

# CORSO MAGISTRATURA LOPILATO 2017-2018

GIAPPICHELLI EDITORE

*Open day 8 settembre 2017*

**Lezione di diritto civile**

**di**

**Vincenzo Lopilato**

(Responsabile scientifico del corso)

**Nota.** *Si riporta lo schema del tema redatto dal Cons. Lopilato che riprende quanto esposto durante la lezione; i punti indicati verranno sviluppati durante il corso.*

*Nel testo è riportato tra parentesi il nome di alcuni autori e i riferimenti delle sentenze che non vanno inseriti nel tema.*

**Traccia.** *Premessi cenni sulla nullità del contratto, si tratti delle nullità virtuali, con riferimento anche all'ammissibilità delle nullità virtuali di protezione dei consumatori.*

## **Prima parte (cenni)**

### **Sezione prima**

#### **Modelli contrattuali e regime delle nullità in generale**

##### **1. Modelli contrattuali.**

Nell'impostazione del codice del 1942 il contratto di diritto comune è stato configurato come un contratto tra soggetti che si pongono in una in posizione paritaria, con conseguente irrilevanza degli *status* soggettivi. Si utilizza la qualificazione di "*contratto tra eguali*".

In questo ambito, il rapporto tra norme imperative e autonomia negoziale viene ricostruito assegnando prevalenza ai profili di autonomia, con attribuzione alle parti del potere di definire, salvo i limiti legali specificamente previsti, l'equilibrio economico - giuridico dell'assetto contrattuale.

Su impulso del diritto europeo, sono stati introdotti altri modelli contrattuali, che realizzano una "*contrattazione tra diseguali*".

La prima categoria è rappresentata dai contratti dei consumatori, la cui disciplina è contenuta nel Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005), nell'ambito dei quali il consumatore è considerato la parte debole del rapporto.

La ragione giustificativa delle norme di protezione del consumatore è costituita, secondo l'orientamento prevalente, dalla *debolezza contrattuale* conseguente all'asimmetria informativa del consumatore nei rapporti con il professionista. E' una "debolezza presunta", che prescinde da un accertamento in concreto della sussistenza di un effettivo squilibrio.

In questa prospettiva il sistema, come si dirà oltre, è costruito per evitare che il professionista "abusi" della propria autonomia negoziale a danno del consumatore.

La seconda categoria è rappresentata dai contratti di impresa asimmetrici stipulati tra un imprenditore forte ed un imprenditore debole, il cui principale tipo contrattuale è rappresentato dal contratto di subfornitura disciplinato dall'articolo 9 della legge 192 del 1998. La caratteristica di questo modello contrattuale è rappresentata dal fatto che un imprenditore è inserito nel ciclo produttivo di un altro imprenditore, con possibile creazione di una situazione di dipendenza economica della parte debole, derivante dall'assenza di alternativa sul mercato, di cui l'imprenditore forte potrebbe abusare.

La ragione giustificativa è, dunque, costituita dalla *debolezza economica*.

La terza categoria è rappresentata dai contratti stipulati tra il professionista e i risparmiatori e utenti che operano nel mercato finanziario in senso ampio, il quale ricomprende il mercato finanziario in senso stretto (d.lgs. n. 58 del 1998), il mercato bancario (d.lgs. n. 385 del 1993) e quello assicurativo (d.lgs. n. 209 del 2005).

La ragione giustificativa delle norme di protezione è quella di tutelare la parte che, stipulando il contratto con il professionista, si trova in situazione di *debolezza contrattuale* derivante da asimmetria informativa.

A queste finalità di tutela del singolo rapporto, rilevanti sul *piano microeconomico*, occorre aggiungere, almeno secondo un certo orientamento, anche quelle di tutela del mercato nell'ambito del quale si colloca tale rapporto, rilevanti sul *piano macroeconomico*. Si sottolinea, infatti, come proteggendo la parte debole al fine di evitare forme di abuso del professionista si evitano forme di propagazione generale di tali abusi garantendo, così, il corretto funzionamento del mercato.

Le suddette finalità perseguite dall'ordinamento, europeo e nazionale, giustificano una maggiore rilevanza delle norme imperative rispetto agli spazi di autonomia negoziale.

(Nota: per approfondimenti di questi aspetti, in questa sede solo accennati, si rinvia alla seconda lezione del corso).

## 2. Tipologie di nullità

Premesso ciò, in relazione ai contratti di diritto comune, l'art. 1418 cod. civ. indica quali sono le cause di nullità del contratto.

L'art. 1418 cod. civ. prevede, invertendo l'ordine di elencazione codicistica: *i*) le "nullità testuali", nei casi stabiliti dalla legge (terzo comma); *ii*) le "nullità strutturali", che si hanno quando manca un elemento essenziale del contratto, ossia accordo, causa, oggetto e forma «*quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*» (secondo comma); *iii*) le "nullità funzionali" (o di disvalore), nel caso in cui la causa, l'oggetto o il motivo comune siano illeciti e, cioè, contrari a norme imperative, ordine pubblico o buon costume (secondo comma); *iv*) le "nullità virtuali", che si hanno quando il «*contratto è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*» (primo comma).

L'indicazione finale delle nullità virtuale si giustifica in quanto si tratta, come è stato sottolineato in dottrina, di una "norma di chiusura" del sistema.

La connotazione peculiare delle cause nullità dei contratti di diritto comune è costituita dal fatto che esse incidono, salvo talune eccezioni, sulla "fattispecie negoziale" e, cioè, su un "elemento intrinseco" al contratto stesso.

### 2.1. Regime giuridico.

L'art. 1421 cod. civ. prevede che «*salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*».

L'art. 1422 c.c. dispone che l'azione è imprescrittibile, «*salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione*».

E' previsto, pertanto, un regime che si connota per la previsione della legittimazione assoluta, rilevabilità d'ufficio e imprescrittibilità dell'azione.

In relazione alla questione relativa alla rilevabilità d'ufficio la Cassazione, sez. un., 12 dicembre 2014 n. 26242, ha sottolineato come l'istituto della nullità persegua il fine di assicurare l'interesse generale, con la conseguenza che si riconosce il potere del giudice di rilevare d'ufficio e di dichiarare la nullità.

Ai fini che interessano in questa sede, è sufficiente mettere in evidenza come il rilievo officioso sia possibile qualunque sia l'azione fatta valere e, dunque, non solo in caso di azione di adempimento, ma anche in presenza di un'azione di risoluzione ovvero di rescissione o annullabilità. La Cassazione, nella citata sentenza, ha utilizzato, a tale proposito, l'espressione di «*negozio ad efficacia eliminabile*», che comprende «*tanto*

*negozi invalidi ma temporaneamente efficaci (il contratto annullabile e quello rescindibile), quanto negozi validi ed inizialmente efficaci, ma vulnerati nella dimensione funzionale del sinallagma (il contratto risolubile)».*

La nullità del contratto comporta la caducazione dell'intero vincolo, che travolge, in linea di principio, anche la posizione dei terzi. Si tratta, dunque, di un "rimedio distruttivo".

L'art. 1419 c.c. disciplina la "nullità parziale", disponendo che *«la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità»*. Nonostante la nullità colpisca la singola clausola, ne può conseguire, all'esito di una indagine da svolgere alla luce della causa in concreta e dunque degli interessi perseguiti, la caducazione dell'intero contratto, con obbligo di restituzione delle prestazioni contrattuali.

## **Seconda parte (approfondimento)**

### **Nullità virtuali**

#### **3. Nozione di norma imperativa e di nullità virtuale.**

L'istituto della nullità virtuale non era previsto nel codice previgente del 1865.

Il legislatore del 1942, invece, come già sottolineato, ha introdotto la categoria in esame, disponendo che si ha nullità virtuale quando il *«contratto è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente»* (primo comma).

Nella ricostruzione di tale tipologia di nullità elemento centrale è rappresentato dalla nozione di "norme imperative".

La identificazione di tale nozione postula due passaggi.

Il primo passaggio è rappresentato dalla *inderogabilità* della norma: le norme imperative non possono essere derogate dalle parti.

Il secondo passaggio presuppone l'individuazione dei casi in cui la legge dispone diversamente (c.d. *clausola di salvezza*).

A tale proposito, la legge può espressamente prevedere "diversamente", nel senso che la violazione di quella norma imperativa non determina nullità. Ciò può avvenire in due modi: *i)* escludendo in maniera esplicita che la violazione della norma stessa determini nullità (ad esempio, l'art. 10 dello Statuto dei contribuenti, l. 212 del 2000, dispone che *«le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di*

*nullità del contratto»); ii) prevedendo un rimedio diverso, di invalidità (annullabilità o rescissione) o di responsabilità.*

La questione più complessa si pone nel caso in cui la norma imperativa nulla dispone.

Un orientamento minoritario, di matrice dottrinale (Albanese), ritiene che, in questa ipotesi, il contratto sia sempre nullo, per evitare di assegnare un potere discrezionale troppo ampio all'interprete. Tale ricostruzione implica un ampliamento dell'ambito delle norme imperative.

L'orientamento prevalente sostiene, invece, che occorre indagare in ordine alla "natura" della imperatività, per stabilire se essa sia tale da giustificare il rimedio "distruttivo" della nullità. Occorre dunque stabilire se implicitamente la norma escluda il rimedio della nullità, ammettendo un rimedio diverso.

A tal proposito, per individuare tale natura, sono stati prospettati, in dottrina e giurisprudenza, un criterio strutturale ovvero un criterio funzionale, i quali, come si esporrà oltre, non sono del tutto alternativi ma, in alcuni punti, si integrano, divenendo complementari.

### **3.1. Criterio strutturale.**

I sostenitori del criterio strutturale ritengono che sia necessario valutare la struttura della norma per comprendere se la sua violazione può comportare nullità.

Nell'ambito di questa ricostruzione sono state prospettati due diversi orientamenti.

#### **3.1.1. Distinzione tra norme proibitive e precettive.**

Secondo un primo orientamento, minoritario, la violazione di una norma imperativa può comportare nullità soltanto se viene in rilievo una norma proibitiva (ossia una norma che pone un divieto) e non anche in presenza di norme precettive (ossia una norma che impone un comportamento).

Questa tesi è stata criticata sia perché non trova alcun fondamento normativo nella dizione dell'art. 1418 cod. civ. sia perché anche le norme precettive, imponendo di porre in essere una determinata condotta, implicitamente vietano di tenere condotte diverse.

### **3.1.2. *Distinzione tra regole di condotta e regole di validità: la rilevanza della buona fede.***

Secondo un altro orientamento, occorre distinguere tra regole di condotta e regole di validità: se la norma imperativa contiene una regola di condotta la conseguenza della sua violazione non può mai essere la nullità.

Il riferimento principale è alla regola di condotta della buona fede in senso oggettivo, intesa come correttezza comportamentale nelle relazioni negoziali (si pensi, in via esemplificativa, al dovere del conduttore di consentire la visita dell'immobile al proprietario nell'imminenza della scadenza del contratto di locazione al fine di potere stipulare un nuovo contratto con altre parti).

Si tratta di una clausola generale cui fanno riferimento, tra gli altri, gli artt. 1337-1338 cod. civ. in materia di formazione del contratto e l'art. 1375 cod. civ. in materia di esecuzione del contratto. I precetti posti dalla buona fede vengono poi, normalmente, tipizzati (come nell'esempio sopra esposto) a livello giurisprudenziale ovvero a livello normativo (si pensi agli obblighi di informazione).

La violazione della regola della buona fede si realizza quando si accerta l'esistenza di uno "scarto" tra la condotta tipica delineata dalle suddette regole di condotta e quella concreta posta in essere dalla parte.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che la violazione di una regola di condotta comporta l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale e contrattuale (si veda Cass., sez. un., 19 dicembre 2017, n. 26724; Cass. civ. sez. II, 24 novembre 2015, n. 23914).

Secondo la giurisprudenza, la ragione giustificativa di tale assunto risiede nel convincimento che *«i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite»*. In definitiva, venendo in rilievo un concetto giuridico indeterminato, si è voluto evitare il rischio di assegnare un compito troppo incisivo al giudice che potrebbe, in mancanza di parametri certi, applicare il rimedio "forte" della nullità.

In altri termini, si è voluto evitare un eccessivo ampliamento della nozione di norme imperative: se, infatti, si ritiene che anche la norma imperativa che contiene un regola di condotta di portata "generale" possa determinare nullità il suo ambito di rilevanza sarebbe anche'esso "generale", con il rischio di invertire il rapporto con l'autonomia

negoziale in contrasto con la connotazione peculiare dei contratti di diritto comune che, come esposto in premessa, sono considerati “contratti tra eguali”.

Secondo parte della dottrina la ragione giustificativa dell’orientamento in esame risiede anche nel fatto che l’art. 1418 cod. civ. dispone che è «*il contratto*» ad essere in contrasto con la norma imperativa e non la “*condotta*” delle parti.

In questa prospettiva, la buona fede in fase esecutiva ha una funzione di integrazione suppletiva (Roppo), per cui essa può venire in rilievo soltanto se vi è una lacuna contrattuale.

Quindi, in presenza di una lacuna, la regola della buona fede diventa regola negoziale, per cui, in caso di sua violazione, si ha responsabilità contrattuale, nei limiti dell’apprezzabile sacrificio dell’altra parte. Si impiega l’espressione “dovere attenuato” di salvaguardia (Bianca).

Se, invece, il contratto è completo la buona fede può avere una funzione correttiva nella fase di esecuzione del contratto, con la conseguenza che se le prestazioni contemplate dal regolamento negoziale sono attuate in contrasto con la buona fede, si ha abuso del diritto e, quindi, la pretesa può essere bloccata attraverso il rimedio dell’*exceptio doli generalis*.

Questa tesi, che continua a mantenere una sua validità in giurisprudenza, è stata criticata.

Parte della dottrina (Scalisi) ritiene che non sussistano ragioni dommatiche tali da giustificare una restrizione del campo di applicazione delle norme imperative. La nozione di «contratto», cui fa riferimento l’art. 1418 cod. civ., può ricomprendere anche la “condotta” delle parti.

Parte della giurisprudenza, inoltre, ritiene, almeno in alcuni casi, che la buona fede ha una funzione di integrazione cogente, essendo proiezione del principio costituzionale di solidarietà costituzionale (art 2). Essa, pertanto, può essere considerata uno strumento di controllo dell’autonomia negoziale.

In questa prospettiva, la buona fede non presuppone né una lacuna né una correzione in sede di esecuzione ma comporta che, sin dal momento genetico, entra nel contratto con conseguente nullità della clausola contrattuale che si ponga con essa in contrasto. La buona fede opera, in questo caso, anche come regole di validità e la sua violazione potrebbe comportare la nullità virtuale del contratto.

Queste affermazioni sono state svolte dalla giurisprudenza in relazione a talune fattispecie contrattuali.

Una prima fattispecie è rappresentata dal contratto di *leasing*. La Cassazione ha affermato che è nulla per contrasto con la buona fede la clausola che prevede l'inversione del rischio a carico dell'utilizzatore, in caso di perdita del bene e dunque mancata consegna da parte del fornitore (Cass., sez. III, 2 novembre 1998, n. 10926; Id., 23 maggio, 2012, n. 8101).

Una seconda fattispecie riguarda la clausola contrattuale che prevede una caparra confirmatoria (art. 1385 cod. civ.) manifestamente eccessiva. In questo caso manca una disposizione che stabilisce, come per la clausola penale (art. 1384 cod. civ.), un potere di riduzione da parte del giudice e la Corte costituzionale, con ordinanze n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014, ha ritenuto, con una affermazione di portata generale, che essa potrebbe ritenersi in contrasto con il principio della buona fede posto da norma imperativa espressione del principio costituzionale di solidarietà contrattuale e, quindi, nulla. E' bene puntualizzare che la Cassazione non ha poi fatto proprio questo orientamento (Cass., sez. III, 30 giugno 2014, n. 14776).

In conclusione, si tenga conto che, anche a volere seguire l'orientamento della Cassazione che pone la distinzione tra regole di validità e regole di condotta, si tratta di una tesi che "in negativo" mette in rilievo quando non si ha norma imperativa ma non anche "in positivo" quando si è in presenza di una norma imperativa (Roppo).

*(Nota: la tematica della buona fede verrà approfondita nel corso della lezione dedicata all'efficacia del contratto e alla nullità).*

### **3.2. Criterio funzionale**

Nell'ambito del criterio funzionale, seguito in via prevalente, si collocano tre orientamenti.

#### ***3.2.1. La natura generale degli interessi tutelati.***

L'orientamento prevalente seguito dalla Cassazione, e fatto proprio anche dalla citata sentenza del 2014 delle Sezioni unite, ritiene che occorre avere riguardo alla natura degli interessi tutelati. In questa ottica, soltanto nel caso in cui la norma imperativa tutela interessi generali può trovare applicabile il rimedio della nullità virtuale.

La casistica principale in materia riguarda le ipotesi di contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione richiesta dalle legge ovvero in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel determinato di contratto. In questi casi, vi è l'esigenza di tutelare l'interesse generale al regolare assetto delle relazioni negoziali.



Altro caso riguarda la violazione delle norme penali, che determina nullità soltanto nel caso in cui si accerta che esse perseguono un fine di interesse generale (**Nota: si rinvia alla lezione relativa a nullità virtuali e diritto penale**).

Nell'ambito dell'orientamento in esame che valorizza il criterio funzionale, si registrano altri due orientamenti che tentano di ridurre l'area della norma imperativa.

### ***3.2.2. Il criterio del minimo mezzo.***

Un secondo orientamento dottrinale (De Nova), pur muovendo anch'esso dalla premessa secondo cui la norma imperativa può comportare nullità virtuale quando essa persegue un interesse generale, tenta di restringere l'ambito applicativo di tale tipologia di invalidità. In particolare, si afferma che la nullità non possa operare se lo scopo perseguito dalla norma (tutela dell'interesse pubblico) può essere compiutamente realizzato con l'irrogazione della specifica sanzione (civile, amministrativa o penale) di volta in volta prevista.

### ***3.2.3. Principio di ordine pubblico.***

Un terzo orientamento, dottrinale e giurisprudenziale (Di Marzio; Cass. civ., sez. III, 20 Aprile 2016, n. 7785), ritiene che la violazione della norma imperativa comporta nullità virtuale solo se essa è posta a tutela dell'ordine pubblico. Non è, quindi, sufficiente che gli interessi tutelati siano generali, ma occorre che questi siano espressione del principio di ordine pubblico. Si tratta di un ulteriore criterio restrittivo dell'area della nullità virtuale.

Questa tesi è stata criticata in quanto realizza una sovrapposizione tra i concetti di norma imperativa e ordine pubblico che il legislatore, come risulta dalla lettura dell'art. 1343 cod. civ., tende a mantenere separati.

### ***3.3. Conclusioni sul punto.***

In definitiva, l'orientamento prevalente della Cassazione, valorizzando il dato strutturale, ritiene che le norme imperative che contengono regole di condotta, in particolare, la buona fede, non possono avere, quale conseguenza in caso di loro violazione, la nullità del contratto.

Così definito l'ambito applicativo delle norme imperative, per la identificazione delle "altre" norme, occorre avere riguardo, sempre secondo l'orientamento prevalente della Cassazione, al piano degli interessi che devono essere di carattere generale, ovvero,

se si volessero seguire le altre due declinazioni della tesi esposta, proporzionato all'obiettivo perseguito ovvero espressione di un principio di ordine pubblico.

Si può, pertanto, ritenere che la tesi, fondata sul dato assiologico degli interessi, è “complementare” alla tesi, fondata sul dato strutturale, che esclude che le regole della buona fede non possono comportare, in caso di loro inosservanza, nullità.

E' bene puntualizzare che se, invece, si dovesse seguire l'orientamento giurisprudenziale minoritario che ritiene che anche la violazione della buona fede può comportare nullità, anche per le norme imperative che contemplano tali regole di condotta occorrerebbe svolgere una indagine funzionale per stabilire se esse perseguono un interesse generale.

### **Terza parte: (approfondimento)**

#### **Sezione prima**

#### **Nullità di protezione in generale**

#### **5. Tipologia di nullità di protezione nei contratti dei consumatori: clausola abusive.**

Nei contratti dei consumatori un ambito centrale è occupato dalla disciplina delle clausole abusive, che attiene al “contenuto” del contratto.

Il Codice del consumo ha previsto che: *i*) sono abusive le clausole che, «*malgrado la buona fede*», determinano un significativo squilibrio di diritti e di obblighi (art. 33); *ii*) l'accertamento della vessatorietà comporta la nullità della clausola «*mentre il contratto rimane fermo*» (art. 36, comma 1).

Su un piano sostanziale, che analizza la struttura di questa tipologia di nullità, deve rilevarsi che la caratteristica peculiare di tale forma di invalidità risiede nel fatto che con essa si è passati da una concezione strutturale della nullità fondata sulla teoria della fattispecie ad una concezione funzionale che valorizza elementi “esterni” alla fattispecie stessa. La nullità è conseguenza, infatti, della condotta del professionista che, nella fase delle “trattative”, abusando della sua autonomia negoziale (Cass. 30 aprile 2012, n. 6639), inserisce nel contenuto del contratto clausole che alterano l'equilibrio economico-giuridico. La particolarità di tali nullità sta anche nel fatto che esse hanno una finalità “conformativa” e non “distruttiva” del regolamento negoziale (Cass., sez. un., n. 26242 del 2014).

La buona fede diventa, in tale contesto regolatorio, uno strumento di controllo dell'autonomia negoziale e viene elevata dal legislatore a regola di validità in ragione della situazione di squilibrio esistente tra le parti.

### **5.1. Regime giuridico.**

Sul piano processuale il Codice del consumo prevede che la nullità «*opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*» (art. 36, comma 3).

La Corte di Cassazione, con la più volte citata sentenza del 2014, ha sottolineato che i principi affermati in relazione al potere officioso del giudice nel rilevare la nullità operano anche in questo ambito, in quanto anche le nullità di protezione sono espressione di un principio generale a tutela dell'interesse generale del mercato (in dottrina si sottolinea come venga in rilievo quello che viene definito “ordine pubblico di protezione”).

Per quanto attiene all'apparente contraddittorietà tra la legittimazione riservata e il rilievo officioso questa viene risolta ritenendo che il giudice rileva d'ufficio la nullità “in soccorso” della parte debole ovvero quando il professionista chieda l'esecuzione del contratto e non anche nel caso in cui l'esecuzione è domandata dal consumatore stesso. In questa prospettiva il giudice dovrà rilevare la nullità e, in assenza di una richiesta della parte legittimata a farla valere, non potrà anche dichiararla. In sintesi, il giudice rileva la nullità, ma la dichiara in sentenza solo laddove la parte legittimata (il consumatore) ne faccia richiesta successivamente al rilievo officioso.

L'analisi congiunta del profilo sostanziale e processuale conduce a qualificare la nullità in esame come “nullità testuale parziaria necessaria a legittimazione riservata con rilievo officioso”.

## **Sezione seconda**

### **Nullità di protezione virtuale**

#### **6. Nullità di protezione virtuale nell'ambito della tutela dei consumatori**

Quello sin qui esposto è il regime della nullità di protezione collegato alla regola della buona fede in virtù di una scelta chiara del legislatore nell'ambito delle clausole abusive. La regola di condotta diventa, quindi, regola di validità.

Occorre adesso verificare se siano ammissibili, in tale contesto, nullità virtuali.

Il diritto dei consumatori prevede, infatti, la regolazione di molti altri ambiti, in relazione ai quali il legislatore non ha stabilito un regime quale quello previsto dal citato art. 36.

La questione assume connotati di complessità perché l'indagine deve muoversi su due piani di analisi.

Il primo piano di analisi è quello relativo alle norme imperative che non prevedono la sanzione della nullità e, dunque, la virtualità sarebbe "totale". Si tratta, nella maggior parte dei casi, di norme che prevedono regole di condotta (in materia di obblighi di informazione o di pratiche commerciali scorrette).

Il secondo piano di analisi è quello relativo alle norme imperative che prevedono la nullità (che sarebbe testuale) ma non il regime e dunque la virtualità sarebbe "parziale".

In particolare il primo caso viene qualificato dalla dottrina come "nullità virtuale di protezione"; il secondo come "nullità di protezione virtuale" (Pagliantini).

### ***6.2. Le norme di protezione "senza sanzione". Le cd. nullità virtuali di protezione.***

Con riferimento al primo piano di analisi, relativo alle "norme senza sanzione", un primo orientamento, che sembra rinvenire una conferma nelle sentenze del 2007 delle Sezioni unite, esclude l'ammissibilità di una nullità virtuale di protezione.

Due sono le ragioni a sostegno di tale assunto.

Sotto un primo aspetto, che guarda al criterio strutturale, si è sottolineato che vengono in rilievo nella maggior parte dei casi "regole di condotta" e, dunque, anche in questo ambito deve operare il principio di separazione tra regole di validità e regole di responsabilità' (D'Amico).

Sotto un secondo aspetto, che guarda al criterio funzionale (qualora si ritenesse il primo non sufficiente), si afferma che si tratta, in ogni caso, di norme poste a tutela di un interesse "particolare", ossia dell'interesse della parte debole. Non venendo, dunque, in rilievo un interesse generale non è possibile postulare una nullità virtuale.

Un secondo orientamento, che sembra avere ricevuto un implicito avallo nella sentenza della Cassazione a Sezioni unite del 2014 e che sembra prevalente, ritiene invece prospettabile tale tipologia di nullità, per cui si potrebbe ritenere applicabile il rimedio della nullità.

Due sono le ragioni a sostegno di tale assunto.

Sotto un primo aspetto, che guarda al criterio strutturale, parte della dottrina (Di Marzio) assume come la distinzione tra regole di condotta e regole di validità non possa operare nei contratti connotati da una posizione di diseguaglianza tra le parti determinata da asimmetria informativa.

Sotto un secondo aspetto, che guarda al criterio funzionale (che comprende anche le norme sulla buona fede), in particolare le Sezioni unite della Cassazione, con la sentenza del 2014, hanno affermato che tale tipologia di nullità presuppone la sussistenza di norme imperative poste a tutela di un interesse generale quale è «*il complessivo equilibrio economico-contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica) ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in un'ottica di macroanalisi)*». Si afferma che vengono in rilievo «*interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41 Cost., e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica*». La circostanza della legittimazione riservata non esclude, per le ragioni esposte, la rilevabilità d'ufficio nell'interesse pubblico.

In questa prospettiva, si colloca anche la Corte di giustizia che, con sentenza 14 giugno 2012, n. C-618/10, ha affermato che il diritto europeo (art. 6, par. 1, della Dir. 93/13) non consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare tale contratto rivedendo il contenuto della predetta clausola. Il riconoscimento di un potere di sola caducazione e non anche di “riduzione” della clausola abusiva è spiegato dai giudici europei con l'esigenza di evitare che l'autorizzazione alla modifica del contenuto del contratto in senso equitativo contribuirebbe «*ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive (...), dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti*». Si vuole pertanto che il meccanismo negoziale sia strutturato in modo tale da assicurare, mediante la previsione di un efficace deterrente all'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale del professionista, un effetto positivo generale sul complessivo funzionamento del mercato.

Una volta stabilito che si applica il rimedio della nullità, occorre stabilire quale sia il regime.

La Cassazione, con la citata sentenza del 2014, ha affermato che si applica in modo generalizzato il regime della rilevabilità d'ufficio (art. 1421 cod. civ.) che però deve essere integrato con la legittimazione riservata secondo il modello dell'art. 36 cod. cons.

### ***6.3. Le norme di protezione “con sanzione” ma “senza regime”. Le cd. nullità di protezione virtuale.***

Con riferimento al secondo piano di analisi, vengono in rilievo le norme di protezione che prevedono, in caso di loro violazione, il regime della nullità (testuale) ma non contemplano il regime. Si tratta di stabilire se tale regime può essere “virtualmente” quello posto dall'art. 36 cod. cons.

L'orientamento prevalente, muovendo dalla premessa che tale norma non ha natura eccezionale, ritiene che essa sia estensibile analogicamente anche ad altri casi.

Ad esempio, l'art. 78 cod. cons. in materia di multiproprietà prevede che sono nulle le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti previsti dal capo che disciplina tale contratto o di limitazione delle responsabilità sancite a carico dell'operatore. Non è previsto il regime applicabile, per cui si ritiene che esso sia quello “virtuale” desunto dalla disciplina delle clausole abusive.

Si tratta, infine, di stabilire se tale conclusione possa valere anche per i contratti di impresa asimmetrici.

L'art. 9 della legge sulla subfornitura prevede che *«il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni»*.

E' prevista una nullità di protezione testuale, ma non è contemplato anche il regime della parzialità “necessaria” e della legittimazione riservata.

L'orientamento prevalente ritiene non possibile l'estensione anche in questo ambito del regime dell'art. 36, in quanto, come già sottolineato, la ragione giustificativa delle norme di protezione in questo settore è quella di tenere conto della “debolezza economica” dell'imprenditore inserito nel circuito economico di un altro imprenditore e non della debolezza contrattuale. Tale diversità di fondamento impedisce il funzionamento del criterio dell'interpretazione analogica.

## **7. Conclusioni.**

In conclusione, nei contratti di diritto comune, che sono contratti tra eguali, l'area della norma imperativa in relazione agli spazi di autonomia negoziale è ridotta. In questa logica, deve essere analizzato l'orientamento giurisprudenziale che esclude che la buona fede possa considerarsi regole di validità e dunque strumento di controllo dell'autonomia negoziale. L'applicazione per le "altre" norme del criterio funzionale connesso all'esistenza di interessi generali è alquanto rigorosa e, secondo alcuni, presupporrebbe l'ulteriore filtro del "criterio del minimo mezzo" ovvero del "principio di ordine pubblico"

Nei contratti dei consumatori, che sono contratti tra diseguali, l'area della norma imperativa in relazione agli spazi di autonomia negoziale è più ampia. In questa logica, è stato il legislatore stesso a ritenere che la buona fede diventi regola di validità mediante la previsione di una nullità testuale di protezione. Inoltre, l'orientamento prevalente ammette che la nullità virtuale possa operare anche in questo ambito in relazione ai due piani di analisi esaminati (norme senza sanzione e norme con sanzione ma senza regime).

Quanto esposto dimostra come nel nostro sistema sono contemplati diversi modelli contrattuali ciascuno dei quali contiene peculiari tipologie e regimi di nullità.

**Nota.** *In questo tema si può inserire anche la questione delle "nullità formali virtuali", comprese quelle di protezione, che saranno trattate nella terza lezione di diritto civile del corso.*

*Si tenga conto, inoltre, che ulteriori approfondimenti e svolgimenti di alcune parti, in questa sede solo accennate, verranno svolte durante il corso.*