protezione, dall'altro è lo strumento più efficace per perseguire la tutela generale del mercato, restituendo ad esso un contratto non più abusivo, e, nel contempo, penalizzando/sanzionando così il predisponente che, suo malgrado, si troverà vincolato da un contratto che, in quanto carente dei patti con i quali è stato realizzato l'abuso in danno del contraente debole, è divenuto non più conveniente (in definitiva il mantenimento in vita del contratto deprivato della clausola vessatoria è funzionale al perseguimento anche dell'ulteriore, benché succedaneo, obiettivo di moralizzazione del mercato proprio in quanto atto a penalizzare il predisponente per il quale non rappresenta certamente un deterrente la nullità dell'intero contratto quanto, piuttosto, che esso permanga in essere senza quelle clausole vessatorie sulla cui vigenza ed operatività aveva, invece, fatto affidamento e costruito la sua offerta commerciale).

In altri termini il funzionamento dei meccanismi di tutela sottesi alle nullità protettive necessitano della stipula del contratto, perché solo da tale vicenda, che assicura alla parte debole l'accesso ai beni o servizi di cui necessita, possono nascere i correttivi, i rimedi a tutela tanto della parte o dei terzi che da quel contratto o da quei patti subiscono pregiudizio, quanto del mercato.

Le esposte considerazioni, tuttavia, non escludono che nella ricorrenza di nullità di protezione a legittimazione assoluta, laddove tale connotato sia confermato da una lettura in chiave finalistica della previsione di nullità e non sia supinamente desunta a contrario dalla sola carenza di una espressa legittimazione relativa, la rinuncia all'azione o al giudicato sulla nullità effettuata dal contraente debole non comporterà alcuna sanatoria di fatto della fattispecie giacché residuerà pur sempre la legittimazione a far valere la nullità da parte dei terzi interessati.

Non parimenti potrà, invece, ritenersi sussistente la legittimazione dello stesso contraente che, abusando del proprio potere contrattuale, conseguenza per lo più della propria supremazia economica, abbia imposto il patto nullo, di cui successivamente intenda liberarsi per sopravvenute convenienze economiche.

Va da sé che tale paradossale conseguenza se sarebbe in astratto congruente con una legittimazione assoluta a fare valere la nullità, nel contempo cozzerebbe irrimediabilmente con una lettura in chiave finalistica e rimediabile delle nullità di protezione che consente di affermare che con esse si vuole dare un supplemento di tutela ai soggetti destinatari della finalità protettiva assicurandogli, successivamente alla conclusione del contratto e, poi, nel processo, una posizione di vantaggio rispetto al contraente che abusi del proprio potere negoziale; posizione di vantaggio inconciliabile con la possibilità che della nullità si avvalga, per una sopravvenuta convenienza, lo stesso contraente che l'abbia predisposta ed imposta.

Come si è opportunamente messo in rilievo (POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, cit., p. 50 s.), per scongiurare tale evenienza, frutto della meccanica operatività del precetto normativo, ben può applicarsi alla fattispecie in questione la *exceptio doli generalis* al fine di escludere detta operatività ogni qual volta essa sia connotata da contrarietà alla buona fede e conduca a risultati sostanzialmente iniqui, considerati gli interessi in gioco.

In tale contesto non può escludersi che l'eccezione in questione, poiché posta a presidio di un principio generale del sistema normativo che impone al giudice il controllo non solo sulla fondatezza formale del diritto ma anche sul carattere non abusivo del suo concreto esercizio, possa essere

fatta valere anche d'ufficio ogni qual volta dalle emergenze probatorie acquisite agli atti del giudizio risulti evidente il contrasto tra la pretesa formalmente corretta e le esigenze di giustizia sostanziale che ne impongano, invece, il rigetto in ragione della sua abusività in concreto.

3. – *Il problema della disponibilità delle nullità di protezione alla luce del contegno processuale del contraente protetto*

Il processo e le sue dinamiche evocano ulteriori questioni relativamente alla disponibilità delle nullità di protezione ed alla rilevanza anche ai fini sostanziali del contegno processuale assunto dal contraente protetto.

Il tema è divenuto di particolare attualità all'esito di talune pronunzie della Corte di Giustizia della CE che condizionano il rilievo d'ufficio delle nullità di protezione a legittimazione relativa all'interpello preventivo del consumatore escludendo che la nullità possa essere dichiarata qualora questi, all'esito dell'informazione ed interpello ricevuti, vi si opponga (C. giust. Ce, 4 giugno 2009, C-243/08, in *Contratti*, 2009, 12, p. 1115 ss., con nota di MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*; C. giust. Ce, 17 dicembre 2009, C-227/08).

Il primo caso prospettabile è quello in cui il contraente destinatario della disciplina di protezione, all'esito della indicazione da parte del giudice, in virtù dei propri poteri officiosi, di una possibile nullità di una clausola in odore di vessatorietà, o dichiararsi che non intende invocarne la natura abusiva e non vincolante o nulla dica al riguardo ma si difenda nel merito.

La seconda ipotesi prospettabile concerne il caso in cui il consumatore radichi la controversia in conformità alla clausola abusiva che, in tesi, gli sarebbe sfavorevole. Ad esempio qualora la clausola indichi quale foro esclusivo competente per le controversie quello del professionista ed il consumatore, in veste di attore, incardini la causa presso detto foro, oppure, convenuto in giudizio dal professionista nel foro ove ha il domicilio o la residenza, eccepisca l'incompetenza del giudice adito, invocando a sostegno dell'eccezione spiegata l'applicazione della clausola che deroga al foro del consumatore, contenuta nel contratto.

La terza ipotesi nella quale il consumatore, convenuto in giudizio dal professionista che invochi l'applicabilità di una clausola vessatoria, rimanga contumace.

Sono tutti casi, quelli prospettati, in cui c'è da interrogarsi su quale ricaduta sostanziale abbiano detti comportamenti processuali del consu-

matore ed in che misura essi finiscano per poter configurare una convalida espressa o tacita della nullità, o, comunque, una forma di sanatoria di essa.

Ovviamente le soluzioni prospettabili non possono essere univoche per la casistica sopra rappresentata: ed infatti, deve concordarsi, per il caso della contumacia, con chi ha posto in evidenza l'opacità del comportamento del contumace (PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1040; ID., *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Persona e mercato*, 2009, I, 28; ma v. anche E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. Arb.* 2006, p. 693); detto comportamento, com'è noto, non equivale ad alcuna manifestazione di volontà favorevole alla pretesa di controparte e lascia del tutto inalterato il substrato di contrapposizione su cui si articola il contraddittorio anche per quel che concerne i fatti costitutivi della domanda.

Dunque, non può riconoscersi alla contumacia un indice della volontà, sia pure implicita, del consumatore di non volere impugnare la clausola abusiva.

È senz'altro da escludere, pertanto, che da tale scelta processuale del consumatore possa conseguire una qualsivoglia valenza di convalida tacita della clausola in odore di vessatorietà.

L'altra ipotesi prospettata è quella in cui il consumatore, benché interpellato dal Giudice circa l'intenzione di invocare o meno la natura abusiva della clausola, nulla dica al riguardo e si difenda nel merito.

Un siffatto comportamento processuale, considerata la legittimazione circoscritta al solo consumatore a fare valere la nullità della clausola, potrebbe rappresentare un indice inequivoco dell'intenzione di questi di non impugnare la clausola ma, secondo una tesi più radicale, potrebbe, se ben si comprende, addirittura assumere una valenza sostanziale atta a determinarne la convalida tacita (cfr., PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Le forme della nullità* a cura di Pagliantini, Torino, 2009, p. 28 ss.).

È di tutta evidenza che le due prospettazioni non sono affatto equivalenti: infatti, va considerato che mentre la rinuncia implicita a fare valere la nullità ha una valenza limitata al processo, impedendo al giudice l'esercizio dei suoi poteri officiosi nonché escludendo l'ammissibilità di un successivo gravame sul punto, viceversa attribuire al comportamento processuale del consumatore il valore di convalida tacita finirebbe per avere una valenza sostanziale e, dunque, una ricaduta anche extraprocessuale in virtù della ipotizzata definitiva sanatoria della clausola vessatoria in questione [in questo senso PAGLIANTINI, *op. e loc. ult. cit.*, che sebbene condi-

visibilmente sostenga che «se dalle carte emerge che il consumatore si è costituito e difeso nel merito, non si vede per quale ragione dovrebbe poi essere ammesso ad eccepire la nullità o a beneficiare di una rilevanza officiosa» poi, invece, questa volta non condivisibilmente, conclude (ripetendo un'affermazione di G. D'Amico) che ciò si giustifica in quanto «la nullità non potrà essere rilevata (...) per la semplice ragione *che essa non sussiste più*», il che, come già ho avuto modo di evidenziare (cfr. MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2009, 12, p. 1123, nt. 14), significa attribuire ad un contegno processuale conseguenze dispositive di diritto sostanziale, validate della clausola vessatoria, non previste dalla legge. Alla tesi di Pagliantini ha prestato successiva adesione RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, 131 e ss.].

Su queste premesse potrebbe sostenersi che detta prospettazione esca rafforzata alla luce di quel condivisibile orientamento giurisprudenziale che, in materia di nullità di protezione, specie se a legittimazione relativa, subordina l'esercizio dei poteri officiosi del giudicante all'interpello del consumatore, affinché questi manifesti o meno una volontà all'impugnativa della clausola (in termini, in particolare, RIZZUTI, *op. cit.*, 135 che afferma: «in seguito all'avviso ed all'informazione, che il magistrato fornisce al consumatore, quest'ultimo diviene in grado di esprimere, in risposta all'interpello giudiziale, una dichiarazione sufficientemente consapevole, tale da poter esplicare un effetto di blocco del potere di rilievo officioso, e, quindi, alla fine, un effetto sanante della nullità stessa»).

Interpello che rappresenta da un lato un passaggio essenziale per poi procedere o meno alla declaratoria d'ufficio della nullità della pattuizione abusiva, dall'altro spazza via il dubbio circa l'eventuale carenza di consapevolezza del consumatore sui propri diritti all'impugnativa.

In altri termini al contegno consapevole (perché espressamente interpellato) del consumatore che, snobbando la *quaestio nullitatis*, si difenda nel merito andrebbe attribuito valore validativo della clausola ai sensi del comma 2 dell'art. 1444 c.c.

La conclusione non è però condivisibile.

Ed infatti, al di là della dibattuta questione circa l'ammissibilità o meno di una convalida delle nullità di protezione, sul quale ci si soffermerà appresso, sembra, invero, difficile sostenere che un comportamento processuale, quale il mancato esercizio di una mera difesa come è quella relativa alla *quaestio nullitatis* della clausola, possa correttamente interpretarsi quale espressione di un intento validativo di essa (sul punto concorda G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei*

negozi giuridici, Napoli, 2009, 70 che sottolinea «la ragionevolezza della regola secondo la quale la mancata eccezione di nullità non comporta convalida» evidenziando, opportunamente, che ciò va ribadito «in particolare quando l'interesse finale protetto dalla norma è ancora attuale e non è stato soddisfatto»). Diversamente opinando si ricollegerebbero conseguenze non previste dalla legge ad una scelta meramente difensiva del consumatore [Non è un caso che nell'art. 817, comma 2, c.p.c., il legislatore abbia ravvisato la necessità di attribuire espressamente al comportamento del convenuto che compaia di fronte agli arbitri e si difenda nel merito, dando così spontanea esecuzione al patto compromissorio di cui conosceva la causa di nullità (segnatamente difetto di forma), valenza impeditiva dell'impugnativa del lodo. Secondo un orientamento (PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, cit., p. 25; E. D'Alessandro, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, cit., p. 692) ciò comporterebbe una sostanziale di convalida del patto arbitrale (MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, in *Riv. Arb.* 2005, p. 849, attribuisce alla carenza della tempestiva eccezione d'inesistenza della convenzione arbitrale valenza di sanatoria del vizio); detta conclusione invero non convince perché non desumibile dal testo della norma che, anzi, come già detto, si limita a sancire esclusivamente una preclusione processuale (in tal senso BOVE, *Aspetti problematici della nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Il giusto processo civile* 2006, p. 57 ss.) impeditiva della successiva impugnazione per nullità del lodo. Ciò significa, a parere di chi scrive, che laddove, in relazione allo stesso rapporto negoziale contenente il patto compromissorio nullo, sorga una nuova controversia, la parte che era rimasta inerte nel precedente giudizio arbitrale subendo le conseguenze previste dalla norma in oggetto sarà appieno legittimata a sollevare l'eccezione d'incompetenza del collegio per invalidità della convenzione di arbitrato il che sarebbe viceversa precluso laddove si ritenga che l'art. 817, comma 2, c.p.c., esprima un'eccezione al divieto di convalida del contratto nullo] che non ha, né potrebbe avere, quel connotato di inequivocità ed assenza di riserve in ordine all'intento di sanare la patologia dell'atto. Connotato che, per orientamento consolidato [Cass., 26 giugno 1979, n. 3553, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1852], deve invece plasmare il comportamento idoneo a determinare una convalida tacita [E. D'Alessandro, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, cit., p. 693-694, argomentando dalla valenza di diritto sostanziale della previsione contenuta nell'art. 817, comma 2, c.p.c., sostiene l'impossibilità di «attribuire valore di comportamento concludente al contegno omissivo tenuto

nella prima difesa di fronte agli arbitri dal convenuto: semplicemente perché la validità di una clausola abusiva è subordinata alla sussistenza di una specifica contrattazione tra le parti e, dunque, implica un contegno attivo e consapevole del consumatore»].

D'altra parte si è pure opportunamente fatto notare, con riferimento alla portata della citata giurisprudenza comunitaria, che la «Corte non si esprime affatto circa il riflesso sostanziale sia del mancato esperimento dell'azione di nullità da parte del contraente legittimato, sia della "opposizione" da questi espressa al rilievo d'ufficio» [PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunzi abilità delle nullità di protezione*, cit., 25, che evidenzia anche come «la portata di quelle pronunzie sembra tuttavia *insuscettibile di avvalorare un simile assunto in termini generali*: per più ragioni»].

L'opzione difensiva in questione, dunque, va interpretata come un mero accadimento che si attua tutto nel processo e resta nel processo, ambito nel quale esclusivamente si consumano i suoi effetti (MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, cit., p. 1124; analogamente PASSAGNOLI, *op. loc. cit.*, che evidenzia altresì che la nullità potrebbe «essere fatta valere in un diverso processo ed anche in via surrogatoria». Merita anche segnalare che la Cassazione penale, a sezioni unite, con sentenza del 30 ottobre 2008, n. 46088, in *CED Cass. pen.* 2008, 241357, ha significativamente escluso che possa configurarsi la remissione tacita della querela in caso di omessa comparizione all'udienza del querelante, nonostante la sollecitazione del giudice a comparire con l'avvertimento rivolto al querelante che la sua assenza all'udienza successiva sarebbe stata interpretata quale remissione tacita della querela).

Essa, perciò, avrà la valenza sia d'impedire l'esercizio dei poteri officiosi, in quanto altrimenti sarebbero esercitati in contrasto con l'interesse del consumatore come esternato nel contegno processuale, sia di non consentire al consumatore, vincolato dal principio del non venire *contra factum proprium*, un gravame incentrato sulla *quaestio nullitatis* (Sul punto cfr., pure, LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, p. 350, che evidenzia che «in sede processuale, il mancato rilievo dell'eccezione di nullità e l'inibizione del rilievo officioso, più che convalidare il contratto sul piano sostanziale, consentono sul piano squisitamente processuale che si formi il giudicato implicito sulla validità, il che lungi dal determinare una sanatoria, semplicemente preclude ulteriori indagini sulla medesima questione»).

Circoscritti al solo piano processuale gli effetti del comportamento difensivo del consumatore, ne seguirà che, laddove il giudizio si estingua oppure relativamente allo stesso rapporto consumeristico sia incardinato un successivo diverso giudizio, questi, ove intenda adottare una differente linea di difesa rispetto a quella in precedenza prescelta, ben potrà fare valere quel diritto alla declaratoria di nullità della clausola vessatoria (in questi termini già in MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione*, cit., p. 1124).

In conclusione tanto la dichiarazione resa in sede processuale dal consumatore di non intendere avvalersi della nullità della clausola vessatoria, quanto il comportamento processuale del consumatore incompatibile con la volontà di questi all'impugnativa della clausola, costituiscono vicende che restano circoscritte all'ambito processuale in cui rispettivamente la dichiarazione è resa o il comportamento è tenuto, ad essi non è dato attribuire valenza dispositiva del diritto o di sanatoria, in senso sostanziale, della nullità della clausola.

Se si condivide quanto fin qui esposto dovrà anche convenirsi che le conclusioni tracciate ben si attagliano anche alla ulteriore ipotesi in cui il consumatore radichi la controversia in conformità alla clausola abusiva che, in tesi, gli sarebbe sfavorevole. È quanto potrebbe accadere ad esempio laddove nel contratto vi sia una clausola derogatoria del foro esclusivo del consumatore e questi, in ossequio alla previsione contrattuale, convenga il professionista innanzi al foro convenzionalmente stabilito, ovvero, convenuto in giudizio dal professionista nel foro ove egli risiede o dimicilia, eccepisca l'incompetenza del giudice adito, invocando a sostegno dell'eccezione spiegata l'applicazione della clausola che deroga al foro del consumatore, contenuta nel contratto [In relazione all'ipotesi da ultima indicata nel testo si segnala una recente, quanto discutibile, ordinanza della Cassazione (Sezione VI, 28 settembre 2016, n. 19061, in *Jus Civile* 2017, 5, con nota di MECCOLA) secondo cui «Qualora in un contratto fra professionista e consumatore venga pattuita una clausola di individuazione di una competenza convenzionale esclusiva sulle controversie originanti dal contratto in luogo diverso da quello del foro del consumatore e, quindi, da presumersi vessatoria ai sensi della lettera u) dell'art. 33, comma 2, del d.lgs. n. 206 del 2005 e, conseguentemente, nulla ai sensi dell'art. 36 dello stesso d.lgs., in mancanza di esito positivo dell'accertamento della non vessatorietà ai sensi dell'art. 34 del medesimo d.lgs., ove il professionista convenga in giudizio il consumatore davanti al foro a lui riferibile, nel convincimento (espresso o implicito) della vessatorietà della clausola, compete al consumatore che eccepisca l'esistenza della clausola convenzionale

dare la dimostrazione che essa non era vessatoria e, quindi, provare la ricorrenza di alcuno degli elementi contrari alla vessatorietà indicati dal citato art. 34, come quello indicato dal suo comma 4. In mancanza la causa deve ritenersi correttamente radicata dal professionista presso il foro del consumatore convenuto». La decisione è indivisibile perché si pone in palese contrasto con la *ratio* della disciplina sulle clausole vessatorie che vuole che, come bene sottolineato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (C. giust. Ce, 4 giugno 2009, C-243/08, cit.), sia il consumatore arbitro della possibilità di far valere o meno la vessatorietà della clausola, inibendo al giudice l'esercizio dei poteri officiosi qualora, all'esito dell'interpello del consumatore circa la *quaestio nullitatis*, questi dichiarerà di non volere avvalersene. Di qui consegue che alcun onere probatorio può pretendersi gravi sul consumatore circa la non vessatorietà della clausola che convenzionalmente determina il foro per le controversie in un luogo diverso da quello della residenza o del domicilio del consumatore, essendo sufficiente che questi scelga di volersi avvalere della clausola in questione, indipendentemente dalla eventuale vessatorietà di essa perché non negoziata, impedendone così la declaratoria della nullità, operante non a caso solo nell'interesse del consumatore].

Ebbene, se è innegabile che dette scelte difensive sono incompatibili sia con la volontà di far valere nel giudizio in cui sono effettuate la nullità della clausola abusiva sia con l'esercizio d'ufficio del potere del giudice declaratorio della nullità, laddove il consumatore interpellato dal giudice circa la *quaestio nullitatis* dichiarerà di non volersene avvalere, è altrettanto innegabile, per quanto già detto, che esse sono scelte irrimediabilmente legate al processo e che in esso si esauriscono. Attribuire a dette scelte anche una valenza sostanziale, extraprocessuale, validativa della clausola vessatoria, costituisce, a parere di chi scrive, un procedimento ermeneutico censurabile che non trova conforto in alcuna norma, anzi confligge con i principi che informano l'ordinamento processuale vigente.

4. – *La disponibilità dell'azione di nullità relativa e l'indisponibilità degli effetti dell'azione*

Il problema dei limiti alla disponibilità dell'azione di nullità e soprattutto della portata di tale disponibilità è oggetto di un recente dibattito con riferimento ad una ipotesi di nullità formale a legittimazione relativa, di cui all'art. 23 del TUF. La norma impone la forma scritta per la conclusione dei contratti aventi ad oggetto la futura negoziazione di strumenti d'investimento (c.d. contratto quadro), contemplando, per l'ipotesi dell'i-

nosservanza, la nullità del contratto che può essere fatta valere solo dal cliente.

Secondo la prevalente opinione il contratto quadro va qualificato come mandato, mentre le successive operazioni finanziarie – ordini di borsa – sono considerate ora quali meri atti di esecuzione, ora quali contratti collegati da esso funzionalmente dipendenti.

Conseguenza comune ad entrambe le ipotesi ricostruttive è che la mancanza o la nullità del contratto quadro, per lo più dovuta alla carenza della forma scritta prescritta, si riverbera sulla validità dei successivi ordini di borsa privando di causa dette successive operazioni negoziali [L'ipotesi che si prende in considerazione è quella dell'assenza del contratto quadro non quella, molto frequente e parimenti dibattuta, del contratto quadro c.d. monofirma, ossia sottoscritto dal solo cliente ma non dalla banca. Su tale ultima fattispecie si sono da ultimo pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione, 16 gennaio 2018, n. 898, cit., evidenziando che la prescrizione di forma in questione è posta nell'interesse esclusivo del cliente ed è intesa ad assicurare a quest'ultimo, da parte dell'Intermediario, la piena indicazione degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, dei contenuti e della documentazione da fornire in sede di rendicontazione ed altro come specificamente indicato, considerato che è l'investitore che abbisogna di conoscere onde potere all'occorrenza verificare, nel corso del rapporto, il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto. Se questa è la *ratio* della norma, proseguono le Sezioni Unite, il vincolo di forma da essa imposto va inteso secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale della nullità: la specificità della disciplina consente infatti di scindere i due profili del documento come certezza della regola contrattuale e dell'accordo. Di qui l'irrilevanza della sottoscrizione del delegato della banca sul contratto quadro, quando questo è firmato dall'investitore ed una copia gli è stata consegnata ed il contratto ha avuto esecuzione, rimanendo quindi assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione].

E, però, deve anche evidenziarsi che molto spesso alla conclusione del contratto quadro, perché carente dell'osservanza della forma, non fa affatto seguito nell'immediato l'esperimento da parte del cliente dell'azione

di nullità bensì essa è esercitata solo dopo che siano state eseguite svariate operazioni finanziarie che nella validità, iniziale o sopravvenuta, del contratto quadro hanno trovato il loro presupposto; nullità che viene invocata dal cliente-investitore con la finalità di fare annullare solo un'operazione finanziaria andata male. In altri termini si invoca una nullità c.d. selettiva, ossia non di tutti gli ordini di borsa susseguenti alla stipulazione del contratto quadro bensì solo di quello o quelli che hanno avuto un esito sfavorevole per l'investitore.

Taluna giurisprudenza, di merito come di legittimità, accede a tale possibilità ed emblematica è la recente decisione della Cassazione in cui si legge che la nullità di protezione in questione «può essere eccepita dall'investitore *anche limitatamente ad alcuni degli ordini di acquisto a mezzo dei quali è stato data esecuzione al contratto viziato*» (Cass., sez. I, 27 aprile 2016, n. 8395, in *Corriere Giur.*, 2016, 8-9, p. 1110 con nota di TUCCI ed in *Contratti*, 2016, 12, p. 1094 con nota di GIULIANI; cfr., però, in una diversa prospettiva Cass., sez. I, 11 aprile 2016, n. 7068, in *Contratti*, 2016, 12, p. 1093). Tale orientamento è tanto più significativo se si considera la circostanza che la banca, convenuta in giudizio, laddove decida di eccepire che la invocata nullità del contratto presupposto si ripercuote su tutte le operazioni finanziarie poste in sua esecuzione, potrebbe vedersi opposta che il carattere relativo della nullità in questione non la legittima a fare valere una eccezione di tal genere. Nel contempo potrebbe sostenersi che analogo impedimento ad estendere la nullità avrebbe il giudice nell'esercizio dei suoi poteri officiosi giacché essi verrebbero indebitamente esercitati *contra clientem*.

In contrapposizione a tali radicali e, per quanto si dirà, non condivisibili conclusioni, vi è, però, un altro orientamento della giurisprudenza (Trib. Verona, sez. IV, 28 giugno 2012, in *Il caso.it*, 2012; Trib. Verona, 22 luglio 2010, in *Società*, 2011, 6, p. 675, con nota di DELLA VECCHIA) che, partendo proprio dal carattere relativo della nullità in questione, ha considerato applicabile, per analogia, l'istituto della convalida tacita. Si legge che «Dato un contratto quadro nullo per mancanza della forma scritta, l'esercizio dell'azione di nullità rivolto solo ad alcune delle operazioni esprime la volontà di conservare le cedole incassate in relazione ai restanti ordini d'acquisto, e pertanto di avvalersi degli effetti del contratto quadro in base al quale sono stati effettuati: ciò si configura come una convalida integrale di tale contratto, in coerenza con il principio di buona fede, di cui l'istituto della convalida costituisce un'espressione. Di conseguenza, l'azione selettiva di nullità è da respingere poiché riguarda un contratto divenuto valido».

L'argomentazione riferita appare ragionevole ed in linea con i principi generali che governano l'esercizio dell'autonomia privata, ma da per scontata l'ammissibilità della convalida del contratto nullo sia pure a legittimazione relativa, il che è, invece, fortemente discusso e da molti negato; pur tuttavia laddove si ritenesse l'inconfigurabilità della convalida, come, peraltro, più volte ribadito anche dalla giurisprudenza (per tutte cfr. Cass., sez. I, 24 marzo 2016, n. 5919, in *Il caso.it*, 2016; Cass., sez. I, 11 aprile 2016, n. 7068, cit.) con riferimento alla fattispecie in oggetto, stante il disposto dell'art. 1423 c.c., si ritiene che vi siano altri argomenti che comunque escludano l'operatività di una nullità selettiva secondo i canoni sopra declinati.

Ed infatti, va considerato che la previsione di una legittimazione relativa a fare valere la nullità del contratto presupposto se da un lato esclude che la *quaestio nullitatis* possa essere sollevata da soggetti diversi dal legittimato ed implica che il giudice debba conformare l'esercizio dei propri poteri d'ufficio in funzione dell'interesse del solo legittimato all'azione, dall'altro, però, non può anche comportare che il soggetto legittimato, una volta che decida liberamente di esercitare il potere conferitogli, diventi anche arbitro degli effetti che da tale esercizio naturalmente conseguono.

È del tutto evidente, infatti, che l'accertata nullità del contratto presupposto fa venire meno la giustificazione causale di tutte le negoziazioni che in esso traggono fondamento, essendo queste ultime null'altro che atti posti in esecuzione del primo senza del quale non avrebbero potuto validamente concludersi [sul punto è interessante e condivisibile quanto dispone la Cassazione nella sentenza 11 aprile 2016, n. 7068, cit., ove si legge: «L'accordo quadro sottoscritto dal solo cliente e non dal rappresentante della banca stessa è nullo per violazione dell'articolo 23 TUF, non potendo la stipulazione essere desunta, in via indiretta, da dichiarazioni (di scienza o ricognitive) di contenuto differente. Dopo la stipulazione del contratto di negoziazione, gli ordini di acquisto e le operazioni di compravendita danno luogo ad atti sicuramente negoziali, ma non a veri e propri contratti, per di più autonomi rispetto all'originale contratto quadro di cui essi costituiscono attuazione ed adempimento. La nullità del contratto incide dunque sulla validità dei successivi ordini di acquisto stante anche l'esclusione di ogni forma di convalida del contratto nullo ex art. 1423 c.c.»].

Se così stanno le cose non v'è spazio per una nullità selettiva giacché il legittimato relativo a farla valere esaurisce il suo potere dispositivo, conseguente alla legittimazione relativa, nella decisione di proporre o meno

l'azione, esercitata tale facoltà si esaurisce ogni disponibilità degli effetti che dall'azione proposta derivano, in quanto essi sono predeterminati dall'ordinamento.

Di qui consegue che laddove la banca, convenuta in giudizio, eccepisca nelle proprie difese che dalla nullità del contratto quadro vengono pregiudicate e caducate tutte le operazioni finanziarie poste in esecuzione di esso, non sarà sostenibile che tale eccezione è inammissibile perché comporterebbe riconoscere alla banca una legittimazione a fare valere la nullità che non ha, in quanto tale ineluttabile conseguenza è già nel sistema e discende dall'applicazione generale del principio dell'inefficacia del contratto nullo.

Ma v'è di più anche il giudice, d'ufficio, potrà rilevare la nullità di tutte le negoziazioni di borsa poste a valle del contratto quadro giacché la nullità di essa consegue ineluttabilmente dalla sopravvenuta carenza causale che le connota, in ragione della eccepita nullità del contratto presupposto.

Si accredita, in definitiva, nel caso prospettato, un limite esterno, e fondato sui principi generali del contratto, alla disponibilità (c.d. selettiva) della nullità di protezione, disponibilità circoscritta all'azione non già agli effetti che dalla proposizione dell'azione poi derivano.

5. – (segue): *le ricadute della declaratoria di nullità di protezione ex art. 34, comma 2, c. cons. sulla nullità totale del contratto*

D'altra parte il citato meccanismo limitativo della disponibilità degli effetti conseguenti alla eccepita nullità non è nuovo per le nullità di protezione: ed infatti, basti pensare alla previsione contenuta nell'art. 34 del C.d.c. ove può rinvenirsi una breccia significativa alla previsione della conservazione del contratto deprivato della clausola nulla.

Ed infatti, l'art. 34, comma 2, c. cons., dispone che la valutazione della vessatorietà della clausola «non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi» ma poi precisa «purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile».

Il limite ermeneutico imposto dalla norma è da intendersi non già nel senso di escludere ogni valutazione che tenga conto dell'oggetto del contratto e della perequazione tra il prezzo ed i beni o servizi oggetto dello scambio quanto, piuttosto, nel senso di ritenere le clausole in questione soltanto tendenzialmente sottratte al giudizio di vessatorietà.

Ebbene, una formulazione oscura o poco comprensibile della clausola – non consentendo al consumatore di comprendere quale sia l'oggetto o,

più concretamente, i limiti dell'oggetto (si pensi ad esempio ai rischi inclusi od esclusi dalla copertura assicurativa) relativi alla negoziazione conclusa, oppure contenendo una formula equivoca in ordine ai termini economici dello scambio – comporta, dunque, la rimozione di ogni limite alla valutazione di vessatorietà.

Di fronte a questa eventualità, nonostante la previsione di salvaguardia contenuta nel primo comma dell'art. 36 c. cons., sembra difficile sostenere che la nullità resti confinata alla clausola e non, piuttosto, che essa diventi totale e, dunque, contaminino il contratto perché divenuto carente di un requisito essenziale, segnatamente per la indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto (cfr., in proposito, anche per maggiori approfondimenti, MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir.civ.*, 1997, p. 565 ss.; ID., *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 4, p. 103 ss.; in senso conforme DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 858; ma v. anche, sebbene in una diversa prospettiva, CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle cl. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 38; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2007, p. 9 ss. e 231 ss.).

D'altra parte una conferma alle esposte conclusioni può anche rinvenirsi nell'art. 6, par. 1, della direttiva sulle clausole abusive laddove sancisce la vincolatività del contratto depurato dalla clausola abusiva non incondizionatamente, ma «*sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive*» (Sul punto DI MARZIO, *op. cit.*, p. 858. Si è rilevato, D'ADDA, *op. cit.*, p. 256, che la contaminazione della nullità all'intero contratto sarà evitata anche nell'ipotesi in cui sia il legislatore a prevedere un complesso di norme dispositive volte a garantire il funzionamento del contratto non compiutamente determinato dalle parti contraenti, ipotesi questa particolarmente frequente nei contratti d'impresa il che indurrebbe, nei fatti, a svalutare il problema della nullità di tali contratti per indeterminatezza dell'oggetto).

Aggiungasi che l'art. 34, comma 1, c. cons., tiene conto che la prassi delle negoziazioni, specie in campo commerciale, impone alle parti di realizzare il risultato auspicato avvalendosi di operazioni complesse che comportano il collegamento tra più contratti; ne segue che, ai sensi della norma citata, nella valutazione della vessatorietà della clausola non si potrà prescindere da una valutazione della più complessa operazione negoziale di cui la clausola in odore di vessatorietà costituisce un tassello. In questo contesto, la formulazione in modo trasparente della clausola dovrà valutarsi anche tenendo conto della riformulazione che essa potrà avere alla

luce dei patti aggiunti al contratto, degli accordi individuali a latere o, comunque, di altre negoziazioni collegate.

Nell'ipotesi in cui da tale indagine ermeneutica risulti oltremodo incerta l'individuazione dei beni forniti, dei servizi resi o dei relativi corrispettivi il giudizio di vessatorietà e, dunque, la declaratoria di nullità, travolgerà necessariamente non solo la clausola che definisce in modo non trasparente l'oggetto del contratto ma anche l'intero contratto che la contiene per l'indeterminatezza del suo oggetto nonché, infine, l'insieme dei contratti collegati per il legame funzionale ed il rapporto di reciproca interdipendenza che li unisce [MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, cit., p. 571. Si evidenzia (cfr. D'ADDA, *op. cit.*, p. 34), inoltre, che in taluni casi, il carattere vessatorio di una clausola può essere desunto solo tenendo conto dell'insieme delle previsioni che compongono il regolamento negoziale, in tali ipotesi può essere difficile per l'interprete «l'opera di selezione del materiale negoziale disapprovato e la conseguente identificazione della parte "sana" del contratto; come accade quando il carattere abusivo di una condizione normativa, od anche economica, possa cogliersi solo avendo riguardo ad altre condizioni gravanti sulla controparte e quindi a seguito di una valutazione complessiva del regolamento negoziale (cioè della sua causa)»].

Il passaggio dalla nullità parziale della clausola alla nullità totale del contratto od anche dei contratti funzionalmente collegati potrà conseguire anche all'esito dell'esercizio dei poteri officiosi del giudicante, purché ciò avvenga nel pieno rispetto del contraddittorio delle parti investite sulla maggiore ampiezza della *quaestio nullitatis*, onde evitare sentenze a sorpresa, lesive del diritto di difesa e, quindi, in contrasto con l'art. 101, comma 2, c.p.c.

In definitiva, dovrà convenirsi che la logica di protezione posta a fondamento di talune previsioni di nullità, che ha indotto il legislatore a prevedere per esse caratteri, quali la parziarietà necessaria, peculiari rispetto alle nullità parziali di diritto comune perché maggiormente consonanti e funzionali rispetto all'interesse del consumatore destinatario della norma di protezione, se normalmente consente l'esclusione delle verifiche di cui al 1° comma dell'art. 1419 c.c., dovrà però segnare il passo ogni volta che la porzione del contratto elisa dalla nullità sia essenziale a garantire consistenza strutturale al regolamento residuo, soprattutto laddove non sussistano neppure norme dispositive atte ad integrare le lacune sopravvenute del contenuto del contratto [Sul punto CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 40, che sottolinea: «Solo quando anche mediante l'attivazione delle norme dispositive il risultato di persistenza del contratto non sia perseguibile, ne

conseguirà il venir meno dell'intero contratto»; analogamente D'ADDA, *op. cit.*, p. 268; l'opinione è condivisibile anche se le ipotesi in cui sussistano norme dispositive relative all'oggetto del contratto od alla determinazione del corrispettivo dello scambio sono piuttosto circoscritte; certamente il ricorso alle norme dispositive per l'integrazione del contenuto del contratto appare opportuno laddove dalla caducazione della clausola vessatoria conseguano ostacoli circa la pratica eseguibilità di esso. Il problema è avvertito anche da DI MARZIO, *op. cit.*, p. 860 e 867, che porta ad esempio il caso della nullità delle clausole che disciplinano il recesso o lo *ius variandi* nei contratti bancari e finanziari (ID., *op. ult. cit.*, p. 860)].

Si accredita, dunque, anche in questo caso, come in quello indicato nel paragrafo che precede, un limite esterno alla disponibilità delle nullità di protezione, limite segnato dall'operatività dei principi cardine del sistema dell'autonomia privata che nega validità al contratto carente degli elementi essenziali e segnatamente dell'oggetto, nell'ipotesi appena analizzata o della causa come nel caso esaminato nel precedente paragrafo.

6. – *La vexata quaestio della convalida delle nullità di protezione a legittimazione relativa*

Il tema complesso della disponibilità attraverso lo strumento della convalida delle negoziazioni viziati da nullità di protezione è stato nel corso degli ultimi anni oggetto di un vivace dibattito specialmente in dottrina. La questione è stata affrontata prevalentemente con riferimento alle nullità di protezione a legittimazione relativa per le quali la circoscritta legittimazione all'azione in capo al contraente protetto, in ragione dell'interesse prioritariamente tutelato dalla norma, impone di riflettere sull'ammissibilità o meno di un atto negoziale dispositivo della nullità avente consequenziale valenza di sanatoria del contratto o della clausola viziati, dando così corpo alla eccezione contenuta nell'art. 1423 c.c., che, nel disporre che il contratto nullo non può essere convalidato, fa salva l'ipotesi che la legge disponga diversamente [tra i vari contributi cfr. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit.; PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 24 ss.; D'Amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Le forme di nullità* a cura di Pagliantini, Torino, 2009; LA SPINA, *Destruzzurazione della nullità e inefficacia inadeguata*, Milano, 2012, p. 350; PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, cit.; RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, cit., p. 131 ss.].

È impossibile in queste pagine dare conto, sia pure in sintesi, dei termini del dibattito per cui ci si limiterà a talune notazioni di metodo e di merito.

È bene subito chiarire che non va fatta confusione tra il problema relativo alla ammissibilità o meno della convalida riferita alle nullità di protezione a legittimazione relativa, e l'ulteriore questione della recuperabilità, anche con efficacia di sanatoria, ma con strumenti diversi dalla convalida, delle negoziazioni affette da nullità.

È il caso ad esempio di quelle ipotesi contrattuali in cui la carenza di un elemento necessario per la validità della fattispecie, previsto dal legislatore in chiave protettiva del contraente debole, intervenga in un momento successivo alla conclusione del contratto; emblematica in tal senso può essere la fattispecie disciplinata dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 122 del 20 giugno 2005. La disposizione, com'è noto, prevede che all'atto della stipula di un contratto, che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento.

Da più parti in dottrina [cfr., per tutti, G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 59 e ss.], e pur in presenza di qualche pronuncia in senso contrario (App. Lecce, 14 maggio 2015, n. 222, secondo cui la consegna della fideiussione deve avvenire, al più tardi, all'atto della stipula del contratto preliminare; la mancata consegna non è rimediabile da successivo comportamento di alcuna delle parti), invero ben poco argomentata, si è rilevato correttamente che qualora la fideiussione venga rilasciata in un momento successivo alla conclusione del contratto non v'è più ragione di ritenere che il contraente protetto possa fare valere la originaria nullità, giacché il vizio e/o la carenza strutturale della fattispecie negoziale sono venuti meno, così come d'altra parte è soprattutto venuto meno l'interesse prioritario del contraente destinatario della normativa di protezione a fare valere la nullità [come in altra sede si è avuto modo di rilevare (cfr. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, cit., p. 185) la consegna della garanzia prima della proposizione dell'azione di nullità fa, in definitiva, venire meno l'interesse all'azione da parte del promittente acquirente unico legittimato,

ciò anche nella considerazione che la nullità in questione consegue da un comportamento inadempiente del soggetto obbligato *ex lege*, di qui la contaminazione tra regole di comportamento e regole di validità] e l'interesse finale protetto dalla norma è stato appieno rispettato [D'altra parte si è pure condivisibilmente evidenziato, anche in giurisprudenza (Trib. Padova, sez. II, 10 gennaio 2013, in *Pluris*), che una volta stipulato il contratto definitivo si abbia una sorta di "sanatoria implicita" del contratto preliminare nullo per l'omessa consegna della fideiussione. Ed infatti, se la fideiussione, nel caso di stipula di un preliminare, deve garantire il promissario acquirente per le somme dallo stesso anticipate, sino al momento del trasferimento della proprietà (v. art. 3, comma 7, d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122) e se la previsione, in ipotesi di mancato rilascio della fideiussione, di una nullità relativa costituisce lo strumento a disposizione del promissario acquirente per rendere effettivo il diritto ad ottenere questa garanzia, ne discende che una volta avvenuto il trasferimento della proprietà e venuti meno "i rischi" che richiedevano l'attivazione della garanzia fideiussoria, vengano meno anche tutte le conseguenze negative previste per il caso in cui la garanzia non sia stata prestata. In altri termini la stipula del definitivo, determinando l'effetto traslativo della proprietà, finisce per privare un'eventuale azione di nullità della funzione per la quale essa è stata prevista dal legislatore, essendo venuto meno il "rischio" da tutelare. Di qui il determinarsi anche in tal caso, come nell'ipotesi di fideiussione rilasciata successivamente alla stipulazione del preliminare, di una sorta di "sanatoria" automatica del contratto preliminare originariamente nullo], sia pure attraverso una procedura cronologica differente da quella tipizzata [giustamente in proposito G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., p. 59 ss., sottolinea che in casi come quello citato ed in altri ove «l'interesse tutelato dalla norma è stato sostanzialmente soddisfatto attraverso un atto o un comportamento rispettoso delle forme, ma realizzato in tempi diversi da quelli imposti dal legislatore» consegue che «la tecnica della nullità diviene disponibile» (ID., *op. ult. cit.*, p. 81), giacché «l'interesse finale protetto dalla norma non è stato leso, è rimasto soddisfatto pur se attraverso procedure diverse da quelle tipicamente o fisiologicamente previste dal legislatore» (ID., *op. ult. cit.*, p. 60)].

Ciò nonostante sebbene non possa dubitarsi che nell'ipotesi citata si abbia una sorta di recupero o, volendo, perfino di sanatoria del contratto nullo non di meno non può certamente sostenersi che tale effetto recuperatorio consegua da una convalida, giacché essa non vi è mai stata e, peraltro, il fatto – rilascio postumo della fideiussione – da cui consegue la sanatoria proviene non già dal soggetto unico legittimato a fare valere la

nullità e, quindi, eventualmente ad effettuare la convalida, bensì dall'altra parte del contratto. È notorio, invece, che può qualificarsi convalida ex art. 1444 c.c. solo quella fattispecie ove, tra gli altri requisiti, è ravvisabile identità tra l'autore della convalida ed il soggetto legittimato ad impugnare l'atto invalido [il tema della sanatoria del contratto nullo è stato evocato in giurisprudenza da un recentissimo arresto delle sezioni unite (Cass., sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, cit., con nota critica di GIGLIOTTI) che, richiamandosi espressamente all'art. 1423 c.c., ha sancito che «Il contratto di locazione di immobili, sia ad uso abitativo che ad uso diverso, contenente *ab origine* l'indicazione del canone realmente pattuito (e, dunque, in assenza di qualsivoglia fenomeno simulatorio), ove non registrato nei termini di legge, è nullo ai sensi dell'art. 1, comma 346, della l. n. 311 del 2004, ma, in caso di tardiva registrazione, da ritenersi consentita in base alle norme tributarie, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza *ex tunc*, atteso che il riconoscimento di una sanatoria "per adempimento" è coerente con l'introduzione nell'ordinamento di una nullità (funzionale) "per inadempimento" all'obbligo di registrazione». Invero, al riguardo sembra da condividersi il rilievo di Gigliotti (*op. cit.*, p. 43 s.) secondo il quale il richiamo all'art. 1423 c.c. appare discutibile e forzato giacché «il Giudicante pare completamente trascurare che la pretesa convalida del negozio nullo viene concretamente fatta discendere non già (come richiesto dall'art. 1423 c.c.) da una diversa disposizione normativa (che, infatti, espressamente difetta), ma – come si tenta di argomentare nei punti 17 e 18 della motivazione – da una semplice illazione logico-giuridica, dal momento che il riconoscimento di una sanatoria "per adempimento" appare coerente con l'introduzione nell'ordinamento di una nullità (funzionale) "per inadempimento"». Dette condivisibili considerazioni ovviamente, però, non escludono la possibilità di inquadrare la fattispecie in questione nell'eterogeneo contenitore dei rimedi atti al recupero della nullità, pur non integrando ipotesi improbabili di convalida. In questa differente ottica, che esula da un richiamo improprio all'art. 1423 c.c., il rimedio della registrazione postuma, in quanto reputato funzionale al perseguimento dell'interesse tutelato dalla norma che impone la registrazione del contratto, è, perciò, giustamente ritenuto dalle Sezioni Unite idoneo, sia pure con l'osservanza di una tempistica diversa da quella tipicamente e fisiologicamente indicata dal legislatore, a «stabilizzare definitivamente gli (assai instabili) effetti del contratto, assicurando piena tutela alla parte debole del rapporto», il conduttore].

Considerazioni per certi aspetti analoghe, specie con riferimento alle nullità di protezione relative a clausole vessatorie, sottolineano la necessità

di distinguere tra convalida ed altri atti di disposizione della nullità contrattuale. Ci si riferisce in particolare ai diversi strumenti negoziali della transazione o, anche, dell'accordo contenente una rinegoziazione, entrambi idonei a recuperare il contratto nullo affetto da clausole vessatorie senza, però, passare per una convalida dell'atto. In queste ipotesi il possibile recupero avviene attraverso una negoziazione postuma rispetto alla conclusione del contratto, negoziazione nella quale, però, il contraente protetto, nel disporre della nullità ad esempio di una clausola vessatoria, non è più in una posizione di sudditanza rispetto al professionista predisponente, bensì, essendo l'unico legittimato a fare valere la nullità, ha "in mano" le sorti del regolamento contrattuale. Alla luce di tale mutato contesto ben può ritenersi valida la transazione o l'accordo di rinegoziazione che, in definitiva, assicurano la soddisfazione dell'interesse tutelato dalla norma, sia pure, ancora una volta, in tempi e con modalità diverse da quelle tipicamente e fisiologicamente indicate dal legislatore, di qui la disponibilità della nullità di protezione, rimedio non più proporzionato all'interesse tutelato [sul punto cfr. anche i condivisibili rilievi di G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 80-81, che, nell'affrontare il tema in questione, evidenzia la necessità di sfuggire da soluzioni astratte e generalizzanti spostando l'attenzione sulla natura dell'interesse protetto dalla singola norma statuente la nullità e sottolineando, ai fini della valutazione della possibilità di disporre della nullità, che il criterio guida «dipende dall'interesse finale» ossia «qualora l'interesse protetto dalla norma sia stato in concreto soddisfatto, la tecnica della nullità (ovvero la caducazione) diventa disponibile. Sarebbe una mera petizione di principio consentire l'impugnazione e così negare la convalida»].

Le tecniche di recupero di cui si è fatto cenno innanzi, però, come si è detto, non rappresentano una convalida in senso proprio (ricorda ad esempio PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 29 che la transazione su titolo nullo potrebbe essere considerata alla stregua di una «convalida convenzionale a titolo oneroso» o come due negozi unilaterali reciprocamente condizionati di rinuncia e riconoscimento) e volendo, quindi, soffermarsi solo sui casi ove quest'ultima sia eventualmente possibile con riferimento alle nullità di protezione a legittimazione relativa concernente clausole vessatorie, riempiendo di contenuti la clausola di salvezza di cui alla seconda parte dell'art. 1423 c.c., si rileva che un primo e relevantissimo ostacolo a tale ipotizzata possibilità si ritrova nell'art. 143 c. cons.

La norma, situata nella parte VI del c. cons., tra le disposizioni finali ed avente valenza generale riguardo ai rapporti di consumo, infatti, affatto "dispone diversamente", bensì sancisce che «I diritti attribuiti al consu-

matore dal codice sono irrinunciabili» nonché la nullità di «ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice».

Ebbene se la portata della disposizione in questione, come si è già avuto modo di evidenziare (MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti attribuiti al consumatore dal codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contratti*, p. 697 ss.; ID., *Transazione novativa ed ars notaria*, in *Jus Civile*, 2016, 2, p. 15 ss.), va correttamente interpretata nel senso che essa sanziona con la nullità non qualsiasi rinuncia pattizia od unilaterale bensì la sola rinuncia preventiva ai diritti riconosciuti dal codice del consumo, essendo, invece, valida una rinuncia *ex post*, effettuata successivamente al sorgere del diritto, appare evidente che mentre sarà legittimo rinunciare a diritti maturati in relazione a fatti già verificatisi – come ad esempio al diritto di recesso [ad esempio in ordine alla nullità relativa contemplata dall'art. 30, comma 7, d.lgs. n. 58 del 1998, concernente l'offerta fuori sede dei servizi di investimento, e conseguente all'omessa indicazione nei moduli o formulari della facoltà di recesso del cliente, si è rilevato (POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 4, p. 951) che «non si richiede, ai fini della nullità, che le condizioni contrattuali siano pregiudizievoli per l'aderente, in quanto il diritto di recesso di cui si è omessa la menzione opera a prescindere dall'iniquità del regolamento e la mancata informativa è di per sé abuso che determina la non vincolatività *ex uno latere*». In questa ipotesi, in cui il neoformalismo contrattuale espleta una funzione essenzialmente informativa, non si vede perché debba escludersi l'ammissibilità di una rinuncia al diritto a fare valere la nullità del contratto da parte del cliente o, in alternativa, di una convalida, qualora questi, nella piena consapevolezza della titolarità del diritto a fare valere la nullità in conseguenza dell'omissione del predisponente, consideri comunque vantaggioso l'affare e, con una dichiarazione postuma, affermi di considerare il contratto pienamente vincolante o di rinunciare ad impugnarlo], al diritto alla riparazione o sostituzione del prodotto difettoso, al diritto al risarcimento del danno cagionato dal prodotto difettoso – non così dovrà ritenersi per quei diritti, quale quello di fare valere la nullità del contratto o di una clausola di esso, che pur se maturati, in quanto sorti dopo la stipula del contratto, sono suscettibili di divenire effettivi solo se sorgerà una contestazione rispetto a quel contratto od a quella determinata clausola vessatoria.

E quindi, ritenere ammissibile la convalida e per essa la rinuncia irrevocabile all'azione per l'invalidazione del contratto o della clausola, quale atto isolato e non ricompreso nell'ambito di una transazione su titolo nullo, ove attuare uno "scambio" tra il mantenimento della clausola ed

altre utilità che il consumatore ritenga più convenienti, non solo si porrebbe in irrimediabile contrasto con l'art. 143 c. cons., ma finirebbe per mortificare le finalità e gli interessi tutelati dalla norma che commina la nullità prestandosi, peraltro, a costituire un comodo quanto illegittimo *examotage* per aggirare, in danno del contraente protetto, con una dichiarazione solo formalmente successiva alla conclusione del contratto affetto da nullità relativa, il precetto normativo (sul punto concorda anche RIZZUTI, *op. cit.*, p. 135, che pur favorevole alla possibilità di una convalida stragiudiziale conviene con il ritenere inammissibili «facili elusioni della tutela accordata dalla legge», quali ad esempio quella prospettata nel testo).

Di qui l'inammissibilità della convalida e o della rinuncia alla nullità quale atto isolato da un più ampio ed articolato contesto negoziale (per ulteriori approfondimenti sia dato rinviare anche alle considerazioni svolte dallo scrivente nel saggio *La recuperabilità del contratto nullo*, cit., p. 186, ove tra l'altro si evidenzia che una rinuncia di carattere generale a fare valere la nullità di clausole vessatorie, in quanto abdicativa anche per il futuro dell'esercizio del diritto da parte del contraente debole, sarebbe, da un lato, idonea a radicalizzare lo squilibrio del contratto e, dunque, si porrebbe in radicale contrasto con le finalità della norma prescrittiva dell'effetto dirimente, dall'altro sarebbe dismissiva di diritti non ancora sorti e, perciò, indisponibili ai sensi dell'art. 143 c. cons.) (transazione o rinnovazione/rinegoziazione del contratto) in cui, con modalità sia pure postume e, perciò, diverse da quelle tipiche, si realizzi comunque l'interesse normativo alla effettiva negoziazione della clausola, sotteso alla previsione della nullità di protezione (sul punto cfr., anche, GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, p. 458, che sottolinea, con riferimento alle clausole vessatorie contenute nella c.d. lista grigia, che se «il legislatore ricollega la nullità delle singole clausole al solo fatto che non vi sia stata trattativa individuale sul punto, non è difficile immaginare che si possa ammettere che una trattativa posteriore alla formazione del contratto sia di per sé sola idonea a condurre ad una sanatoria del vizio», e poi condivisibilmente puntualizza che «in questo caso la sanatoria del negozio non avverrebbe propriamente in virtù di una manifestazione unilaterale di volontà da parte del contraente debole, ma piuttosto a mezzo di un accordo negoziale modificativo del precedente». Cfr., però, Trib. Torino, 28 maggio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2598, secondo cui, in applicazione del comma 1 dell'art. 1972 c.c., posto che la clausola, contenuta in un contratto tra un professionista e un consumatore, con cui si impone a quest'ultimo il pagamento,

a titolo di penale, di una somma d'importo manifestamente eccessivo, in quanto ne sia riconosciuta l'abusività, deve ritenersi altresì illecita sotto il profilo della causa negoziale, va dichiarata d'ufficio la nullità della transazione relativa a detta clausola).

7. – *L'illiceità del contratto ed i limiti alla etero integrazione di esso*

La nullità per illiceità, com'è noto, rappresenta una peculiare ipotesi di nullità nei confronti della quale l'ordinamento si pone in posizione di particolare rigidità, ponendo, cioè, limiti tassativi alla possibilità del recupero, mediante tecniche di etero integrazione, della negoziazione o del contratto nullo.

Detti limiti, tuttavia solo per la transazione su titolo illecito sono espressamente declinati, mentre, negli altri casi, sono desumibili in via interpretativa; si pensi alle ipotesi del divieto della conversione del contratto illecito e della convalida delle disposizioni testamentarie e delle donazioni illecite.

La ragione di tale differente trattamento riservato alla transazione risiede, come già in altre occasioni si è avuto modo di sottolineare (MONTICELLI, *Transazione novativa ed ars notaria*, cit., p. 10 ss.; ID., *Patologia del contratto e negoziazioni compositive della lite*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 1, p. 20 ss.; ID., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 108), non tanto in un'impossibilità tecnica di effettuare una valida transazione novativa (relativamente ad un titolo nullo la transazione, com'è noto, non può che essere novativa giacché la transazione semplice incide sugli effetti del negozio che rimane alla base del rapporto, viceversa poiché il negozio nullo è inidoneo a produrre effetti rispetto ad esso sarà possibile solo una transazione novativa che spazzando via il titolo asseritamente nullo elimini la fonte originaria della lite e crei un nuovo assetto di interessi svincolato del tutto dal rapporto litigioso) relativamente ad un contratto illecito, quanto, piuttosto, in una esplicita scelta politica del legislatore [non a caso F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, rist. 2^a ed. (1975), Napoli, 1986, p. 127, nello spiegare la *ratio* della norma, richiama la riserva di giurisdizione in materia di negozio illecito, della quale l'art. 1972, comma 1, c.c. rappresenta una delle principali espressioni].

Va considerato, infatti, quanto alla conversione ed alla conferma, che la nullità per il negozio illecito discende dal giudizio di riprovazione da parte dell'ordinamento dello scopo, dell'intento pratico, voluto dalle parti perché contrastante con gli interessi fondamentali della società o con i principi etici, ne segue che detto intento pratico non potrà essere perseguito, neppure in via ridotta, né con quel contratto/negozio illecito né con

l'utilizzazione, in sede di conversione e conferma, di tali fattispecie nel quadro di operazioni di "recupero" e/o "etero integrazione" delle stesse, giacché consentendo ciò si raggiungerebbe, sia pure in via indiretta, lo stesso risultato vietato che l'ordinamento censura.

Come si è giustamente sottolineato «proprio nel risultato risiede la causa del vizio» (DI MARZIO, *op. cit.*, p. 922).

Ma se riguardo la conversione le ragioni del divieto non espresso possono individuarsi proprio nel rapporto di continenza intercorrente tra la fattispecie risultante dalla conversione ed il negozio nullo e se, parimenti, non può dubitarsi della relazione peculiare di dipendenza esistente tra la negoziazione nulla ed il negozio di conferma, siffatti legami, viceversa, non sussistono per l'ipotesi di transazione novativa anche se relativa al contratto illecito. Ed infatti, secondo quanto previsto dall'art. 1976 c.c., la transazione novativa implica l'integrale sostituzione del nuovo assetto di interessi delineato dalle parti al rapporto preesistente, il quale, in linea di principio (l'art. 1976, ultima parte, infatti, fa salva l'ipotesi in cui «il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato»), non può essere fatto rivivere nemmeno mediante l'attivazione del rimedio della risoluzione per inadempimento del contratto [in altri termini la transazione novativa e la transazione semplice, pur essendo entrambi negozi c.d. di secondo grado, benché evidenziandosi da taluni la natura dichiarativa della seconda a fronte della natura dispositiva della prima, si differenziano peculiarmente, giacché la prima a differenza della seconda non può considerarsi quale negozio ausiliario di quello principale, in quanto la finalità di conciliare la lite passa, necessariamente, per la totale eliminazione della situazione giuridica – o pretesa tale (è ammissibile anche la transazione novativa rispetto ad un titolo inesistente) – attorno alla quale verte la lite che viene interamente sostituita dall'assento d'interessi che origina solo dalla transazione. Distinguo questo che sembra dato per acquisito anche in giurisprudenza (ad esempio, Cass., 18 maggio 1999, n. 4811, in *Notiz. giur. lav.*, 1999, p. 690) che, nel differenziare le due ipotesi, pone in evidenza che «caratteristica della transazione novativa è quella di essere non un negozio ausiliario, bensì un negozio principale», sottolineando che «a differenza di quel che accade nella transazione propria, nella quale il contratto di transazione è complementare rispetto al fatto causativo del rapporto originario ed è quindi fonte concorrente di diritti ed obblighi, nella transazione novativa il contratto di transazione rappresenta l'unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti». Conseguenziale al distinguo di cui innanzi è che nella transazione semplice, poiché non viene sostituito il titolo originario, ma sono modificati solo taluni profili di esso (ad esem-

pio il *quantum* o le modalità dell'adempimento etc.), che rimane a fondamento del rapporto inizialmente costituito, «la natura dell'obbligazione resta quella originaria, soggetta alle sue vicende». Tale risultato non consegue, invece, alla transazione novativa fatta salva l'ipotesi in cui vi sia un patto espresso in tal senso secondo quanto dispone l'art. 1232 c.c., in tema di novazione].

In definitiva laddove l'accordo transattivo con valenza novativa intervenga relativamente ad una negoziazione nulla il risultato cui mirano le parti è quello di rendere indipendente la validità del nuovo rapporto fondato sulla transazione dalle vicende relative alla situazione controversa fondate sulla preesistente negoziazione viziata.

Tale effetto è perseguibile solo creando *ex novo* un rapporto che in tutto si sostituisce al precedente eliminando la fonte originaria della lite (sul punto concorda anche DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 987, che afferma: «Quanto alla natura necessariamente novativa della transazione su contratto nullo, essa appare indiscutibile», rilevando, altresì, che da tale natura consegue che «gli effetti del contratto faranno data dal momento non del contratto nullo, ma della successiva transazione»); infatti, a seguito della transazione novativa l'unica fonte del rapporto tra le parti rimane il negozio transattivo, mentre a seguito della transazione semplice la fonte del rapporto sarà costituita sia dal negozio di transazione che dal rapporto preesistente. In questi termini, allora, appare chiaro che non può negarsi all'accordo transattivo appieno innovativo l'idoneità tecnica a creare un nuovo rapporto perfettamente valido relativamente anche alla situazione litigiosa fondata su un contratto illecito.

Ed infatti, tanto sotto il profilo causale quanto sotto il profilo dell'oggetto, il rapporto derivante dall'accordo transattivo appieno innovativo sarà del tutto autonomo da quello fondato sul contratto nullo, ancorché illecito, e, proprio in ragione di tale autonomia, da un lato dovrà negarsi ogni fondamento alla tesi che attribuisce alla transazione su titolo nullo una valenza c.d. recuperatoria e/o di sanatoria del contratto presupposto, da cui origina la lite, in tesi nullo, dall'altro non potrà negarsi che il nuovo rapporto fondato sulla transazione sarebbe immune dai vizi che connotavano la fattispecie affetta da illiceità che si è voluta sostituire (spazzare via) proprio attraverso la transazione.

Se l'argomentazione di cui innanzi convince, dovrà riconoscersi al divieto comminato nel I comma dell'art. 1972 c.c. esclusivamente una funzione sanzionatoria giustificata dal particolare disfavore manifestato nei confronti dei rapporti contrattuali nulli per illiceità (si ricorda, tra le altre norme, anche il disposto dell'art. 2126 c.c.: «La nullità o l'annulla-

mento 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») che si risolve, quindi, in un limite a comporre la lite attraverso la transazione.

In altri termini il divieto contenuto nella norma in oggetto, ben lungi dall'essere confermativo di un possibile rifluire della illiceità del titolo originario nell'accordo transattivo con valenza novativa, ha piuttosto il valore di *limite eccezionale* dell'autonomia dei privati, limite che ha i connotati propri della *sanzione civile* e che il legislatore necessariamente ha dovuto porre con un divieto espresso in quanto, in mancanza di esso, nessun impedimento tecnico si sarebbe potuto frapporre ad una valida stipulazione di una transazione novativa (appieno condivisibili appieno i rilievi di DEL PRATO, voce *Transazione*, cit., p. 845, che opportunamente evidenzia che dal secondo comma dell'art. 1972 c.c. «si desume, infatti, la generale ammissibilità e l'autonomia dell'accordo volto a superare la controversia sulla nullità del titolo. L'art. 1972, comma 1, limita la portata di questo principio, riservando alla decisione giudiziale ogni questione in materia di illiceità») relativa ad una negoziazione viziata da illiceità [sulle argomentazioni svolte nel testo, che riprendono quelle già elaborate dal sottoscritto negli scritti citati innanzi, e qui riprese, sembra concordare DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 986 e ss., che, nell'escludere che con la transazione su titolo nullo si operi una sanatoria di esso, realizzandosi, piuttosto un nuovo contratto del tutto autonomo dal precedente, conclude che, a rigore, «si dovrebbe perfettamente ammettere la transigibilità del contratto illecito», sebbene evidenzi che la regola espressa dal I comma dell'art. 1972 c.c. non stia ad individuare una sorta di sanzione civile all'autonomia privata bensì ricalchi la regola affermata dall'art. 2035 c.c. per cui sarebbe contrario al buon costume consentire discussione e disposizione di situazioni giuridiche ed economiche connesse ad un contratto illecito (p. 987). In verità non mi sembra che l'argomentazione appena riferita escluda la qualificabilità del divieto espresso dall'art. 1972, comma 1, c.c., in termini di sanzione civile].

In definitiva la disciplina in questione fissa un limite invalicabile, ancorché circoscritto ai negozi illeciti, alla disponibilità successiva della nullità.

8. – Conclusioni

Nel tentare di trarre le fila delle considerazioni svolte, se vi è la consapevolezza che probabilmente non possono considerarsi esaustive di tutte le eterogenee ipotesi in cui sia possibile disporre della nullità negoziale,

tuttavia esse hanno l'ambizione d'individuare rispetto a queste ultime quantomeno le problematiche più ricorrenti ed i limiti che l'autonomia privata incontra a detta disponibilità, anche considerando le dinamiche processuali. Si è, quindi, pure cercato di chiarire come la disponibilità dell'azione di nullità, connessa alla legittimazione relativa a farla valere con riferimento alle nullità di protezione, non implichi anche, una volta che detta azione sia liberamente esercitata dal contraente esclusivamente legittimato, la possibilità, per quest'ultimo di disporre degli effetti che dalla invocata nullità derivino, qualora essi si rivelino poi pregiudizievoli per lo stesso contraente destinatario della normativa di protezione. Infine, in ordine alla tematica sempre viva della "sanabilità" del contratto nullo, evocata dalla riserva espressa dall'art. 1423 c.c., si è tentato di chiarire le ragioni in virtù delle quali il recupero del contratto nullo non debba necessariamente passare per l'ammissibilità di una convalida dello stesso, ma che piuttosto vada considerato l'interesse tutelato dalla previsione di nullità e la possibilità che esso sia comunque perseguito anche in momenti successivi rispetto alla conclusione del contratto, accreditando, così, dinamiche strutturali diverse da quelle contemplate dal legislatore.

SALVATORE MONTICELLI