

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Le nullità di protezione nella giurisprudenza: aspetti sostanziali e profili processuali

**STRUTTURA TERRITORIALE DI FORMAZIONE
DECENTRATA DEL DISTRETTO DI PERUGIA**

22 Gennaio 2021 – ore 15:00

Incontro da remoto su piattaforma «GoToWebinar»

SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

SSM

Le nullità protezione. Profili sostanziali

I tipi di nullità di protezione nei
contratti

SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Premessa

Sono circa tre lustri che la nostra legislazione ha introdotto la figura che va sotto il nome di nullità di protezione (art. 36 c. cons.). Contemplata per offrire un rimedio adeguato alle esigenze del diritto contrattuale di competenza dell'Unione europea, tale figura presenta i lineamenti di **una nullità speciale** rispetto al modello codicistico.

tratti distintivi: **legittimazione relativa, rilevabilità d'ufficio nell'interesse di una parte, nella parzialità necessaria.**

Il diritto dell'Unione

Il tema necessita pertanto di una messa a fuoco che parta dalla chiara distinzione fra il ruolo che la nullità di protezione svolge nel diritto di competenza dell'Unione europea e nella giurisprudenza interna che dalla prima è influenzata.

Segue: Il diritto dell'unione

Gli interventi eurounitari sono finalizzati dapprima alla **rimozione degli ostacoli al mercato interno** e alla valorizzazione del principio della libera **concorrenza**; col Trattato di Lisbona, si è aggiunto il **perseguimento della economia sociale** di mercato (art. 3, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea), in nome della quale sono state moltiplicate le forme di protezione **di situazioni di strutturale debolezza contrattuale**, da quella dei consumatori a quella delle imprese minori.

La frantumazione della nullità: il prima delle nullità di protezione.

secondo alcuni commentatori, la mancata previsione di rimedi a precetti cogenti, spesso imposti dal legislatore comunitario, e il proliferare di previsioni normative speciali imporrebbero un **ripensamento dello statuto teorico e concettuale delle nullità**, non soltanto per la derivata difficoltà di delineare una categoria unitaria dell'istituto, ma anche per il sostanziale avvenuto **sgretolamento** dei principi di tipicità della causa di annullabilità del contratto e di **inderivabilità** della nullità da **violazioni di regole di correttezza** e buona fede, trascinate, per così dire, nell'alveo del difetto genetico da un rimedio letto in termini non strutturali, ma di sanzione a comportamenti da reprimere, oltreché per la discutibilità della stessa distinzione tra gli istituti della nullità e della annullabilità.

non così, come si vedrà, secondo la giurisprudenza di legittimità.

segue: il diritto dell'unione. Incidenza

i riverberi che quel modello ha generato nel diritto di competenza nazionale, con specifico riferimento: **rilevabilità d'ufficio** e all'eventuale **opposizione da parte del consumatore**, ma anche alla possibile **integrazione del contratto**, a seguito della nullità parziale necessaria, **abusività di norme** che operano con il meccanismo sostitutivo, e al possibile ricorso a tecniche di **nullità c.d. selettiva**.

Le nullità virtuali. Cenni

Art. 1418, co. 1, c.c.

Sul punto, invero, la giurisprudenza non presenta particolari profili innovativi.

A riguardo, le questioni maggiormente problematiche sono quelle rappresentate dalla **individuazione della norma imperativa** e dal discernimento dei casi di **illiceità** ed **illegalità**, posto che dalle prime ma non dalle seconde consegue sempre la declaratoria di nullità.

Cass. civ. sez. un 26724/2007, Rordorf, Rv. 600329-01

In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. nullità virtuale), deve trovare *tendenziale* conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità o determinare la risoluzione del contratto

Segue:

Si è sostenuto, in particolare, che fede o altri inderogabili precetti legali, pure anche quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza, nel contratto, di clausole riguardanti comportamenti contrari al precetto di buona esistenza nella casistica esaminata, **la nullità del contratto non è fatta dipendere dal comportamento tenuto in concreto dalla parte, bensì dal tenore della clausola in esso prevista**, e che, nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria, non vi sono indici univoci dell'intenzione del legislatore di trattare sempre e comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri d'informazione dell'altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti, mentre nessuna indicazione utile potrebbe derivare dalle previsioni contenute nel d.lgs. n. 190 del 2005, in tema di nullità dei contratti di prestazione a distanza dei servizi finanziari, in quanto previsione isolata, con carattere di specialità e tale da non consentire alcuna affermazione di principio

La giurisprudenza.

Le nullità edilizie: rinvio.

Il medesimo approccio restrittivo è stato tenuto in tema di nullità c.d. urbanistiche, è stato escluso che dalla nullità c.d. testuale comminata dagli artt. 17 e 40 della l. n. 47 del 1985 e 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 (T.U dell'Edilizia) possa discendere anche una nullità virtuale ex art. 1418, comma 1, c.c. e investire così qualunque negozio avente ad oggetto immobili realizzati in assenza di titolo edilizio o in difformità, totale o parziale, o in variazione essenziale da esso, anche se contenente le "menzioni" richieste dalle predette norme (**Sez. U., n. 8230/2019, Sambito, Rv. 653283-01**).

Le nullità nelle locazioni.

Diversamente è accaduto, in verità, con riguardo alla materia locatizia, sia pure coerentemente coi principi espressi nel 2007 circa la necessità che la norma imperativa attenga agli elementi strutturali del negozio perché discenda, dalla sua violazione, un vizio genetico dello stesso, allorquando **Sez. U. n. 23601/2017, Travaglino, Rv. 645468-01**, ha ravvisato la nullità c.d. virtuale in una fattispecie nella quale era stato **registrato un contratto con canone apparente e non reale**, sostenendo la nullità e non sanabilità ex art. 1423 c.c. del patto aggiunto di maggiorazione del canone, non già o non soltanto per essere stato violato parzialmente nel quantum l'obbligo di (integrale) registrazione, ma **anche per l'illiceità della causa concreta del negozio** (intesa nella più moderna nozione di scopo pratico del negozio), siccome disvelante la finalità di elusione ed evasione fiscale, stante la natura imperativa della norma tributaria, individuata nell'art. 53 Cost., avente portata direttamente precettiva

Le nullità di protezione.

Le novità di maggior rilievo si sono invero registrate con riguardo alle nullità c.d. testuali di protezione, riferibili al terzo comma dell'art. 1418 c.c. ed espressamente comminate dalla legge, le quali sono poste a tutela del contraente più debole, oltre a caratterizzarsi per un regime giuridico peculiare e non sempre omogeneo, tale da renderle non sovrapponibili alla categoria della nullità tradizionalmente intesa e da sottrarle agli schematismi che la distinguono dal diverso istituto della annullabilità

Quali nullità di protezione?

- 1469 quinquies c.c. (secondo cui “L’inefficacia opera soltanto a vantaggio del **consumatore** e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”) e abrogate con l’introduzione del d.lgs. n. 206 del 2005 (c.d. Codice del consumo), il cui art. 36, comma 3, stabilisce che la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice
- in materia di **multiproprietà** dall’art. 7 del d.lgs. n. 427 del 1998, abrogato e riportato nell’art. 72 bis del ridetto Codice del consumo;
- in materia di vendita di **immobile da costruire**, dall’art. 2 del d.lgs. n. 122 del 2005 (che sancisce l’obbligo del costruttore di procurare, e consegnare all’acquirente, il rilascio di una fidejussione all’atto della stipula di un contratto riguardante un immobile da costruire, o in momento precedente, a pena di nullità, che può essere fatta valere soltanto dall’acquirente);
- in materia di **intermediazione finanziaria** dagli artt. 23 e 24 del d.lgs. n. 58 del 1998 (T.U. in materia di intermediazione finanziaria) (secondo cui “i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per **iscritto** a pena di nullità che può essere fatta valere solo dal cliente”);
- in materia **bancaria** dall’art. 124 del d.lgs. n. 385 del 1993 (T.U. bancario) (che prevede la nullità del contratto per difetto di forma ex art. 117, commi 1 e 3, rimasti immutati, la quale, ai sensi dell’art. 127, può essere fatta valere solo dal cliente, mentre il contratto può essere modificato solo in senso più favorevole al cliente, disposizione questa modificata dall’art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 141 del 2010, nel senso che la disposizione di cui all’art. 127, comma 4, si è conformata al regime giuridico del Codice del Consumo ex d.lgs. n.206 del 2005, secondo cui “le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio dal giudice”);
- in materia di **nullità c.d. urbanistiche**,

Le nullità di protezione virtuali e nullità virtuali di protezione

Nullità di protezione virtuale: presenza di una nullità testuale che è priva di specifica disciplina e per la quale si pone il dubbio se debbano trovare applicazione le norme generali previste dal codice civile (in termini di legittimazione, prescrizione, rilievo officioso, sanatoria) ovvero la disciplina delle nullità di protezione prevista in casi analoghi. non essendo virtuale la nullità in sé, in quanto comminata normativamente, bensì il suo carattere protettivo

segue:

Nullità virtuale di protezione: si caratterizza per la presenza di una norma imperativa priva di rimedio sanzionatorio, che invoca l'intervento dell'interprete, una prima volta, per accertare se dal contrasto con tale norma derivi la nullità o altro rimedio o nessun rimedio e, una seconda volta, per individuarne la disciplina. (è il caso della nullità in tema di locazioni)

L'ipotesi delle nullità urbanistiche.

Teoria della **natura formale della sanzione**:

la dottrina minoritaria e la giurisprudenza di legittimità, quantomeno fino al 2013, era concorde nel ritenere che il legislatore del 1985 non avesse apportato alcuna modifica alla natura della nullità sancita dall'art. 15, l. n. 10 del 1977 (c.d. legge Bucalossi), ma, in continuità col passato, avesse inteso **tutelare prioritariamente l'interesse privatistico dell'acquirente ad ottenere l'informazione sulla regolarità urbanistica del bene oggetto dell'atto, con la conseguenza che sarebbe stato sufficiente inserirvi la dichiarazione (ossia il titolo autorizzativo) per scongiurare la sua invalidità**, restando invece indifferente, a tali fini, la sua mendacità.

Segue: dottrina minoritaria

- nullità assoluta, testuale e documentale e non virtuale, derivante da un difetto nella speciale determinazione giuridica del bene contrattato, richiesta dalla legge, con riguardo ai riferimenti utili per la sua qualificazione e attestanti la sua idoneità alla circolazione nel traffico giuridico.
- 1418, co. 3, c.c. «*il contratto è nullo negli altri casi stabiliti dalla legge*»
- requisito formale elevato ad elemento di forma del contratto

Segue: giurisprudenza

nullità assoluta, formale, testuale e documentale, derivante semplicemente dalla mancata indicazione nell'atto, da parte dell'alienante, degli estremi del titolo edilizio o di quello in sanatoria, per la quale nessuna indagine si sarebbe dovuta svolgere né sulla reale esistenza del titolo menzionato o sulla reale conformità urbanistica del bene, rilevante soltanto ai fini della conferma, né sul carattere imperativo e di ordine pubblico del precetto ad essa sotteso, altrimenti necessaria in caso di nullità c.d. virtuale, e che fosse riconducibile alla fattispecie prevista nell'ultimo comma dell'art. 1418 c.c., **insuscettibile perciò di interpretazione estensiva e inapplicabile ai contratti con effetti obbligatori, in quanto non in linea con la ratio ad esse sottesa**, ravvisabile nell'interesse a prevenire l'abusivismo edilizio, senza però assoggettare le esigenze economiche della produzione edilizia ai tempi richiesti da eventuali preventivi controlli e senza rinunciare, al contempo, all'adozione, da parte delle preposte autorità, di provvedimenti sanzionatori diversi da quelli civilistici, **essendo stato detto interesse soddisfatto richiamando l'attenzione dell'acquirente, la cui buona o mala fede sarebbe rimasta irrilevante, sulla necessità di accertare la regolarità del bene attraverso il confronto tra la sua consistenza reale e quella progettuale consacrata nella licenza/concessione** (per tutte, Sez. 2, n. 8685 del 1999, Orestano, Rv. 529350-01; Sez. 2, n. 14025 del 1999, Settimj, Rv. 532171-01; Sez. 2, n. 8147/2000, Del Core, Rv. 537619-01; Sez. 2, n. 5068 del 2001, Napoletano, Rv. 545604-01; Sez. 2, n. 630 del 2003, Goldoni, Rv. 559824-01; Sez. 2, n. 7534 del 2004, Colarusso, Rv. 572193-01; Sez. 2, n. 9647/2006, Ebner, Rv. 590417-01; Sez. 2, n. 16876/2013, Scalisi, Rv. 627087-01; Sez. 2, n. 14804/2017, Varrone, Rv. 644670-01), **mentre l'alienazione dei beni immobili affetti da irregolarità urbanistiche non sanabili o non sanate avrebbe riguardato il solo ambito dell'esecuzione/inadempimento del negozio con esclusione della fase genetica** (tra le tante, Sez. 2, n. 6036/1995, Finocchiaro, Rv. 101744-01; Sez. 2, n. 5898/2004, Mazziotti Di Celso, Rv. 571492-01; Sez. 2, n. 27129/2006, Bucciante, Rv. 594838-01).

Segue:

Teoria della **natura sostanziale della sanzione:**

la dottrina maggioritaria si orientò invece nel senso che si dovesse dare prevalenza alla funzione c.d. “preventiva” della sanzione, sicché non sarebbe stato sufficiente, per evitare la nullità, inserirvi la dichiarazione sul titolo abilitativo, ma sarebbe stata altrettanto necessaria la corrispondenza a verità di quella indicazione, ossia l’effettiva regolarità urbanistica del bene.

- **Interesse pubblico** ravvisato nell’intento di disincentivare l’abusivismo edilizio, impedendo a colui che avesse violato la normativa urbanistica, di trarre vantaggio dalla condotta antigiuridica posta in essere;
- Accanto alla nullità testuale era fosse ravvisabile anche una **nullità virtuale**, correlata alle ipotesi in cui il bene oggetto del negozio fosse stato edificato in difformità (totale o parziale) e, secondo alcuni, con variazione essenziale, dal titolo edilizio in esso menzionato.

Segue: la giurisprudenza

la giurisprudenza più recente si era orientata, allorché ha sostenuto che la nullità in esame avesse natura sostanziale, perché rivolta a sanzionare gli atti aventi ad oggetto beni irregolari dal punto di vista edilizio (ivi compresi i contratti preliminari, stante la contrarietà a legge del relativo oggetto), sia sulla base di considerazioni logiche, legate all'incongruità dell'approccio formale col fine perseguito dalla norma che, inasprendo il regime previsto dalla legge n. 10 del 1977, art. 15, aveva reso incommerciabili beni non in regola dal punto di vista urbanistico, sia sulla base della stessa **lettera dell'art. 40, comma 2, della l. n. 47, il quale, pur nella sua non perfetta formulazione, oltre ad affermare la rilevanza delle nullità di carattere formale, conteneva il principio della nullità degli atti di trasferimento di immobili irregolari, come indirettamente avvalorato dall'istituto della conferma del contratto di cui al comma 3 dell'art. 40**, postulante la validità *ab origine* dello stesso (in questi termini, Sez. 2, n. 23591, Parziale, Rv. 628025-01; Sez. 2, n. 25811/2014, Triola, Rv. 633640-01).

Segue: fondamento

nullità c.d. virtuali, perché fondata sulla ravvisata natura imperativa di una norma dalla cui inosservanza viene fatta discendere, in via ermeneutica, un'invalidità negoziale, in applicazione analogica del sistema di sanzioni, civili, penali e amministrative, espressamente sancito a presidio dell'interesse dell'ordinamento all'ordinato assetto del territorio.

Cass. civ. sez. Un. 8230/2019, rv. 653283-01

natura formale della nullità, pur con l'importante precisazione della necessità della veridicità del titolo menzionato nell'atto e della sua riferibilità all'immobile:

- ✓ la nullità e l'impossibilità della stipula sono legate solo **all'assenza della dichiarazione** e connessa ad **alcuni atti inter vivos con esclusione di quelli *mortis causa***;
- ✓ È stato inoltre chiarito che la sanzione in esame **non possa essere sussunta nell'orbita della nullità c.d. virtuale di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c.**, la quale presupporrebbe l'esistenza di una norma imperativa e il generale divieto di stipulazione di atti aventi ad oggetto immobili abusivi al fine di renderli giuridicamente inutilizzabili, in quanto non riscontrata in seno allo ius positum;
- ✓ **neppure nell'ambito della nullità di cui al comma 2, dell'art. 1418 citato, per illiceità o impossibilità dell'oggetto o per illiceità della prestazione o della causa per contrarietà a norme imperative o al buon costume**, stante l'esclusione di alcune tipologie di atti (quelli sopra richiamati) dal suo ambito applicativo e l'estraneità dell'oggetto e della causa della compravendita, costituiti rispettivamente dal trasferimento della proprietà della res e dallo scambio cosa contro prezzo, dall'illiceità dell'attività di produzione del bene ivi contemplato.

Ma che tipo di nullità è?

Muovendo dalla finalità **protettiva** del solo acquirente, può allora essere qualificata come **nullità di protezione virtuale**?

Effetti:

- **legittimazione relativa**: in presenza di *rationes* compatibili perché connotate da uno squilibrio normativo, è possibile ricorrere in via analogica alla regola della legittimazione relativa per disciplinare varie ipotesi di nullità (testuali, come virtuali), anche perché, in presenza di previsioni dirette a salvaguardare la parte debole, ma prive di indicazioni sulla disciplina applicabile, l'estensione della legittimazione alla parte forte consentirebbe alla stessa di liberarsi da un vincolo non più gradito, esponendo al rischio di un uso strumentale della nullità per ragioni estranee a quelle per le quali era stata comminata, a dispetto delle esigenze di salvaguardia del contraente debole.

rilievo d'ufficio e abuso: rinvio.

E nella divisione?

Allorquando tra i beni costituenti l'asse ereditario vi siano edifici abusivi, ogni coerede ha diritto, ai sensi all'articolo 713, comma 1, c.c., di chiedere e ottenere lo scioglimento giudiziale della comunione ereditaria per l'intero complesso degli altri beni ereditari, con la sola esclusione degli edifici abusivi, anche ove non vi sia il consenso degli altri dividendi (Cassazione civile sez. un., 07/10/2019, n.25021; Cassazione civile sez. II, 05/02/2020, n.2675).

Le nullità bancarie.

La forma.

Art. 117 D. Lgs. 1/9/1993, n. 385 (T.U.B.)

«1. *I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.*

2. *Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti **possano essere stipulati in altra forma.***

3. *Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è **nullo.** »*

Art. 127 D. Lgs. 1/9/1993, n. 385 (T.U.B.)

« [...omissis...] »

2. *Le nullità previste dal presente titolo **operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice**»*

Art. 23 del D.Lgs. 24/02/1998, n. 58 (T.U. F., modificato a seguito del recepimento delle direttive MIFID) (in origine art. 18, co. 1, D. Lgs. n. 415 del 1996)

«1. *I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, **sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti.** La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto **possano o debbano essere stipulati in altra forma**, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il **contratto è nullo.***

2. *E' nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto.*

3. *Nei casi previsti dai commi 1 e 2 **la nullità può essere fatta valere solo dal cliente**»*

Segue:

Forma scritta *ad substantiam*

Conseguenze:

Mancata sottoscrizione di tutto il contratto:
nullità → indebito

Mancata sottoscrizione della clausola che determina gli interessi in misura ultralegale
nullità parziale → applicazione interessi in misura legale
art. 117, comma 4, T.U.B.

Il contratto «monofirma»

Problema del contratto sottoscritto solo dall'utente e non anche dal legale rappresentante dell'istituto di credito

Contestazione della validità della clausola che stabilisce il tasso di interesse in misura superiore a quella legale

Il contratto, tuttavia, ha avuto esecuzione regolare per un periodo congruo dopo la sua conclusione

Cass. sez. 1, Sentenza n. 4564 del 22/03/2012

- valorizzazione delle diciture del tipo: "*un esemplare del presente contratto ci è stato da voi consegnato*";
- non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti
- **sia la produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l'ha sottoscritta, sia qualsiasi manifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto, realizzano un valido equivalente della sottoscrizione mancante, purché la parte che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso** ovvero non sia deceduta (cfr., tra le tante, Cass. 16.10.1969 n. 3338; Cass. 22.5.1979 n. 2952; Cass. 18.1.98 3 n. 469; Cass. 5868/94; Cass. 2826/00; Cass. 9543/02; Cass. 22223/06).
- l'intento della banca di avvalersi del contratto risulta oltre che dal deposito del documento in giudizio, dalle manifestazioni di volontà esternate nel corso del rapporto di conto corrente da cui si evidenziava la volontà di avvalersi del contratto, ossia dalle **comunicazione degli estratti conto**.

Principio di buona fede contrattuale e di tutela dell'affidamento

Segue:

Cass. sez. 1, Sentenza n. 5919 del 24/03/2016

(confermata da Cass. 24 marzo 2016, n. 5919, Cass. 11 aprile 2016, n. 7068, Cass. 27 aprile 2016, n. 8395, Cass. 27 aprile 2016, n. 8396, Cass. 19 maggio 2016, n. 10331 e Cass. 3 gennaio 2017, n. 36)

- la dicitura «*prendiamo atto che una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi*» o simili non è idonea a fornire la prova della sottoscrizione perché non è possibile far ricorso alla prova per presunzioni nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni
- la produzione in giudizio da parte del contraente che non ha sottoscritto la scrittura realizza un equivalente della sottoscrizione, con conseguente perfezionamento del contratto, **ma opera solo ex nunc, e non ex tunc**, come dimostra il fatto che tale equipollenza non opera se l'altra parte abbia *medio tempore* revocato la proposta, ovvero se colui che aveva sottoscritto l'atto incompleto non è più in vita al momento della produzione;
- irrilevanza dei comportamenti successivi alla stipula per il principio dell'inammissibilità della convalida del contratto nullo ex art. 1423 c.c.;
- la forma, quando richiesta *ad substantiam*, è elemento costitutivo del contratto e il documento deve essere l'estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto avente una data causa, un dato oggetto e determinate pattuizioni;
- la documentazione prodotta in giudizio (estratti conto, attestati di seguito) non possiede i caratteri della «*estrinsecazione diretta della volontà contrattuale*», tale da comportare il perfezionamento del contratto, ma attesta solo il compimento di fatti concludenti

Cass. civ. sez. un. 16 gennaio 2018, n. 898

Afferma il seguente principio di diritto:

«Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art.23 del d.lgs. 24/2/1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti»

La Corte di Cassazione, in particolar modo conclude che:

*«ragionando in termini più generali, può affermarsi che nella ricerca dell'interpretazione preferibile, siccome rispondente al complesso equilibrio tra interessi contrapposti, ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto l'interesse particolare, **l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche**».*

Segue:

Le conclusioni adottate dalla Suprema Corte **sulle nullità di protezione** muovono dalla considerazione che il **vincolo di forma va inteso secondo quella che è la funzione propria della norma**, e non richiamando automaticamente la disciplina sulla nullità, e che il requisito della forma va inteso **in senso funzionale**, avuto riguardo alla finalità della norma **e non in senso strutturale**.

In particolar modo la specificità della disciplina delle nullità di protezione consente di scindere la funzione della sottoscrizione rilevante sul piano del consenso delle parti dalla funzione rilevante sul piano dell'attribuibilità della scrittura.

«la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo 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».

La «forma che informa»

- la nullità prevista è posta nell'interesse informativo del cliente, unico soggetto che può farla valere, a tutela del quale è stabilita anche la consegna del contratto, il cui contenuto, disciplinato negli elementi essenziali dall'art. 30 del regolamento Consob n. 11522 del 1998, deve essere messo a totale sua disposizione.
- **Finalità protettiva dell'investitore**

Sanzione per l'intermediario

Le Sezioni Unite hanno anche evidenziato che la ricostruzione così operata porta a configurare la nullità in questione come una sanzione per l'intermediario.

→ La mancanza della sottoscrizione del contratto quadro non solo può essere fatta valere soltanto dal cliente ma riguarda esclusivamente quest'ultimo, dovendosi conseguentemente **escludersi la nullità per vizio di forma, ove manchi la sottoscrizione dell'intermediario.**

Segue:

Il principio, dettato dalle Sezioni Unite per i contratti di intermediazione finanziaria, è **stato ritenuto applicabile a tutti i contratti bancari**, soggetti alla disciplina di cui all'art. 117 del d.lgs. n. 385 del 1993

Così

Cass. Sez. 1 ord. n. 14243 del 04/06/2018

Cass. Sez. 1 ord. n. 14646 del 06/06/2018

Cass. Sez. 1 ord. n. 16070 del 18/06/2018

Cass. Sez. 1, ord. n. 12569/2019 (non massimata)

Il principio affermato dalle Sezioni Unite è stato ritenuto, poi, oggetto di un orientamento giurisprudenziale sufficientemente uniforme da determinare la **inammissibilità dei ricorsi non contenenti elementi idonei a mutare ex art. 360 bis c.p.c. l'orientamento** (Cass. Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 24669 del 3/10/2019; Cassazione civile sez. I, 22/10/2020, n. 23172, non massimata)

Le nullità selettive

La questione sorge perché solo l'investitore può far valere la nullità del contratto quadro ai sensi dell'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, ma gli interpreti si sono interrogati sugli effetti di tale scelta, una volta compiuta, ed anche sull'esistenza di limiti interni ed esterni al corrispondente potere, offrendo dottrina e giurisprudenza soluzioni tra loro estremamente diversificate, anche in ordine alle possibili eccezioni o domande riconvenzionali che possono essere formulate dall'intermediario.

Le nullità selettive

Gli **ordini di investimento** successivi al contratto quadro muovono da una singolare manifestazione di volontà e sono dotati di una propria **autonoma individualità**, che rende possibile che l'azione di risoluzione o di accertamento della nullità interessi solo le operazioni effettuate in esecuzione di detti ordini senza investire il contratto quadro (così Sez. 1, n. 03261/2018, Lamorgese, Rv. 647233-01; Sez. 1, n. 16861/2017, Falabella, Rv. 644971-01; Sez. 1, n. 16820/2016, Falabella, Rv. 640905-01), tuttavia, **la nullità del contratto quadro travolge ineluttabilmente gli ordini eseguiti a valle** (per un'applicazione di tale principio, cfr. Sez. 1, n. 08395/2016, Acierno, Rv. 639486-01; Sez. 1, n. 10116/2018, Marulli, Rv. 648894-01; Sez. 1, n. 06664/2018, Nazzicone, Rv. 648251-01).

La giurisprudenza

Cass. civ. sez. I 8395/2016: nell'affermare che la nullità prevista dall'articolo menzionato, in quanto nullità di protezione, può essere eccepita dall'investitore anche limitatamente ad alcuni degli ordini di acquisto, a mezzo dei quali è stata data esecuzione al contratto viziato, ha espressamente esaminato, in motivazione, l'eccezione sollevata dall'intermediario, relativa alla ritenuta abusività, e conseguente illegittimità, del ricorso alla nullità selettiva, ritenendola infondata. **In particolare, la S.C. ha rilevato che la nullità prevista per il contratto quadro in mancanza della forma scritta *ad substantiam* non cambia natura, se riferita alle operazioni successivamente compiute. Anche tale nullità è rilevabile esclusivamente dall'investitore ed è configurabile come nullità di protezione.** Quest'ultimo pertanto, in applicazione degli artt. 99 e 100 c.p.c., può selezionare il rilievo della nullità e rivolgerlo agli acquisti di prodotti finanziari, dai quali si ritenga illegittimamente pregiudicato, rendendo gli altri acquisiti estranei al giudizio

Primo presupposto:

→ Nel contratto di intermediazione finanziaria, la produzione in giudizio del modulo negoziale relativo al contratto quadro sottoscritto soltanto dall'investitore non soddisfa l'obbligo della forma scritta *ad substantiam*

Secondo presupposto

→ Tale conclusione non è stata ritenuta in contrasto con la rilevabilità d'ufficio (anche) della nullità di protezione, affermata dalle Sezioni Unite (cfr. Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633503-01), le quali si sono limitate ad estendere l'accertamento ufficioso alle nullità protettive non dedotte dalle parti, **ma non hanno consentito il rilievo anche in relazione ad atti diversi da quelli verso i quali la censura è dalle parti rivolta.**

Contra

Sez. 1 - , Ordinanza n. 6664 del 16/03/2018, Rv. 648251 – 02:
Accertata la nullità del contratto d'investimento, il venir meno della causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali comporta l'applicazione della disciplina dell'indebito oggettivo, di cui agli artt. 2033 ss. c.c., **con il conseguente sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco, subordinato alla domanda di parte ed all'assolvimento degli oneri di allegazione e di prova, avente ad oggetto, da un lato, le somme versate dal cliente alla banca per eseguire l'operazione e, dall'altro lato, i titoli consegnati dalla banca al cliente e gli altri importi ricevuti a titolo di frutti civili o di corrispettivo per la rivendita a terzi, a norma dell'art. 2038 c.c., con conseguente applicazione della compensazione fra i reciproci debiti sino alla loro concorrenza.**

Presupposto

Sez. 1 - , Ordinanza n. 6664 del 16/03/2018, Rv. 648251 – 01: In tema di giudizi aventi ad oggetto rapporti di intermediazione finanziaria, ove sia stata dichiarata la nullità del contratto quadro su domanda dell'investitore, non è precluso all'intermediario, che pure non abbia proposto la domanda di nullità anche degli ordini positivamente conclusi per il proprio cliente, di **sollevare l'eccezione di compensazione con riguardo all'intero credito restitutorio che gli deriva, in tesi, dal complesso delle operazioni compiute nell'ambito del contratto quadro dichiarato nullo.**

Secondo presupposto

secondo tale ricostruzione, il regime di protezione si esaurisce nella legittimazione esclusiva del cliente a far valere la nullità per difetto di forma, ma poi, **dichiarata l'invalidità del contratto quadro, gli effetti caducatori e restitutori possono essere fatti valere da entrambe le parti**

Cass. civ. sez. un. 28314/2019.

«...ragionando in termini più generali, può affermarsi che nella ricerca dell'interpretazione preferibile, siccome rispondente al complesso equilibrio tra interessi contrapposti, ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta e immediata non un interesse generale, ma anzitutto l'interesse particolare, l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche».

Segue:

Ed ancora:

La forma scritta è «*determinata dall'esigenza di non trascurare l'applicazione dei principi di buona fede e correttezza anche nell'esercizio dei diritti in sede giurisdizionale*» (**Cass. Civ. sez. Un. 898/2018**).

Da ciò consegue, da un lato

- La legittimazione relativa funge da strumento di riequilibrio normativo di uno squilibrio di partenza;
- le nullità possono essere fatte valere dal soggetto che deve essere protetto, ma a vantaggio esclusivo di quest'ultimo, in linea con quanto si ricava dall'art. 36, co. 3, Cod. cons.

...dal'altro

- non può escludersi la **configurabilità di un obbligo di lealtà dell'investitore in funzione di garanzia per l'intermediario**;
- il principio di buona fede può avere un ambito di operatività trasversale, non limitata soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente quando gli strumenti normativi di riequilibrio possono essere da quest'ultimo utilizzati, anche in sede giurisdizionale, per arrecare un ingiustificato pregiudizio all'altra parte, pur se applicati conformemente al paradigma legale.

In che modo?

- No legittimazione intermediario a domande riconvenzionali in relazione ad ordini non impugnati;
- No legittimazione intermediario a domande autonome in relazione ad ordini non impugnati;
- No azioni di restituzione;
- **si eccezione di buona fede** se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto quadro.

Segue:

In sintesi:

- se i rendimenti degli investimenti non colpiti dall'azione di nullità superano il *petitum*, l'effetto impeditivo è integrale;
- ove invece si determini un danno per l'investitore, anche all'esito della comparazione con gli altri investimenti non colpiti dalla nullità selettiva, l'effetto paralizzante dell'eccezione opererà nei limiti del vantaggio ingiustificato conseguito

In conclusione: la buona fede ed il riequilibrio effettivo *endocontrattuale*

In via generale dunque, l'uso selettivo della nullità prevista dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998 non è dalle Sezioni Unite ritenuto in contrasto con lo statuto normativo delle nullità di protezione, ma – e questo è il punto centrale – la sua operatività deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede.

→ La nullità può essere fatta valere solo dall'investitore, opera esclusivamente a suo vantaggio, **nei limiti in cui realizza la sua protezione;**

→ deviazione dalle finalità per cui la tutela è riconosciuta, ove si ottenuta un risultato economico eccedente il vantaggio attribuito.

Altre nullità bancarie. Cenni

- La nullità dei contratti di apertura di credito;
- La nullità dei tassi di interesse
- Il superamento del limite di finanziabilità

Le aperture di credito

→ In proposito del requisito formale dell'apertura di credito, la Corte (Cass. civ., Sez. I, 27.3.2017, sent. n. 7763) ha, in ogni caso, osservato che in tema di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 117, comma 2, del D.Lgs. n. 385 del 1993 stabilisce che il C.I.C.R., mediante apposite norme di rango secondario, possa prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, siano stipulati in forma diversa da quella scritta. Ne discende che, in forza della delibera del C.I.C.R. del 4 marzo 2003, il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto a pena di nullità;

→ ancora più di recente, Cass. Civ. sez. I, 23/10/2019, n.27201

Segue...

Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 31651 del 4/12/2019

La deroga alla regola della forma scritta per il contratto di apertura di credito vale **anche per i contratti stipulati in data anteriore all'emanazione della delibera CICR 4/3/2003**, essendo già prima vigenti le istruzioni impartite dalla Banca d'Italia con provvedimento del 24 maggio 1992, che, al punto 3 dell'allegato 1, escludevano la necessità della forma scritta per le operazioni e i servizi già previsti in contratti redatti per iscritto.

Tale disposizione è riferibile anche al contratto di apertura di credito, giacché tale contratto è collegato con il conto corrente di corrispondenza e dà luogo ad un rapporto complesso, nell'ambito del quale riveste una portata complementare rispetto al servizio di cassa gestito dalla banca per conto del cliente, rappresentando, in alternativa al versamento di somme da parte di quest'ultimo o all'accredito di importi a lui dovuti, uno dei mezzi attraverso i quali può essere costituita la disponibilità necessaria per l'effettuazione delle operazioni di pagamento e riscossione in cui consiste la prestazione principale, e configurandosi pertanto, al pari della concessione temporanea di credito (c.d. scoperto), come una modalità d'intervento della banca non eccedente i limiti del mandato conferitole (cfr. Cass., Sez. I, 5/12/2011, n. 25943; 15/12/1970, n. 2685; 8/03/1969, n. 761).

La determinazione dei tassi di interesse per relationem

L'art. 117, co. 6, t.u.b., nel proibire che le clausole facciano rinvio agli usi, implicitamente ammette che una *ratio* sia possibile; diversamente, il divieto non avrebbe senso logico, finendo per essere ricompreso, e assorbito, in quello, più ampio, di determinare l'interesse e le altre condizioni del contratto attraverso fonti esterne.

Occorre aver riguardo alla *ratio* della norma, che - pur nella cornice dei valori costituzionali del corretto funzionamento del mercato e dell'uguaglianza non solo formale tra contraenti **va individuata in una esigenza di salvaguardia del cliente sul piano della trasparenza e della eliminazione delle cosiddette asimmetrie informative**: infatti, la prescrizione che fa obbligo di indicare nel contratto "il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati" intende porre quel soggetto nelle condizioni di conoscere e apprezzare con chiarezza i termini economici dei costi, dei servizi e delle remunerazioni che il contratto programma: ed è evidente, allora, che **tale finalità possa essere perseguita, con riguardo alla determinazione dell'interesse, non solo attraverso l'indicazione numerica del tasso, ma anche col rinvio a elementi esterni obiettivamente individuabili, la cui materiale identificazione sia cioè suscettibile di attuarsi in modo inequivoco** (**Cassazione civile sez. I, 26/06/2019, n. 17110**)

Il limite di finanziabilità prima...

L'orientamento più risalente della Suprema Corte, consolidatosi fino al 2016, era contrario alla nullità del mutuo in caso di superamento del limite di finanziabilità in violazione del citato art. 38 T.U.B.

- Secondo **Cass. civ. n. 26672 del 28/11/2013**, l'art. 38 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, che, a tutela del sistema bancario, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, non attiene ad un elemento necessario del contratto concordato fra le parti, qual è l'oggetto negoziale, e, pertanto, non rientra nell'ambito della previsione di cui all'art. 117 del medesimo decreto, il quale attribuisce, invece, all'istituto di vigilanza un potere "conformativo" o "tipizzatorio" del contenuto del contratto, prevedendo clausole-tipo da inserire nel regolamento negoziale a tutela del contraente debole; il superamento del limite di finanziabilità non cagiona alcuna nullità, neppure relativa, del contratto di mutuo fondiario.
- In senso conforme **Cass. civ. n. 22466 del 4 novembre 2015; Cass. civ. n. 27380 del 6 dicembre 2013; Cass. civ. n. 447 del 17 marzo 2016; Cass. civ. n. 13164 del 24 giugno 2016**, secondo cui "la natura imperativa o inderogabile di una norma (in quanto appunto diretta alla tutela di interessi generali) non è sufficiente per ritenere che la sua violazione produca la nullità del contratto ai sensi della norma generale, **questa derivando solo dalla violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto**, in quanto attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale e dirette a vietare - in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente - la stipulazione stessa del contratto.
- L'ammontare massimo del finanziamento non esprime né prescrive il contenuto tipico di un elemento essenziale del contratto sicché **non è norma diretta a regolare la validità del contratto, bensì ad imporre una determinata condotta contrattuale, la cui effettività è assicurata con rimedi sanzionatori, diversi dalla nullità del contratto, previsti dall'ordinamento bancario.**

...e dopo...

il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, secondo comma, del T.u.b. e della conseguente delibera del Ccir, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario poiché il detto limite è essenziale ai fini della qualificazione del finanziamento ipotecario come, appunto, fondiario; lo sconfinamento di esso conduce automaticamente alla **nullità dell'intero contratto fondiario**, salva la **possibilità di conversione** di questo in un ordinario finanziamento ipotecario ove ne risultino accertati i presupposti.

- **No nullità parziale**: sulla base della "considerazione che l'art. 38 del T.u.b. individua oggettivamente i caratteri costitutivi dell'operazione di credito fondiario nel rispetto del limite evocato dal secondo comma della disposizione: un finanziamento ipotecario non rispettoso dei limiti legali involti dalla disciplina normativa non soddisfa il requisito della "fondiarietà" stabilito dalla norma imperativa«
- il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 385 del 1993 **non esaurisce i suoi effetti sul piano della condotta dell'istituto di credito mutuante**, ma è **elemento essenziale per la valida qualificazione del contratto di mutuo come fondiario** e quindi per l'applicabilità della relativa disciplina di privilegio, sostanziale e processuale, in favore del creditore; pertanto, il superamento di tale limite comporta, tanto ove sia necessario inferirne la nullità dell'intero contratto, salva la conversione ex art. 1424 c.c., quanto ove sia sufficiente la riqualificazione di quello come mutuo ordinario con disapplicazione della disciplina di privilegio, la sicura non operatività della norma che esenta il creditore fondiario dall'obbligo di previa notifica del titolo esecutivo ai sensi dell'art. 41, comma 1, del citato D.Lgs;
- cfr. **Cass. civ. n. 17439 del 28/06/2019**; Suprema Corte, con sentenza n. 6586 del 6/3/2018, che ha ribadito quanto espresso dalla sentenza n. 17352/2017,

Che nullità è?

Nullità virtuale di protezione?

È rilevabile d'ufficio.

La conversione, invece, non opera d'ufficio bensì a domanda di parte (cfr., da ultimo, **Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760**), ed è certamente ammissibile ove sia stata avanzata nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità, trattandosi di istanza consequenziale alla rilevata nullità (cfr., ancora una volta, Cass., n. **17352/2017**)

La buonafede negli immobili da costruire (art. 2 d. lgs. 122/2005)

«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, anche secondo quanto previsto dall'articolo 1938 del codice civile, 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. Restano comunque esclusi le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia»

Segue:

Una volta che sia stata rilasciata la garanzia prescritta per legge in data successiva alla stipula del preliminare, e **senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente**, la proposizione della domanda di nullità di protezione prevista dall'art. 2 d.lg n. 122/2005 costituisce abuso del diritto

→ **Cass. civ. sez. II, 18/09/2020, n. 19510; Cass. civ. sez. II, 22/11/2019, n. 30555**

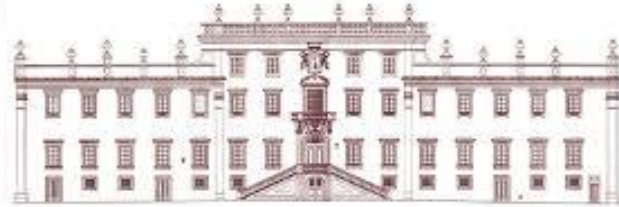
La buona fede negli immobili da costruire

Il rilascio della garanzia fideiussoria di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 122 del 2005 in data successiva alla stipula di un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto un immobile in corso di costruzione non esclude l'operatività della nullità per mancanza della garanzia accessoria prescritta *ex lege*, qualora nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente, sicché in tali ipotesi la proposizione della domanda di nullità del contratto per violazione del citato art. 2 non costituisce abuso del diritto. (Nella fattispecie, la S.C. ha confermato la pronuncia gravata, che aveva dichiarato la nullità del contratto preliminare in ragione del tardivo rilascio della garanzia fideiussoria da parte del promittente venditore e dell'incongruità dell'importo garantito) (Sez. 2 - , Ordinanza n. 19510 del 18/09/2020, Rv. 659130 - 01)

In conclusione:

- va verificato se l'immobile oggetto del preliminare sia stato ultimato e sia agibile perché, in tale ipotesi, verrebbe meno la necessità della tutela in favore del soggetto debole, che non è più in pericolo.
- La proposizione della domanda di nullità quando l'interesse protetto dalla norma non abbia più ragione di temere alcun pregiudizio (per essere stato comunque assicurato l'interesse che la condizione asimmetrica dei contraenti avrebbe potuto pregiudicare o, addirittura, per essere stato già attuato l'interesse primario cui mirava il regolamento negoziale) risulta, infatti, **funzionale non ad attuare il fine di protezione perseguito dalla legge, ma il diverso fine di sciogliere il contraente da un contratto che non reputa più conveniente o di aggirare surrettiziamente gli strumenti di reazione che l'ordinamento specificamente appronta avverso le condotte di inadempimento della controparte.**

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Le nullità di protezione. Profili processuali

**IL RILIEVO DI UFFICIO DELLA NULLITÀ E I POTERI
ISTRUTTORI**

SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Problematiche che vengono in rilievo

- ✓ Legittimazione ad agire dei contranti;
- ✓ L'azione di nullità del contratto *inter alios*;
- ✓ La legittimazione relativa;
- ✓ La rilevabilità d'ufficio;
- ✓ Il giudicato sulla nullità.

La legittimazione ad agire: l'interesse.

Sezioni Unite n. 1553 del 27 giugno del 1961

- Enunciò il principio di diritto secondo il quale il carattere generale dell'azione di nullità ex art. 1421 c.c., la quale può essere fatta valere da chiunque vi abbia **interesse** e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, **non esime il soggetto che la propone dal dimostrare in concreto la sussistenza di un proprio interesse ad agire secondo le norme generali e con riferimento all'art. 100 c.p.c.**, attraverso la dimostrazione della necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale del proprio diritto ed il conseguente danno alla propria sfera giuridica. In mancanza della dimostrazione di un concreto interesse ad agire, da parte dell'attore, l'azione di nullità non può essere, almeno di regola proposta sotto la specie di un fine generale di attuazione della legge;
- L'interesse di cui all'art. 1421 c.c. nell'azione del contraente è «**presunto**» ed è diverso dall'interesse ex art. 100 c.p.c. che, deve, quindi, essere dimostrato anche dal contraente

Segue:

l'interesse d agire ex art. 100 c.p.c. non necessita di dimostrazione quando il contraente agisca per la ripetizione dell'indebito ovvero in rivendica e, quindi, la nullità del contratto costituisca un medio logico della pronuncia di condanna richiesta, mentre deve essere oggetto di attento esame nell'ipotesi di domanda di accertamento della nullità in via principale:

- **Sez. 6-2, n. 2489/2019, Criscuolo, Rv. 652507-01**, la quale ha stabilito che in materia testamentaria, l'attore titolare della legittimazione ad esercitare le azioni di nullità ed annullamento non è esentato dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire, per cui l'azione stessa non è proponibile in mancanza della prova, da parte del medesimo attore, della necessità di ricorrere al giudice per evitare - attraverso la rimozione degli effetti del testamento impugnato - una lesione attuale del proprio diritto ed il conseguente danno alla propria sfera giuridica;
- **sez. 6-1, n. 21646/2018, Falabella, Rv. 650473-01**, ha, invece, chiarito che in tema di conto corrente bancario, l'assenza di rimesse solutorie eseguite dal correntista non esclude l'interesse di questi all'accertamento giudiziale, prima della chiusura del conto, della nullità delle clausole anatocistiche e dell'entità del saldo parziale ricalcolato, depurato delle appostazioni illegittime, con ripetizione delle somme illecitamente riscosse dalla banca, atteso che tale interesse mira al conseguimento di un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non attingibile senza la pronuncia del giudice, consistente nell'esclusione, per il futuro, di annotazioni illegittime, nel ripristino di una maggiore estensione dell'affidamento concessogli e nella riduzione dell'importo che la banca, una volta rielaborato il saldo, potrà pretendere alla cessazione del rapporto

La legittimazione dei contraenti

- Interesse presunto e legittimazione *in re ipsa*?
- **Sez. 1, n. 10121/2007, Panzani, Rv. 597009-01:** la giurisprudenza ha a più riprese affermato che legittimata alla domanda di nullità è **anche la parte che vi abbia dato causa**, non trovando applicazione in materia negoziale il principio, di natura esclusivamente processuale, sancito dall'art. 157 c.p.c., a mente del quale la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato tacitamente

Segue:

- Critiche della dottrina;
- Canone della buona fede e lettura costituzionalmente orientata dell'art. 100 c.p.c. alla luce degli artt. 24 e 111 Cost. → **abuso dello strumento processuale**;

Sez. U, n. 18214/2015, Travaglino, Rv. 636227-01, la quale, dopo aver premesso che il contratto di locazione ad uso abitativo stipulato senza la forma scritta ex art. 1, comma 4, della l. n. 431 del 1998 è affetto da nullità assoluta, rilevabile da entrambe le parti e d'ufficio, attesa la *ratio* pubblicistica del contrasto all'evasione fiscale, ha precisato che a tale regime generale fa eccezione l'ipotesi prevista dal successivo art. 13, comma 5 (comma 6 a seguito della riforma introdotta dalla l. n. 208 del 2015), **in cui la forma verbale sia stata abusivamente imposta dal locatore**, nel qual caso il contratto è affetto da nullità relativa di protezione, denunciabile dal solo conduttore (nello stesso senso si veda anche Sez. 3, n. 14364/2016, Carluccio, Rv. 640577-01; Cass. civ. sez. III, 28/02/2019, n. 5794 in motivazione).

La legittimazione dei terzi

Anche con riferimento alla posizione dei terzi, la legittimazione è riconosciuta in ragione della titolarità di un rapporto o di un diritto dipendente dal contratto invalido:

- il fideiussore deve ritenersi legittimato a far valere la nullità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale, atteso il suo interesse a far risultar l'invalidità di tale obbligazione, che determina l'invalidità anche dell'obbligazione fideiussoria, **in ragione del suo carattere accessorio**;
- Sono, invece, legittimati all'azione i promissari acquirenti di un fondo acquistato dall'alienante in spregio al diritto di prelazione ex art. 8 della l. n. 590 del 1965, affermando che in tema di contratti agrari, qualora sia sottoscritto un contratto preliminare di vendita di alcuni fondi, subordinatamente alla condizione del mancato esercizio della prelazione legale da parte degli aventi diritto, e costoro abbiano violato tale condizione, esercitando la prelazione senza essere in possesso dei requisiti prescritti ovvero senza il rispetto delle relative modalità, **il promittente acquirente non è titolare di un diritto di prelazione e quindi non può esercitare l'azione di riscatto, potendo invece chiedere sia la dichiarazione di nullità del contratto stipulato dal promissario venditore con il terzo, sia l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. nei confronti del promissario alienante, che non ha mai cessato di essere proprietario del fondo, avendo disposto di questo con atto nullo, pertanto, privo di effetti (Sez. 3, n. 11375/2010, Finocchiaro, Rv. 613349-01)**

La legittimazione relativa

Il 1421 c.c. fa salve le **diverse disposizioni di legge:**

- vendita dei beni di consumo (art. 134, comma 1, cod. cons.) e della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori
- (artt. 67 septiesdecies, comma 4, e octiesdecies, comma 1, cod. cons.);
- tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 122 del 2005);
- contratti bancari e di credito ai consumatori (art. 127 del d.lgs. n. 385 del 1993);
- contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento (artt. 23, comma 2, 30, comma 7, 100-bis, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998) e, a protezione degli assicurati, dei contratti di assicurazione conclusi con imprese non autorizzate (art. 167, comma 2, del d.lgs. n. 209 del 2005).

Segue:

In dottrina:

- ipotesi di nullità a legittimazione relativa assistita da una rilevabilità officiosa che incontra il limite della condotta processuale del consumatore “sostanzialmente incompatibile col risultato derivante dalla rilevata nullità;
- Nullità parziale unidirezionale;

Obiettivo della tutela del consumatore

- Articolo 6 Dir 93/13/Cee 1. Gli Stati membri prevedono che le **clausole abusive** contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista **non vincolano il consumatore**, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il **contratto resti vincolante per le parti** secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

Corte di giustizia, 4 giugno 2015, C-497/13, *Froukje Faber*

- (...) modalità processuali che, (...), vietino sia al giudice di primo grado che al giudice di appello (...), di qualificare, sulla base degli elementi di fatto e di diritto di cui dispongono o di cui possono disporre su semplice domanda di chiarimenti, il rapporto contrattuale in oggetto alla stregua di vendita al consumatore, **laddove quest'ultimo non abbia espressamente rivendicato tale qualità**, equivarrebbero ad assoggettare il consumatore all'obbligo di procedere da sé, a pena di perdere i diritti che il legislatore dell'Unione ha inteso conferirgli con la direttiva 1999/44, a qualificare giuridicamente in modo completo la sua situazione. In un settore in cui, in numerosi Stati membri, le norme processuali consentono ai singoli di rappresentarsi autonomamente dinanzi ai tribunali, **sussisterebbe un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non sia in grado di adempiere ad un obbligo di tale intensità**(CGUE Faber, 44).
- (...) modalità processuali come quelle descritte al punto precedente **non sarebbero conformi al principio di effettività** (...) (CGUE Faber, 45).

Se nessuna delle parti ha fornito gli elementi necessari ai fini della decisione?

“il giudice nazionale deve adottare d’ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola attributiva di competenza giurisdizionale territoriale esclusiva contenuta nel contratto, che costituisce l’oggetto della controversia di cui è investito e che è stato concluso tra un professionista e un consumatore, rientri nell’ambito di applicazione della direttiva e, in caso affermativo, valutare d’ufficio il carattere eventualmente abusivo di una siffatta clausola” (Corte di giustizia, 9 novembre 2010, *Pénzügyi Lizing Zrt*, C-137/08, p. 56)

Fideiussione - Fideiussore

- Sebbene la fideiussione non possa essere inclusa di per sé fra i contratti di cessione di beni o di prestazione di servizi intercorrenti tra un professionista ed un consumatore, previsti dall'art. 1469-bis cod. civ. nel testo anteriore alla legge 21 dicembre 1999, n. 526, tuttavia, anche nel vigore della precedente formulazione, per la fideiussione che accede a contratti bancari deve ritenersi **sussistente il requisito oggettivo per l'applicabilità della disciplina delle clausole abusive, introdotta dalla legge 6 febbraio 1996, n. 52**, in ragione del collegamento contrattuale che intercorre tra il contratto costitutivo del debito principale garantito ed il contratto costitutivo dell'obbligazione fideiussoria. Quanto al requisito soggettivo di applicabilità della medesima disciplina, la **qualità del debitore** principale **attrae** quella del fideiussore ai fini della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore. (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 10107 del 13/05/2005, Rv. 583185 – 01; Sez. 1, Sentenza n. 16827 del 09/08/2016, Rv. 640914 - 01); così, Sez. 3, Sentenza n. 25212 del 29/11/2011, Rv. 620445 – 01);

Corte di giustizia, ord. 19 novembre 2015, C-74/15, Tarcău

*“(…) la nozione di «consumatore», ai sensi dell’articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13, ha un carattere oggettivo (v. sentenza Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, punto 21). Essa deve essere valutata alla luce di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell’ambito delle **attività estranee all’esercizio di una professione**. (....) Nel caso di una persona fisica che abbia garantito l’adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta quindi al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell’ambito della sua attività professionale o sulla base dei **collegamenti funzionali** che la legano a tale società, quali **l’amministrazione** di quest’ultima o una **partecipazione non trascurabile** al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata.”*

- *«L'oggetto del contratto è quindi irrilevante per definire l'ambito di applicazione della direttiva 93/13, fatte salve le eccezioni indicate al decimo considerando della medesima;*
- *Tale criterio corrisponde all'idea sulla quale si basa il sistema di tutela istituito dalla direttiva stessa, ossia che il consumatore si trovi in una situazione di **inferiorità** rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il livello di informazione, **situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse.***
- *La suddetta tutela è particolarmente importante nel caso di un contratto di garanzia o di fideiussione stipulato tra un istituto bancario e un consumatore. Tale contratto si basa infatti su un impegno personale del garante o del fideiussore al pagamento del debito contratto da un terzo. L'impegno medesimo comporta, per colui il quale vi acconsente, obblighi onerosi che hanno **l'effetto di gravare il suo patrimonio di un rischio finanziario spesso difficile da misurare**».*

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. X, 14 settembre 2016, C-534/15

- Quanto alla questione se una persona fisica che si impegna a garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di un istituto bancario in base a un contratto di credito possa essere considerata un «consumatore», ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13, occorre rilevare che un siffatto contratto di garanzia o di fideiussione, **sebbene** possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto **accessorio** rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che esso garantisce (v., in tal senso, sentenza del 17 marzo 1998, Dietzinger, C-45/96, EU:C:1998:111, punto 18), si presenta, dal punto di vista delle parti contraenti, come un contratto **distinto** in quanto è stipulato tra **soggetti diversi** dalle parti del contratto principale. È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. X, 14 settembre 2016, C-534/15

- Gli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva si applica a un contratto di garanzia immobiliare stipulato tra persone fisiche e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tali **persone fisiche hanno agito per scopi che esulano dalla loro attività professionale e non hanno alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società, circostanze queste che spetta al giudice del rinvio verificare.**

La giurisprudenza interna

Cassazione civile sez. VI, 24/01/2020, n.1666

In tema di contratti stipulati dal "consumatore", i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica, in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società, devono essere valutati con **riferimento alle parti dello stesso** (e non già del distinto contratto principale), dando rilievo - alla stregua della giurisprudenza comunitaria (CGUE, sentenza 19 novembre 2005, in causa C-74/15 Tarcau) - **all'entità della partecipazione al capitale sociale, nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore**. (Nella specie, è stata ravvisata la qualità di consumatore in capo al fideiussore in ragione della sua qualità di professoressa di lettere collocata a riposo e in assenza di prova circa la sua partecipazione all'attività d'impresa del garantito).

Segue:

Cassazione civile sez. VI, 16/01/2020, n.742

in conformità alla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea, deve respingersi la tesi (c.d. **del professionista di rimbalzo**) secondo cui l'accessorietà fideiussoria implicherebbe che la qualificazione soggettiva (consumatore o meno) della persona fisica che presta la garanzia debba modellarsi su quella del debitore principale. Nel connotare la struttura disciplinare dell'impegno e della obbligazione fideiussoria, l'accessorietà non può essere spinta fuori da tale ambito fino al punto di incidere sulla qualificazione dell'agire — professionale o meno — del garante. Per l'attribuzione della qualità di consumatore al soggetto che presta fideiussione non vi è ragione di discostarsi dal criterio generale e comune fissato dall'art. 3 comma 1 lett. a) cod. cons. **Tale deve pertanto ritenersi il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale, stipuli un contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio).**

Segue:

- **«quello dell'accessorietà fideiussoria si manifesta tratto oggettivamente estraneo alla normativa di protezione del consumatore. Connotante la struttura disciplinare dell'impegno e dell'obbligazione assunti dal fideiussore, l'accessorietà non può non rimanere confinata entro tale ristretto ambito; di certo, non può venire proiettata fuori da esso, per spingerla sino a incidere sulla qualificazione dell'attività - professionale o meno - di uno dei contraenti; tanto meno, l'accessorietà potrebbe far diventare un soggetto (il fideiussore o, più in generale, il terzo garante) il replicante, ovvero il duplicato, di un altro soggetto (il debitore principale)»;**
- **«quale criterio per la positiva identificazione di un fideiussore nell'ambito della categoria del consumatore - la "valutazione se il rapporto contrattuale" di cui alla fideiussione nel concreto rientri, oppure no, "nell'ambito di attività estranee" all'esercizio della eventuale professione specificamente svolta dal soggetto che ha prestato la garanzia».**

Consumatore Conduttore

- Sentenza CGUE 30.5.2013 C-488/11 Asbeek
Brusse: «qualsiasi contratto» - fuori
dall'esercizio di attività professionale ->
condizioni inferiorità: contratto di locazione
immobile ad uso abitativo (luogo dove abitare,
spesa prevalente nel bilancio familiare,
normativa poco conosciuta);

CONDOMINIO CONSUMATORE

Cass. 10679/15: *“al contratto concluso con il professionista dall’amministratore del condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applica la normativa a tutela del consumatore, atteso che l’amministratore agisce quale **mandatario** con rappresentanza dei vari condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale”*;

Cass. 10086/01: *“(…) poiché i condomini vanno senz’altro considerati consumatori, essendo persone fisiche che agiscono, come nella specie, per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, anche al contratto concluso dall’amministratore del condominio con il professionista (…) si applicano gli artt. 1469bis e segg. c.c.”*

Tribunale Milano, 01/04/2019

Va rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione se la nozione di consumatore, quale accolta dalla direttiva 93/13/CEE, osti alla qualificazione come consumatore di un soggetto, quale il condominio nell'ordinamento italiano, che non sia riconducibile alla nozione di “persona fisica” e di “persona giuridica”, allorquando tale soggetto concluda un contratto per scopi estranei all'attività professionale e versi in una situazione di inferiorità nei confronti del professionista sia quanto al potere di trattativa quanto al potere di informazione.

Condominio consumatore

Corte giustizia UE sez. I, 02/04/2020, n.329

Gli artt. 1 paragrafi 1 e 2 lett. b) Direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una giurisprudenza nazionale che interpreti la normativa di recepimento della medesima direttiva nel diritto interno in modo che le norme a tutela dei consumatori che essa contiene siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano, anche se un simile soggetto giuridico non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva.

Il rilievo d'ufficio: dialogo tra le corti.

in un primo momento il giudici di Lussemburgo, adottando un approccio pragmatico alla questione della rilevabilità d'ufficio delle nullità protettive, abbiano ritenuto di perseguire l'obiettivo di protezione del contraente debole qualificando tale potere **in termini di mera facoltà e non di potere-dovere** (si vedano, a riguardo, le pronunce rese nei casi Océano Grupo Editorial (cause riunite C-240/98 e C-244/98), Cofidis (C- 473/00), Ynos Kft (C-302/04) e Rampion (C-429/05)).

ART. 47 CDFUE

Principio di Effettività della tutela

Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un **ricorso effettivo dinanzi a un giudice**, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Segue

- Corte di Giustizia UE: principio di effettività della tutela
- “Secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali per garantire la salvaguardia dei diritti di cui i soggetti godono ai sensi dell’ordinamento comunitario, in forza del principio dell’autonomia processuale degli Stati membri, a condizione, tuttavia, che tali modalità (...) non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)” (C-78/98, Preston e a.; C-392/04 e C-422/04, i-21 Germany e Arcor; C 472/11, Banif Plus Bank Zrt)

Una nuova *koinè* europea.

- sentenza del 26 ottobre 2006, causa C-168/05, Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium SL;
- 4 giugno 2009, causa C-243/09, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Gyorfi; rilievo d'ufficio e **potere di interpello per il consumatore per opporsi alla declaratoria di nullità**;
- con la pronuncia del 6 ottobre 2009, causa C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez; **si discorre di politica dirigitica di ricerca dell'equilibrio giuridico nei rapporti negoziali non conclusi fra imprenditori → si coglie il profilo di politica economica che presiede alle nullità protettive**: valorizzazione del principio della libera concorrenza, ai quali si è successivamente accreditata, col Trattato di Lisbona, la formula del perseguimento della economia sociale di mercato (art. 3, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea);
- 14 giugno 2012 (causa C-618/10), Banco Español de Crédito con la Corte di Giustizia è giunta **ad estendere la rilevabilità d'ufficio anche alla fase monitoria del procedimento d'ingiunzione**, fase processuale caratterizzata da cognizione sommaria e *inaudita altera parte*.

L'obbligo di rilievo d'ufficio

“il ruolo attribuito al giudice nazionale dal diritto dell'Unione nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine (C.243/08, Pannon GSM)

La garanzia del contraddittorio

“il giudice nazionale, nell’attuare il diritto dell’Unione, deve altresì rispettare i requisiti di una **tutela giurisdizionale effettiva** dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell’Unione, quale garantita dall’articolo **47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea**. Tra detti requisiti figura il **principio del contraddittorio**, che fa parte dei diritti della difesa e che vincola il giudice, in particolare qualora dirima una controversia sulla base di un motivo rilevato d’ufficio” (C 472/11, Banif Plus Bank Zrt)

Ancora sul contraddittorio

il giudice nazionale, nell'ipotesi in cui, dopo aver stabilito, sulla base degli elementi di fatto e di diritto di cui dispone, o che gli sono stati comunicati **in seguito alle misure istruttorie che ha adottato d'ufficio a tal fine**, che una clausola rientra nell'ambito di applicazione della direttiva, **constati, al termine di una valutazione cui ha proceduto d'ufficio, che tale clausola presenta carattere abusivo, esso deve, di norma, informarne le parti della controversia e invitarle a discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali**" (C 472/11, Banif Plus Bank Zrt)

L'obbligo di adottare misure istruttorie

detto giudice deve adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore rientri nell'ambito di applicazione della direttiva e, in caso affermativo, valutare d'ufficio la natura eventualmente abusiva di una clausola siffatta” (C-137/08 VB Pénezügyi Lízing)

Obbligo di **dichiarare** la nullità senza domanda di parte

“la piena efficacia della tutela prevista dalla direttiva richiede che il giudice nazionale che abbia accertato d’ufficio il carattere abusivo di una clausola possa trarre tutte le conseguenze derivanti da tale accertamento, senza attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenere l’annullamento di detta clausola” (Pannon GSM, cit.)

La scelta del consumatore

il giudice nazionale non deve, in forza della direttiva, disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante” (Pannon GSM cit.)

Il decreto ingiuntivo

“La direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev’essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro, quale quella di cui trattasi nel procedimento principale, che non consente al giudice investito di una domanda d’ingiunzione di pagamento di esaminare d’ufficio, in limine litis, né in qualsiasi altra fase del procedimento, anche qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest’ultimo” (C 618/10, Banco Español de Crédito SA)

La giurisprudenza nazionale.

Sez. U, Sentenza n. 14828 del 04/09/2012, Rv. 623290 - 01) Alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque **emergenti *ex actis***, una volta provocato il **contraddittorio sulla questione**, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (**escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta**); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità "incidenter tantum" senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste;

Cass. Sez. U, Sentenza n. 26242 del 12/12/2014


- La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, **alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una "species" del più ampio "genus"** rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del **mercato** (art. 41 Cost) e **l'uguaglianza** almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost) - che trascendono quelli del singolo.

Segue:

La "rilevazione" "ex officio" delle nullità negoziali (**sotto qualsiasi profilo, anche diverso da quello allegato dalla parte**, ed altresì per le ipotesi di nullità speciali o "di protezione") è sempre **obbligatoria**, **purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata "ragione più liquida"**, e va intesa come **indicazione** alle parti di tale vizio; la loro "dichiarazione", invece, ove sia mancata **un'espressa domanda** della parte pure all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa del medesimo vizio; **in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione)**, senza, per ciò solo, negarsi la diversità strutturale di queste ultime sul piano sostanziale, poichè tali azioni sono disciplinate da un complesso normativo autonomo ed omogeneo, affatto incompatibile, strutturalmente e funzionalmente, con la diversa dimensione della nullità contrattuale. (Sez. U, Sentenza n. 26242 del 12/12/2014, Rv. 633502 - 01). Per le nullità di protezione, oltre al rilievo bisognerà pronunciare di ufficio, **salvo che il consumatore vi si opponga**.

Attività di rilevazione, indicazione e dichiarazione

la Corte distingue tra la rilevazione/indicazione della nullità ex art. 1421 c.c. e la dichiarazione della nullità, precisando come solo la prima di tali attività debba ritenersi obbligatoria per il giudice e come la stessa possa non tradursi in una declaratoria quante volte, trattandosi di nullità relativa, la parte avvantaggiata non intenda avvalersene o il giudice all'esito dell'attività istruttoria, *re melius perpensa*, non ritenga più ravvisabile la rilevata nullità o, infine, lo stesso giudice definisca la controversia sulla base della ragione più liquida.

- 
- Nel giudizio di **appello** ed in quello di **cassazione**, il giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo. (Sez. U, Sentenza n. 26242 del 12/12/2014, Rv. 633509 – 01; **Cassazione civile sez. VI, 15/09/2020, n.19161**)

Il ruolo del giudice

- Il potere del giudice di rilevare la nullità anche nei casi di nullità protettive è, invero, “essenziale al perseguimento di interessi di interessi che possono addirittura coincidere con i valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l’uguaglianza quanto meno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.), poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell’autonomia negoziale ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese”;
- Non operano le preclusioni ex art. 183 c.p.c., dovendosi, a tal fine, attribuire al riferimento alle memorie contenenti osservazioni sulla questione di cui all’art. 101 c.p.c. una portata ampia, tale da consentire anche la proposizione di una domanda formalmente tardiva

Cass. civ. sez. II, 3308/2019

La rilevazione d'ufficio delle nullità negoziali – sotto qualsiasi profilo, anche diverso da quello allegato dalla parte, e altresì per le ipotesi di nullità speciali o di protezione - è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base a una individuata “ragione più liquida”, e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio. La loro dichiarazione, invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa – salvo per le nullità speciali, che presuppongono una manifestazione di interesse della parte – del medesimo vizio, previo suo accertamento, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia di giudicato in assenza di sua impugnazione.

→ la Corte ha ritenuto che la sentenza, emessa in altro giudizio e passata in giudicato, con la quale era stata incidentalmente dichiarata la nullità del contratto preliminare di vendita del diritto d'uso di un box auto, spiegasse i suoi effetti anche nel successivo giudizio instaurato dalla promittente alienante nei confronti dei promissari acquirenti per il rilascio del bene e per il pagamento delle spese di gestione e dell'indennità di occupazione.

Cassazione civile sez. II, 30/09/2020, n.20870

L'art. 101, comma 2, c.p.c. impone un'interpretazione dei poteri delle parti estesa alla facoltà di proporre domande di nullità e **spiegare la conseguente attività probatoria sino alla precisazione delle conclusioni**, in deroga al sistema delle preclusioni istruttorie, alla condizione che vi sia stata una previa rilevazione officiosa di tale nullità.

In sintesi

- ✓ Valorizzazione degli artt.183 co.4 e 101 co.2 c.p.c.
- ✓ Obbligo di provocare il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio per tutto il corso del processo
- ✓ Tecnica di conduzione del processo che impone la indicazione alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio "ben prima del maturare delle preclusioni istruttorie"
- ✓ Art.101 co.2 deve essere interpretato nel senso che le parti hanno la facoltà di proporre domanda (tardiva) di accertamento della nullità, e di spiegare la corrispondente attività istruttoria
- ✓ Possibile sia la rinuncia alla domanda originariamente proposta (solo nullità tardiva), sia il cumulo tra domande (tempestive e nullità tardiva)
- ✓ Possibile il rilievo d'ufficio di profili di nullità diversi da quelli prospettati dalle parti
- ✓ Possibile il rilievo d'ufficio della nullità totale del contratto ex art.1419 co.1 c.c. anche se le parti hanno prospettato la sola nullità parziale;
- ✓ In ogni caso, ai sensi dell'art. 345, comma 2, c.p.c., le parti possono riproporre la *quaestio nullitatis* sotto forma di eccezioni rilevabili di ufficio.

Il giudicato sulla *quaestio nullitatis*

Un orientamento maggioritario ritiene che l'efficacia del giudicato copre non soltanto la pronuncia finale, ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima (emblematica, in proposito è Sez. 3, n. 6170/2005, Segreto, Rv. 581474-01, ma in termini non dissimili si sono espresse, tra le altre, Sez. 1, n. 22520/2011, Salvago, Rv. 620387-01; Sez. 2, Falaschi, n. 15508/2011, Falaschi, Rv. 618651-01; Sez. L, n. 28415/2017, Spina Rv. 646278-01 e, tra le meno recenti, Sez. L, n. 990/1994, Mercurio, Rv. 485168-01; Sez. L, n. 1811/1993, Prestipino, Rv. 480881-01). In tal caso la necessità della formazione del giudicato anche sul punto pregiudiziale (e anche in assenza di un'apposita richiesta) deriva dal fatto che oggetto del *dictum* di merito è, in primo luogo l'accertamento dell'esistenza del rapporto giuridico sul quale la pretesa si fonda.

Segue:

Altre decisioni hanno, invece, precisato che la pronuncia di rigetto della domanda, non più soggetta ad impugnazione, non costituisce giudicato implicito - con efficacia vincolante nei futuri giudizi - **laddove del rapporto che ne costituisce il presupposto logico-giuridico non abbiano formato oggetto di specifica disamina e valutazione da parte del giudice le questioni concernenti l'esistenza, la validità e la qualificazione.** Ne consegue che la sentenza di rigetto della domanda di risoluzione del contratto adottata sulla **base del principio della c.d. "ragione più liquida"** (in base al quale la domanda può essere respinta sulla base della soluzione di una questione assorbente senza che sia necessario esaminare previamente tutte le altre) **ovvero emessa in termini meramente apodittici, senza un accertamento effettivo, specifico e concreto del rapporto da parte del giudice,** al punto da risultare un evidente difetto di connessione logica tra dispositivo e motivazione, **non preclude la successiva proposizione di una domanda di nullità del contratto** (che a norma dell'art. 1421 c.c. il giudice deve rilevare anche d'ufficio non solo se sia stata proposta l'azione di adempimento ma anche se sia stata chiesta la risoluzione o l'annullamento o la rescissione del contratto), in quanto in tal caso si fanno valere effetti giuridici diversi e incompatibili rispetto a quelli oggetto del primo accertamento, sicché, trattandosi di diritti eterodeterminati (per l'individuazione dei quali è cioè necessario fare riferimento ai fatti costitutivi della pretesa che identificano diverse causae petendi), non può ritenersi che, all'intero rapporto giuridico, ivi comprese le questioni di cui il primo giudice non abbia avuto bisogno di occuparsi per pervenire alla pronuncia di rigetto, il giudicato si estenda in virtù del principio secondo cui esso copre il dedotto ed il deducibile (Sez. 3, n. 11356/2006, Scarano, Rv. 591349-01; in senso conforme Sez. 3, n. 21266/2007, Scarano, Rv. 599517-01).

Giudicato implicito

- la pronuncia del 2012 ha stabilito che **il giudicato implicito sulla validità** del contratto, secondo il paradigma ormai invalso (cfr. Cass. S.U. 24883/08; 407/11; 1764/11), potrà formarsi tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito, con esclusione delle sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della validità del contratto;
- **Sez. U, n. 7294/2017, Frasca, Rv. 643337-01** ha affermato che il potere di rilievo officioso della nullità del contratto spetta anche al giudice investito del gravame relativo ad una controversia sul riconoscimento di pretesa che **suppone la validità ed efficacia del rapporto contrattuale oggetto di allegazione - e che sia stata decisa dal giudice di primo grado senza che questi abbia prospettato ed esaminato, né le parti abbiano discusso, di tali validità ed efficacia - trattandosi di questione afferente ai fatti costitutivi della domanda ed integrante, perciò, un'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio anche in appello, ex art. 345 c.p.c.** (in senso conforme si vedano, altresì, Sez. 6-2, n. 8841/2017, Criscuolo, Rv. 643814-01; Sez. 6-3, n. 19251/2018, Positano, Rv. 650242-01; Sez.2, n. 26495/2019, Giannaccari, Rv. 655652-01)

In sintesi sul giudicato implicito

- ✓ Se la domanda originaria viene respinta a causa della rilevata nullità del contratto e tale ragione viene esplicitata nella motivazione, la statuizione sull'invalidità è idonea al giudicato tra le parti, nel senso che tale dictum sarà tra le stesse vincolante anche in successivi giudizi in cui si faccia ancora questione di diritti nascenti dal contratto nullo, ma non anche nei rapporti con i terzi, per lo meno con riferimento ai contratti aventi ad oggetto diritti soggetti a trascrizione;
- ✓ Quando, invece, il rigetto della domanda sia stato pronunciato senza che la nullità sia stata rilevata d'ufficio e, quindi, neanche dichiarata, si formerà il giudicato implicito sulla validità del negozio, salvo che la decisione risulti fondata sulla ragione più liquida, non potendosi in tale ultimo caso ritenere che la validità sia stata, neanche implicitamente, scrutinata (→ no totale adesione al giudicato implicito);
- ✓ In caso di accoglimento della domanda, preceduto o meno dal rilievo d'ufficio della nullità, si forma, invece, il giudicato implicito sulla non nullità del contratto, che le parti non potranno più rimettere in discussione.
- ✓ Si forma, infine, il giudicato implicito sulla validità del contratto quando il giudice, che sia stato investito ab origine da una domanda di nullità, la rigetti senza rilevare altra causa di nullità.

SSM

...Grazie per l'attenzione...

Dott. Luca Marzullo

Giudice del Tribunale di Perugia

SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA