

Rosalba Alessi

«NULLITA' DI PROTEZIONE » E POTERI DEL GIUDICE TRA CORTE DI GIUSTIZIA E SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE *

SOMMARIO. **1.** L'approccio *soft* del diritto europeo in punto di rimedi e "il problema" della nullità di protezione. - **2.** La ricerca dei caratteri propri della nullità di protezione e la questione della (generale) rilevabilità d'ufficio di una nullità "a vantaggio" della parte. - **3.** Il modello di matrice giurisprudenziale costruito e testato sulla nullità (parziale) della clausola vessatoria. - **4.** La difficile convivenza tra interesse (generale) presidiato dalla rilevabilità officiosa e pretesa *disponibilità* di parte del rimedio: l'ambigua soluzione *Pannon* approda (definitivamente?) in Cassazione. - **5.** La soluzione *Pannon* alla prova di una applicazione fuori dalla nullità parziale per vessatorietà della clausola e a confronto con il variegato panorama delle regole interne. - **6.** Il percorso argomentativo di Cass. SS. UU. 12 dicembre 2014 n. 26242: la distinzione tra rilevazione officiosa e declaratoria e la rilevanza preclusiva della volontà della parte protetta. - **7.** Da *Pannon* a *Banif Plus Bank*. Il ritorno al primato del potere officioso del giudice in sede di *declaratoria* della nullità di protezione nella posizione della Corte di Giustizia. - **8.** La compenetrazione tra interesse pubblico e interesse di parte nel pensiero della Corte di Giustizia e la coerenza del modello europeo di nullità (parziale) di protezione. - **9.** La gerarchia tra interesse privato e interesse generale all'orizzonte dell'improvvida importazione della soluzione *Pannon*. - **10.** I possibili percorsi di un più meditato approccio.

1. Investite ancora una volta della vexata quaestio dei rapporti tra rilevabilità d'ufficio della nullità e altri mezzi di impugnazione¹, con le relative implicazioni di ordine sostanziale e processuale, le Sezioni Unite della nostra Corte di Cassazione si sentono chiamate ora a «fornire una plausibile risposta "di sistema" agli interrogativi... posti, con riguardo in particolare al problema della rilevabilità officiosa della nullità», «profilo distinto», precisano però subito, «da quello della sua dichiarazione in una pronuncia». Ne risulta una decisione articolata e complessa - Cass. SS.UU. 12 dicembre 2014, n.26242- attenta alle diverse posizioni emerse in sede dottrinale e, soprattutto, programmaticamente rivolta ad affrontare il tema di indagine ad ampio spettro, ivi compreso il nodo della "compatibilità" tra poteri officiosi del giudice e nullità di protezione.

*Il saggio è destinato al volume che raccoglie gli Atti della *Giornata di studi in onore di Giancarlo Filanti*, L'evoluzione delle tutele nella prospettiva europea -Cagliari 27 novembre 2014.

¹ Una prima ordinanza interlocutoria sottoponeva alle Sezioni Unite la questione se la nullità del contratto possa essere rilevata d'ufficio non solo allorché sia stata proposta domanda di adempimento o di risoluzione del contratto ma anche nel caso in cui sia stato domandato l'annullamento del contratto stesso (ordinanza n. 21083 del 27 novembre 2012); la seconda (n. 16630 del 2013) poneva (meglio sarebbe dire riproponeva) la questione afferente alle condizioni per la formazione e l'estensione dell'efficacia del c.d. giudicato implicito esterno riguardante la sentenza di rigetto della domanda di risoluzione rispetto alla successiva azione di nullità concernente lo stesso contratto.

L'ambizione è quella di mettere un punto fermo anche a questo riguardo, pur se l'esito, come diremo, non sembra altrettanto rassicurante. Oltremodo significativo è però che nel giro di due anni² il nostro giudice di legittimità senta l'esigenza di saggiare la portata del rilievo officioso della nullità, e della ricostruzione sistematica che ne prospetta, anche con riguardo alla (o alle) "nullità di protezione" (questa volta non più a mo' di *obiter dictum* come nell'antecedente del 2012) e, sul punto, riveda radicalmente le sue conclusioni. Per preservare o meglio "ricomporre" l'unità del *genus* della nullità negoziale precipuamente dal profilo dell'applicazione del regime di cui all'art.1421 c.c., la Corte, dal richiamo generico alla rilevanza che la giurisprudenza comunitaria assegna nella materia *de qua* al potere officioso del giudice (come nella pronuncia del 2012) passa ora a prendere decisamente a prestito – pur senza liberarla delle sue ambiguità- la "soluzione" *Pannon*³. Una significativa conferma di come proprio dal versante dei rimedi, e segnatamente con riguardo alla c.d. "nullità di protezione", il diritto di fonte europea abbia più intensamente *scompartinato* il quadro sistematico solidamente presente nei diritti interni, specie quelli di *civil law*.

In verità il diritto di fonte europea, diritto di "armonizzazione", è per definizione, almeno in principio, assai discreto in punto di rimedi. Sia che si attesti, come ha fatto a lungo, sulla regola di armonizzazione minima, sia che si azzardi all'avvio di un passaggio alla regola di armonizzazione massima – come nell'ultima Direttiva sui Diritti dei Consumatori, 2011/83- il legislatore europeo continua a lasciare agli Stati membri il compito di prevedere rimedi efficaci per il caso di violazione delle sue regole, richiedendo ad essi, secondo la consueta formula, di individuare "sanzioni efficaci, proporzionate, dissuasive" affinché i diritti riconosciuti nelle Direttive siano garantiti e i comportamenti che possano pregiudicare tali diritti siano prevenuti e impediti.

Come non si manca di sottolineare, la prospettiva europea in punto di tutele mantiene dunque una ricaduta "soft" nei diritti interni. Su questo del resto è abbastanza chiara la posizione della Corte di Giustizia; e il richiamo, d'obbligo, è alla illuminante presa di posizione di *Eva Martín Martín*⁴. Chiamata a verificare la compatibilità con la Direttiva 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, e segnatamente con l'art. 4 in tema di diritto di recesso e con le prescrizioni in tema di informazione sul recesso, di una regola di diritto interno che sanziona con la nullità del contratto la violazione di tale obbligo di informazione, la Corte ricorda che la nozione di "misure appropriate per la tutela dei consumatori" cui si riferisce l'art. 4, terzo comma, della Direttiva "riconosce alle autorità nazionali un margine discrezionale quanto alla determinazione delle conseguenze da trarre dalla mancanza d'informazione, purché questa discrezionalità sia esercitata in conformità dello scopo principale della direttiva al fine di preservare la tutela riconosciuta ai consumatori in condizioni adeguate con riferimento alle circostanze distintive del caso di specie"; e, richiamata, ovviamente,

² Dopo Cass. SS.UU. 4 settembre 2012, n. 14828, *Nuova giur. civ.*, 2013, 1, 1, p. 15, con nota di C. Scognamiglio, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*; cui si adegua, anche sul punto, Cass. 4 aprile 2013, n. 8172, in *Banca dati Pluris*

³ Corte Giust. 4 giugno 2009, Causa C-243/08

⁴ Corte Giust. 17 dicembre 2009, Causa C-227/08.

la scelta di armonizzazione minima fatta dalla Direttiva in questione, conclude che “*una misura, come quella considerata dal giudice del rinvio, consistente nel dichiarare la nullità del contratto controverso può qualificarsi «appropriata», ai sensi del menzionato art. 4, terzo comma, in quanto sanziona l’inosservanza di un obbligo il cui rispetto è essenziale ai fini della formazione della volontà del consumatore e della realizzazione del livello di tutela voluto dal legislatore comunitario.*” Conclusione che non vuole però in qualche modo “qualificare” la natura della sanzione appropriata nel caso di specie, quale sanzione “invalidante”. Al contrario, si affretta a precisare la Corte, “*siffatta conclusione non esclude affatto che altre misure possano ugualmente assicurare il livello di tutela in parola, come, ad esempio, la riapertura dei termini applicabili in materia di recesso dal contratto, in modo da consentire al consumatore di esercitare il diritto attribuitogli dalla Direttiva*”.

Della soluzione della questione pregiudiziale nel caso *Eva Martín Martín* serve per ora sottolineare proprio questa sorta di palesata “neutralità” in punto di rimedi del diritto europeo. Ci troviamo dunque dinanzi ad una cornice rassicurante che rende meno problematico l’impatto dei diritti interni con le regole di armonizzazione delle Direttive ed elimina in radice occasioni di “cortocircuito” sul piano sistematico tra la prospettiva europea e le tradizioni interne, in punto di rimedi? La smentita viene dalle tante pagine che si sono scritte e continuano a scriversi su questo tema; ed ora dall’approccio, tutt’altro che lineare come vedremo, del nostro giudice di legittimità. E invero, alla prospettata e presunta *flessibilità* in punto di tutele, che la Corte di Giustizia qui esplicita e ribadisce, fa da contrappunto nelle Direttive in questione, quelle cioè sui contratti dei consumatori, l’obiettivo “forte” e ben delineato, della *effettività* delle tutele. Siffatta *flessibilità* attiene dunque alle tecniche ma non al risultato cui devono pervenire *sanzioni o rimedi*, la cui efficacia (e la relativa conformità alle Direttive) va misurata in ragione sia della capacità dissuasiva e di deterrenza (per il professionista o l’impresa “forte”) sia, soprattutto, della idoneità a porre la parte protetta (consumatore, impresa debole) *nella posizione di garanzia voluta dalla Direttiva*, secondo il principio di *effettività*. Dunque, a ciascun ordinamento interno si chiede di scrutinare e forse mettere in gioco il proprio strumentario di rimedi in vista di saggiarne o adattarne la coerenza all’obiettivo del diritto europeo; e proprio la possibilità di “risposte” diverse all’interno dei singoli Stati membri – che dalla prospettiva europea sembra darsi per scontata e ben accetta – in qualche modo accentua la criticità di questa operazione di verifica, pur se come vedremo può rivelarsi illuminante per cogliere meglio proprio l’obiettivo finale e l’«uso» del rimedio che il diritto europeo addita.

Queste considerazioni potrebbero adattarsi ovviamente a diversi filoni di intervento e in generale al tema dei rimedi visto dalla prospettiva europea. Si pensi alla “garanzia nella vendita di beni di consumo” e alle conseguenze prodotte in tema di responsabilità per vizi, sia con riguardo all’alternativa, cara alla nostra tradizione, tra garanzia e responsabilità per inadempimento, sia, più in generale, con riguardo alla fruibilità di rimedi “conservativi”, riparazione e/o sostituzione, ovvero caducatori (risoluzione). Va da sé, tuttavia, che il rilievo appena svolto rimanda soprattutto e in primo luogo al tema affrontato dal caso *Eva Martín Martín*, vale a dire quello *dell’uso della nullità* quale sanzione appropriata, dissuasiva, efficace, in conformità agli obiettivi delle Direttive sui contratti (*business to consumer* ma anche *business to business* quando i professionisti abbiano parimenti diverso potere contrattuale).

Ambito nel quale forse – come si dirà in chiusura di queste note – il rimedio “invalidante” privilegiato dal nostro legislatore si rivela sovente abito troppo stretto per regole che debbono sostanzialmente assicurare un monitoraggio *in itinere* dell’equilibrio dello scambio e della corrispondenza di esso all’esito prefigurato dall’ordinamento, e per questo attenuare, unidirezionalmente, *la forza di legge tra le parti* del regolamento contrattuale.

2. Limitando lo sguardo a casa nostra, il discorso sulla nullità negoziale – e basta guardare ai volumi dedicati al contratto e ai manuali apparsi negli ultimi anni– non può ormai prescindere dal sottolineare una “scomposizione” dell’istituto o quanto meno una “moltiplicazione” dei regimi, che dalla nullità trascorre *alle* nullità. Ragione ed effetto di questa scomposizione è proprio la comparsa, accanto alla nullità “classica” degli artt.1418 e seguenti c.c., di una *nullità speciale*, o comunque “diversa” la cui specialità o “diversità” risiede non solo e non tanto nelle fonti normative (*in primis* i provvedimenti di recepimento delle Direttive europee), bensì nel suo essere, appunto “di protezione”.

L’unica differenza nel quadro normativo in tema di nullità, sottolineava la nostra Suprema Corte (nella pronuncia a Sezioni Unite n.14828 del 2012 ora corretta sul punto dalla sentenza del dicembre scorso), è quella ravvisabile con le nullità per le quali sia dettato un regime speciale, “*come nel caso delle c.d. nullità di protezione, in cui il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte.*” Così mostrando di allinearsi, seppur per implicito, alla tesi di chi, dall’innesto della *nullità di protezione* nel nostro sistema vede irrimediabilmente compromessa l’unità della categoria : ed invero nella nullità “classica”, si osserva, « gli interessi da tutelare sono superindividuali, l’iniziativa per la dichiarazione di nullità dell’atto deve poter partire da qualunque interessato ed anche dal giudice al quale i privati si siano rivolti per far valere quanto pattuito». Ma «i principi della nullità prevista dal codice civile sono talvolta derogati da leggi speciali, senza possibilità di delineare una categoria unitaria, suscettibile, magari, di applicazione analogica.La nullità va pertanto qualificata .. come relativa.. con esclusione dell’intervento *ex officio* del giudice». ⁵

In generale, tuttavia, la dottrina (salve le diverse opzioni sui caratteri di “specialità” e sulla riconducibilità ad una categoria unitaria) si è mostrata da subito incline a identificare il modello di nullità “nuova”, di provenienza europea, nella “nullità di protezione” quale delineata dalla Corte di Giustizia in tema di clausole vessatorie, a partire dalla nota sentenza *Océano*⁶ che ne ha suggerito il nome, e versata nell’art.36 del nostro codice di consumo.⁷ Dove – ed è questo il punto centrale - il modello giunge, appunto, nella versione “costruita” dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, e la nullità di protezione dunque si connota non tanto per essere “il rilievo del vizio

⁵ Così F. Gazzoni, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, p. 999 e 1002

⁶ Corte Giust., 27 giugno 2000, Cause riunite C-240/98 e C-244/98.

⁷ V. le considerazioni sulle origini della formula, di A. Gentili, *La «nullità di protezione»*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo (a cura di Salvatore Mazzamuto) Napoli, 2012, 672, cui si rinvia anche per l’ampia bibliografia in tema (*ivi*, 664, nota 1.).

genetico .. espressamente rimesso alla volontà della parte”, con esclusione dei poteri officiosi del giudice, come sembra ritenere la Suprema Corte nella pronuncia appena ricordata del 2012 (con una parte invero minoritaria della nostra dottrina), ma per essere nullità a vantaggio di una sola parte e *al contempo* rilevabile *ex officio* dal giudice. E’ in questo modello, che ha l’esplicito avallo del legislatore e il conforto di una paziente opera di chiarificazione/costruzione di stampo giurisprudenziale a livello europeo, che si identifica la nullità nuova e speciale, quale nullità di protezione, prodotto, in definitiva, del *law making role* svolto dalla Corte di Giustizia. Rimedio che, dunque, da “nullità asimmetrica” in quanto consegnata alla disponibilità di una sola delle parti, diviene nullità *a gestione asimmetrica*, vale a dire rimedio da maneggiare avendo presente e di mira posizione ed interesse di una sola delle parti.⁸

Al contempo, dal suo terreno di elezione, quello della disciplina delle clausole vessatorie, la “nullità di protezione” si diffonde e penetra nell’ordinamento interno non solo quando si tratti di implementare direttive europee in materia di contratti professionista/consumatore (o cliente), ma altresì per scelta autonoma del legislatore che ne fa uso anche fuori dall’ambito dell’intervento di armonizzazione, eleggendolo anzi a naturale supporto di regole imperative a vantaggio di una parte contraente. A manifestare tutta la sua capacità espansiva è una nullità che si offre quale rimedio al servizio di una sola parte contraente o meglio, più in generale, che si atteggia in modo *idoneo a sanzionare la violazione di regole di protezione di una parte assunta come “debole”*. Ma, ora per sciatteria legislativa o difetti di coordinamento, imputabili invero più al legislatore interno che a quello europeo, ora in ragione della specificità delle fattispecie entro cui è prevista, delle cause che vi danno luogo e degli obiettivi cui è preordinata, la nullità – o, meglio, *questa* nullità a scopo di protezione- ne risulta affidata a regole non identiche e talora neppure sovrapponibili. Sicché l’interprete da subito segnala che quella della nullità europea di protezione deve assumersi come categoria *plurale*.⁹

Ciò che accomuna il rimedio, nelle fonti normative sparse, è a ben vedere solo questo *significativo allontanarsi della nullità dal terreno della invalidità radicale, necessaria e irrecuperabile* che le è proprio e che la nostra tradizione conosce; mentre cambiano e appunto si moltiplicano *i modi* in cui ciò avviene, più precisamente, i presupposti sostanziali e processuali, gli esiti. Il concreto funzionamento del rimedio, specie quando sia espressamente previsto o ammesso quale regola generale il combinarsi di legittimazione riservata e rilevabilità d’ufficio, rimane dunque tutto da definire.

Alla domanda se i dati normativi rimandino una moltiplicazione di nullità a loro modo (e diversamente) “speciali”, o non si delinei piuttosto una categoria unitaria, vengono ancora risposte alquanto variegate; ma anche chi da una solida prospettiva “di sistema” si propone di argomentare

⁸ L’unico limite, sottolinea ora Cass. n. 26242 del 2014, è quello “ di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l’azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall’orbita della tutela”.

⁹ Così per primo V. Scalisi, *L’invalidità e l’inefficacia*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Proprietà Obbligazioni Contratti (Milano 2007) specie 487, il quale tuttavia ne nega la “specialità” essendo a suo avviso la nullità europea “essa stessa regola di sistema” (*ivi*, 488).

in senso decisamente negativo non abbandona il punto di partenza comune, che si tratti di rimedio volto a “difendere” una delle parti del contratto e che la relativa disciplina, anche se “solo relativamente costante” ne faccia un rimedio “a disposizione della parte protetta”.¹⁰

Il tratto sicuramente identificativo e qualificante, il connotato comune di specialità, risiede allora *nell'uso del rimedio che denominiamo nullità* (nella versione di nullità di protezione), dove la nullità, cioè la denegata efficacia di un contratto o di una clausola è, come detto, posta al servizio dell'obiettivo di assicurare effettività a forme di tutela *pensate e prospettate a beneficio di una sola parte contraente*. E va da sé che il guadagno rimane fragile quando poi si passi a ricercare come tale programmatica “unidirezionalità” possa preservarsi in sede processuale, entro giudizi che coinvolgono la validità e/o l'attuazione del rapporto contrattuale (fuori dall'ipotesi di giudizio instaurato a seguito dell'esercizio dell'azione di nullità “riservata” alla parte), e soprattutto in relazione con l'eventuale potere officioso del giudice.

A distanza di molti anni dal suo primo comparire e dinanzi a dati normativi alquanto diversificati nel tratteggiare il rimedio in parola, e talora “muti” ora sul versante della sicura “asimmetria” del rimedio, cioè la sua azionabilità *ex uno latere* ora, più spesso, sul ruolo del giudice, la fisionomia di protezione così pacificamente riconosciuta non ha condotto a risultati altrettanto assodati quando si è trattato di ricercare e definire i connotati propri e caratterizzanti di tale nullità di stampo europeo. L'interrogativo centrale – se siano propri della nullità di protezione i caratteri desumibili dall'art.36 codice del consumo e via via declinati dalla Corte di Giustizia, vale a dire l'essere a vantaggio di una sola parte e da questa sola azionabile ma al contempo rilevabile d'ufficio – è rimasto aperto come ha dimostrato, diremmo platealmente, la posizione assunta sul punto dalle Sezioni Unite nella pronuncia del 2012 sopra ricordata; e come conferma ora il rapido *revirement* della più recente pronuncia del 2014.

La questione implicata potrebbe essere posta diversamente e rendere meglio il nodo interpretativo e sistematico. L'essere “di protezione” è connotato che attiene al modo di funzionare del rimedio come consegnato alla relativa disciplina, nel senso ora ricordato e consacrato nell'art. 36 codice del consumo, sicché, in definitiva, quella di protezione è (solo) nullità testuale (quanto alla previsione e quanto alla disciplina) ? O, con prospettiva per così dire rovesciata, l'essere “di protezione” attiene allo scopo, per così dire “asimmetrico” cioè a beneficio di una sola parte, ed è questo scopo a reclamare (sempre e necessariamente) quel regime ? Da una risposta affermativa nel secondo senso discenderebbe l'ammissibilità di una nullità di protezione virtuale (cioè operante nei casi di cui all'art.1418 comma 1 c.c.), ma soprattutto la portata generale e qualificante dei connotati propri della “nullità di protezione” come consegnati all'art.36 cod. cons. Nullità che dunque dovrebbe connotarsi sempre per il necessario binomio legittimazione “riservata” e rilevabilità d'ufficio, sia quando manchino espliciti dati testuali ma la legge preveda comunque espressamente una nullità a vantaggio di una parte, sia che ci si trovi in presenza della semplice previsione del rimedio della nullità ma si ritenga di rintracciare nella norma uno scopo di protezione “unidirezionale”.

Così posta, la questione esce dal consueto dilemma sui margini di ammissibilità delle c.d. nullità relative, perché segnala che nelle nullità speciali di cui qui si discorre non è in predicato solo la compatibilità di principio tra legittimazione ristretta e potere officioso del giudice, bensì

¹⁰ Ancora Gentili, «La nullità di protezione» cit., 677.

l'adattabilità del rimedio al modo del tutto peculiare in cui sembrerebbe presentarsi qui il combinarsi di interesse pubblico e di interesse privato, rispettivamente presidiati dalla rilevabilità officiosa e dalla legittimazione riservata. Pur recuperata la protezione (anche dell'interesse privato), come tratto unificante, in quanto “da sempre ...una funzione della nullità” - e tratte le consuete conseguenze in termini di (non) eccezionalità delle nullità relative e delle stesse nullità “di protezione” - si dovrà passare comunque a considerare se e come sia possibile “realizzare l'interesse generale senza detrimento dell'interesse privato protetto”¹¹ e non potrà ignorarsi la peculiarità di una nullità questa volta in principio comminata “a vantaggio” di una parte, che del rimedio metterebbe in discussione la indisponibilità.

3. La dottrina, pur “divisa sul modo di ricostruire la galassia delle nullità che possono “farsi valere *esclusivamente* dal consumatore”, mostra comunque, con poche eccezioni, di rinvenire nell'art.36 cod. cons. il modello di nullità di protezione: o nel senso che questa possa fungere da norma generale o comunque che il relativo regime, “nel caso ricorrano i presupposti per l'operare dell'analogia, costituisca il *proprium* anche di quelle nullità ormai classificate... di protezione virtuale”¹²Ma, assunto quel binomio come intrinseco ed essenziale allo scopo protettivo, si profilerà la questione centrale e delicatissima se la “gestione” di tale duplice iniziativa, scontate le possibili divergenze tra interesse della parte e potere -dovere del giudice di dichiarare la nullità, dovrà (potrà) avvenire in concreto secondo quell'equilibrio, in verità alquanto precario, che la Corte di Giustizia si è sforzata di delineare. Più in generale, se i connotati della nullità di protezione, come indicati nell'art.36 del nostro codice del consumo in diretta derivazione dalla “costruzione” di matrice giurisprudenziale di livello europeo, siano davvero esportabili soprattutto quando la nullità non è parziale, *e dunque non è strumento di correzione del contratto, finalizzato a farlo sopravvivere eliminando lo squilibrio nella posizione delle parti*. Dubbio che ha ben ragione di porsi. Intanto perché, esclusi casi che possiamo dire marginali, come in *Eva Martín Martín*, la giurisprudenza della Corte di Giustizia costruisce il modello della nullità di protezione, e innanzitutto il binomio legittimazione ristretta/ rilevabilità d'ufficio, e risolve (seppure come vedremo in modo non del tutto convincente) la possibile antiteticità delle due regole sempre considerando la nullità e l'intervento del giudice in tema di clausole vessatorie. In secondo luogo perché, affermata in principio l'essentialità di quel binomio, e ritenuta dunque la rilevabilità d'ufficio il *proprium* anche della nullità di protezione, come fa ora la nostra Suprema Corte nella sentenza del 2014, il modo di svolgersi e di comporsi in concreto della dialettica giudice/parte protetta ne risulta di consueto prospettato – e in modo in verità anche qui alquanto sommario – sempre e soltanto sul modello di una nullità parziale. *Trend* cui non fa eccezione la pronuncia a Sezioni Unite del dicembre scorso, accodandosi come detto a *Pannon*.

La “fucina” su cui si sperimenta e si crea il modello della nullità di protezione, salvo ammetterne varianti che non ne inficerebbero le caratteristiche di base, è la nullità parziale della clausola(abusiva). E d'altra parte, specularmente, la più efficace riflessione sugli elementi di novità

¹¹ Gentili, «La nullità di protezione», cit. 691 e 701

¹² S. Pagliantini, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: “Eppur si muove”*, *Contratti*, 11,2012,878 ed Autori *ivi* citati. V. anche . G. Spoto *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, 153.

della nullità “europea” e sul fondamento della distanza dalla nostra nullità classica pone l’accento proprio sull’essere, la nuova nullità, una *nullità funzionale*. Dimensione *funzionale* che si palesa e risiede proprio nella circostanza – e citiamo la dottrina che l’ha proposta e meglio prospettata, cioè ancora Scalisi – che questa nullità “è commisurata e in stretto e immediato rapporto con il concreto assetto di interessi perseguito dalle parti ed ha come tale finalità essenzialmente conformativa di *rimodellamento* del regolamento contrattuale”. La funzione conformativa, che le Sezioni Unite pure non mancano da ultimo di evocare, si delinea e diviene qualificante della nullità in parola non tanto o solo ove apprezzata in ragione delle sue cause – “che qui attengono a circostanze o elementi.. tutti ‘esterni’ al contratto” e comunque non strutturali¹³ -e dunque per l’obiettivo di deterrenza di vietare assetti contrattuali non corrispondenti al modello voluto dall’ordinamento a tutela della posizione della parte “debole” o comunque protetta; ma allorché si palesa per così dire *in positivo*, nel senso che la dimensione *funzionale* della nullità di protezione va ravvisata nella precipua attitudine non a demolire bensì a *conservare*, in versione *corretta e conformata*, per il tramite appunto del rimedio, il contratto censurato. Dimensione che si attaglia bene ma esclusivamente ad un rimedio destinato a valutare non i presupposti e gli elementi “strutturali” ma gli esiti, gli effetti sul contratto, della determinazione pattizia scrutinata e dunque destinato ad operare inevitabilmente con una valutazione *ex post*, che deve inverarsi nel concreto di quell’assetto contrattuale. Ma, al contempo, e per questo, precipuamente rivolto a gestire con finalità conservativa l’alternativa tra caducazione o mantenimento del contratto così “depurato” o corretto. “Di regola” – continua la dottrina che insiste sulla dimensione funzionale della nuova nullità – “*all’effetto eliminativo totale o parziale proprio della nullità si accompagna la contestuale ed automatica integrazione o sostituzione delle parti caducate con le regole dettate dalla stessa previsione normativa di nullità*”. Finalità “essenzialmente conformativa” evocata altresì dalla pronuncia a Sezioni Unite in discorso.

Questa, è per antonomasia, a ben vedere, la nullità per vessatorietà della o delle clausole. Ed è proprio in linea con questa attitudine funzionale che si spiega, anzi si pretende, un intervento *ex officio* del giudice cui sia demandato non il potere di caducare il contratto bensì di disvelare lo squilibrio in danno del consumatore e “correggerlo” in itinere, espungendo appunto la clausola o le clausole nulle.« Il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull’idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse... Una tale disuguaglianza tra il consumatore e il professionista», ad avviso della Corte di Giustizia, « può essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale »¹⁴.

E allora è forse venuto il tempo di chiedersi se la “nullità di protezione” – ove intesa come rimedio cardine nella disciplina del contratto “asimmetrico” a tutela di diritti di una parte-rispecchi, anzi possa rispecchiare, sempre il modello costruito dalla dottrina, e soprattutto dalla

¹³ A. Di Majo, *La nullità*, Il contratto in generale. Trattato di Diritto Privato dir. da M. Bessone, XIII, VII, Torino, 2002, 128

¹⁴ Così Corte Giust. 26 ottobre 2006, Mostaza Claro, Causa C-168/05, ma già Océano.

Corte di Giustizia, o se tale modello non si attagli invece perfettamente solo alla nullità (in principio) parziale in tema di clausole vessatorie, per cui è stato elaborato e costruito. Questione che il recente *decisum* delle Sezioni Unite della nostra Suprema Corte, suo malgrado, riapre piuttosto che definitivamente risolvere.

4. Così posto l'interrogativo, ci si avvicina invero al cuore del problema : che non è tanto quello di sciogliere l'alternativa se debba discorrersi di una o più nullità di protezione, o di verificare se una nullità intesa quale "categoria plurale a rilevanza costante ma ad efficacia variabile"¹⁵ reclaims o tolleri sempre la rilevabilità d'ufficio; ma semmai stabilire se in *questa* nullità risulti ancora presente e preservata "la funzione di elidere il disvalore regolamentare espresso dal contratto nullo", ancora richiamata dalle Sezioni Unite, presidiata dalla rilevabilità officiosa, e *come* questa funzione conviva con la dichiarata finalità del rimedio a beneficio di una sola parte e tale finalità possa garantire . Questione di ordine sistematico che attiene innanzitutto ai profili sostanziali dell'istituto della nullità, certo di non facile soluzione : come puntualmente dimostrano le conclusioni per vero un po' *tranchantes* delle Sezioni Unite del 2012 e ora lo sforzo argomentativo a volte tortuoso sul punto e il diverso approdo, ma non del tutto convincente, delle Sezioni Unite del 2014.

Le Sezioni Unite si attestano da ultimo su una risposta decisamente positiva dal primo profilo, e sembrano voler preservare la vocazione sanzionatoria/demolitoria quale tratto comune di *tutte* le nullità negoziali quando ribadiscono, nel solco dell'antecedente di Cass. 14828 del 2012, l'esigenza di conformare il ruolo della categoria della nullità, alla "*natura di sanzione ordinamentale conseguente all'irredimibile disvalore assegnato a un invalido assetto negoziale*". Per poi affermare, a proposito della nullità di protezione, che «*il carattere di specialità della nullità non elide l'essenza della categoria della nullità stessa, coniugandosi entrambe in un sinolo di tutela di interessi eterogeneipoichè quello stesso interessea che non si dia attuazione a un contratto nullo per via giudiziale forma pur sempre (anche) oggetto di un interesse generale*». Ma quanto al secondo e conseguente problema – che attiene alla conciliabilità dal profilo sostanziale prima ancora che nella dinamica processuale tra siffatto interesse presidiato dalla rilevabilità d'ufficio e un possibile (contro)interesse "conservativo" della parte protetta- si limitano come detto a riproporre la risposta di *Pannon*.

La prima pronuncia delle Sezioni Unite del 2012 - volgendosi per la prima volta ad affrontare, seppur sommariamente, la questione che qui interessa - mentre chiamava a conforto la posizione della Corte di Giustizia in *Pannon* e *Asturcom*¹⁶, in tema di declaratoria di nullità "di protezione", per rafforzare in generale le ragioni del "disagio del civilista in caso di mancato uso dei poteri officiosi", rintracciava poi , non senza una certa contraddizione puntualmente rilevata dai primi commentatori, l'unica differenza rilevante, ai fini dell'applicazione del regime dell'art.1421 c.c. nelle «*nullità per le quali sia dettato un regime speciale, come nel caso delle c.d. nullità di protezione, in cui il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte*».

¹⁵ Scalisi, *L'invalidità e l'inefficacia*, cit. 491.

¹⁶ Corte Giust. 6 ottobre 2009, Causa C-40/08

Così prospettando non solo un regime *speciale* di nullità (di protezione) sottratto all'applicazione dell'art.1421 c.c. ove non espressamente richiamato dalla legge¹⁷, ma, più in generale, una incompatibilità “di sistema” tra legittimazione riservata alla sola parte e potere officioso del giudice.

La pronuncia più recente corregge decisamente il tiro, attestandosi sul principio che «*la rilevabilità officiosa sembra costituire il proprium anche delle nullità speciali, incluse*» addirittura «*quelle denominate di protezione virtuali*»; ed enuncia poi la compatibilità tra tale regime (generale) e nullità a legittimazione riservata non ridisegnando presupposti e portata dell'art.1421 c.c. ma in qualche modo mutuando la posizione della Corte di Giustizia che vuole la nullità di protezione rilevabile *ex officio* salva opposizione della parte. In assoluta derivazione dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, tale “compatibilità” ne risulta ancora una volta declinata, come vedremo, in chiave essenzialmente processuale: nel presupposto di una “scomposizione” del dovere officioso del giudice in *rilevazione/indicazione* e *dichiarazione* della nullità, quest'ultima non obbligatoria ed anzi paralizzabile dalla “facoltà di non avvalersene” che la parte legittimata conserva e può esplicitare in sede di contraddittorio. Dinamica endoprocessuale enunciata (e non spiegata), una volta di più sull'esempio della nullità di una clausola. Sicché i termini sostanziali di tale compatibilità – e precisamente della compatibilità tra scelta (e interesse) della parte e interesse generale (da assumersi quale indisponibile allorché) presidiato dalla rilevabilità d'ufficio, che la Corte solennemente riconferma a mo' di incipit del suo ragionamento-rimangono ancora tutti da esplorare.

5. Che la questione della difficile convivenza o della possibile antinomia tra interesse o disponibilità del rimedio di una parte e rilevabilità d'ufficio – come emerge nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e torna a palesarsi ora nel pensiero della nostra Corte di Cassazione- non sia meramente teorica è agevolmente dimostrabile solo volgendo lo sguardo ai nostri dati normativi.

Tralasciati i casi in cui norme imperative di protezione sollecitano a discorrere di nullità di protezione virtuale e di sua ammissibilità, dal profilo che qui interessa possono enuclearsi quattro diversi gruppi di norme.

- a) Quelle in cui il binomio è testuale, poiché la nullità è “testualmente” di protezione e a rilevabilità officiosa, dunque essa “*opera a vantaggio* di una parte ed è anche rilevabile d'ufficio dal giudice”. Così si esprime l'art.36, comma 3 del codice del consumo per le clausole vessatorie, ma negli stessi termini l'art. 127 comma 2 T.u.b. con riguardo a tutte le nullità previste nel suo titolo VI dedicato alla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, e dunque non solo le nullità parziali di clausole contrattuali di cui agli artt.117, comma 6, 117 *bis*, comma 3, 125 *bis* comma 6 per il credito ai consumatori, ma anche quella per difetto del requisito della forma scritta (art.117 comma 1) o suo equivalente quale supporto durevole, art.125 *bis* comma 2. Allo stesso gruppo deve ovviamente ascrivere l'art. 134 comma 1 cod.cons. ove la formula è quella più risalente

¹⁷ Cfr. Pagliantini, *La rilevabilità officiosa*, cit., 878

secondo cui “la nullità” (del patto anteriore alla denuncia del difetto, che limiti o escluda i diritti di garanzia legale dell’acquirente di beni di consumo) “può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”.

- b) Quelle in cui è esplicita solo la legittimazione ad agire di una parte. La nullità del contratto a distanza che abbia ad oggetto servizi finanziari, quando il fornitore ostacola il diritto di recesso o non rimborsa le spese o viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto, è nullo e la nullità “può essere fatta valere solo dal consumatore”, recita il comma 5 dell’art. 67 *septiesdecies* del codice del consumo; fuori dai casi della contrattazione a distanza, la violazione del vincolo di forma scritta di tali contratti ovvero del divieto di clausole di rinvio agli usi, “può essere fatta valere solo dal cliente”, secondo quanto dispone l’art.23 comma 3 del T.u.f. Ed è parimenti solo alla “relatività” che fa riferimento l’art.30 T.u.f. al comma 7, per la nullità del contratto di collocamento di strumenti finanziari con offerta fuori sede ove il modulo o formulario non indichi la facoltà di recesso, nullità che, appunto, “può essere fatta valere solo dal cliente”. Ancora, in versione squisitamente domestica, la nullità di protezione sempre nella veste, almeno testualmente, di sola nullità relativa o asimmetrica, compare nell’art. 2 comma 1 del d.lgs. n.122 del 2005, per la tutela degli acquirenti di immobili da costruire, dove la violazione da parte del costruttore dell’obbligo di procurare il rilascio e consegnare all’acquirente una fideiussione di importo pari a quanto ha riscosso e a quanto dovrà riscuotere per contratto prima del trasferimento del diritto, è sanzionata con la nullità del contratto “che può essere fatta valere unicamente dall’acquirente”;
- c) Vi sono poi norme in cui, almeno nel dato testuale, tutto o quasi è lasciato alla scelta (all’immaginazione?) dell’interprete. La nullità della clausola su termini di pagamento, saggio di interessi moratori, risarcimento, nelle transazioni commerciali, è dichiarata “anche d’ufficio” dal giudice, recita nella nuova versione il comma 2 dell’art. 7 del d.lgs. n.231/2002 come modificato dopo la seconda direttiva 2011/7/UE, mentre il comma 5, a proposito di clausole di predeterminazione o modifica della data di ricevimento della fattura, nelle transazioni commerciali in cui il debitore è la pubblica amministrazione, seccamente dispone “la nullità è dichiarata d’ufficio dal giudice”.
- d) Infine, il nostro legislatore tace a proposito delle nullità previste in tema di subfornitura e non solo quando dovrebbe escludersi che si tratti di nullità “di protezione” o “asimmetriche”, perché deputate a sanzionare violazioni che indifferentemente possono giovare all’una o all’altra parte (come nel caso delle clausole vietate dall’art. 6 l. n.192 del 1998, che riservino ad una delle parti un potere di modificazione unilaterale delle clausole contrattuali, o un potere di recesso senza congruo preavviso); ma altresì quando si tratti di un patto attraverso il quale si realizzi l’abuso di dipendenza economica che, per definizione, è intercettato e censurato a protezione della parte fornitrice o cliente in situazione, appunto, di dipendenza economica. Il comma 3 dell’art. 9 chiarisce la competenza del giudice ordinario, onde segnalare il diverso ruolo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (di cui poi al comma 3 *bis*) ma nulla dice dal profilo che qui interessa. Il legislatore tace anche a proposito della nullità per difetto di forma vincolata del contratto di subfornitura, prevista all’art. 2 comma 1 della L. n.192 del 1998 e del contratto di multiproprietà, di cui all’art. 72, comma 1 del codice del consumo. E non si dica che qui ogni riflessione sul regime di nullità in conseguenza della sua funzione di protezione sarebbe fuor di luogo, attesa la natura di nullità “strutturale” della nullità per difetto di

forma. Perché l'art. 127 del T.u.b. e l'art.23 T.u.f. ci insegnano che la "nullità di protezione" può ben essere anche quella per vizio di forma¹⁸.

Scrutinata dal punto di vista delle sue "cause", la nullità di protezione non sembra sempre e comunque in linea con il paradigma che la vuole connotata da una dimensione *funzionale*; o, se si preferisce, di tale attitudine funzionale manifesta molteplici e non sempre agevolmente governabili varianti. Tale dimensione, ove riferita sia ai criteri di verifica che conducono al giudizio di nullità, sia, come di consueto, al successivo meccanismo di "correzione", "conformazione" del contratto, non si ritrova certamente nel caso di nullità per difetto di forma, ma neppure, a ben vedere, nella nullità che diremmo squisitamente sanzionatoria che colpisce l'intero contratto ove non sia stata assicurata all'acquirente la garanzia fideiussoria o al cliente l'esplicita indicazione del diritto di recesso. Finalità squisitamente sanzionatoria che si esplicita in una sorta di "sovradimensionamento" del rimedio, destinato a caducare l'intero contratto. A meno di chiarire che la rilevata dimensione *funzionale* si prospetta nel senso che l'alternativa validità/nullità è anche qui variabile dipendente dal concreto svolgersi della vicenda contrattuale e del rapporto che ne è derivato, alla luce del quale andrà verificato se la violazione del vincolo posto a protezione del consumatore o del cliente non si sia rivelata in concreto ininfluenza sulla posizione del soggetto protetto.

Si dirà che le ultime sono regole di nullità di squisita matrice domestica. Ma la distinzione¹⁹ non ci sembra possa fondare una loro pregiudiziale esclusione dalla riflessione che si conduce in tema di nullità di protezione e relativo regime, con specifico riferimento alla rilevabilità d'ufficio, necessariamente da svolgere con riguardo a tutti gli indici normativi di analogo segno presenti nell'ordinamento. Come del resto fanno ora le Sezioni Unite. Altro è semmai sottolineare come la nullità a fini protettivi risenta nel nostro diritto positivo di un approccio alquanto approssimativo, che ovviamente peggiora quando manchi la cornice di una direttiva europea.

Ebbene, a fronte di questi dati normativi, e ovviamente in mancanza di dati testuali o in presenza di dati testuali parziali o addirittura ambigui – dunque nei casi sub b, c, d – dovrà ritenersi, con buona parte della dottrina (ed ora con la suprema Corte) che la abbastanza pacifica finalità di protezione "asimmetrica" del rimedio (nei casi sub b addirittura esplicitata dal legislatore che consegna il rimedio ad una parte) rimandi al paradigma unitario costruito dalla Corte di Giustizia e dunque porti con sé il binomio rimedio disponibile per una sola parte/rimedio rilevabile

¹⁸ E v. del resto le considerazioni svolte e le conclusioni raggiunte a proposito dei vincoli di forma nei contratti bancari e finanziari e nella multiproprietà, già da L. Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, specie 213 ss.

¹⁹ Non è tanto, a nostro avviso, una preclusione di metodo che impedirebbe di ascrivere ad un "unico *genus* di nullità nuove retto da regole comuni", norme di diretta derivazione comunitaria e norme di squisita origine domestica, potendo (solo) le prime recuperare una comune ratio entro la cornice del diritto comunitario (così invece S. Pagliantini, *Clausole vessatorie e contratti negoziati fuori dei locali commerciali: il nuovo corso della Corte di Giustizia*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, 272); è semmai, come si dirà *infra*, l'esigenza di un approccio selettivo che, *per tutte le nullità*, siano esse di derivazione o ispirazione comunitaria, "costruisca" il relativo regime, sopperendo al silenzio del legislatore o completandone la regola, a partire dalla specifica *ratio* e dunque dalla concreta funzione, esplicitando di questa anche una eventuale per così dire intrinseca "intolleranza" alla rilevabilità officiosa.

d'ufficio dal giudice? O dovranno considerarsi le diverse cause di nullità e le finalità del rimedio e saggiare di volta in volta rispetto ad esse la fruibilità di quel paradigma?²⁰

Le Sezioni Unite affermano ora, come più volte ricordato, che la rilevabilità d'ufficio ben può dirsi *proprium* di tutte le nullità di protezione. Ma, arrestandosi al *dictum* secondo cui il giudice deve fermarsi e non dichiarare la nullità quando la parte protetta rappresenti in giudizio la convenienza al mantenimento del contratto- dinamica, giova ripeterlo, qui sempre enunciata sull'esempio della nullità parziale- lasciano all'interprete di dedurne l'esito, in verità alquanto sconcertante, di una comminatoria di nullità, financo totale, a rilevabilità officiosa ma pienamente *disponibile*. Poiché, una volta di più, l'ottica del tutto particolare della nullità quale rimedio a vocazione conservativa e conformatoria in tema di clausole vessatorie, per di più assunta dall'orizzonte ristretto della clausola riguardante il foro competente, consente alla Suprema Corte di lasciare fuori dal proprio orizzonte argomentativo l'effetto, dirimpente, della soluzione *Pannon* appena ci si allontani dal "modello" dell'intervento sulle clausole vessatorie: e cioè la possibilità ed anzi l'obbligo del giudice, a fronte di una nullità a rilevazione officiosa, di abdicare alla propria funzione di presidiare l'interesse *generale* "a che non si dia attuazione a un contratto nullo per via giudiziale", rimettendo, ed anzi subordinando, la garanzia di tale interesse alla convenienza *particolare* della parte.

6. Nel trasmigrare dal contesto di una pronuncia pregiudiziale di livello europeo, supportata da una costruzione giurisprudenziale idonea a completarla e financo a correggerla, ad una operazione di riscrittura delle coordinate sistematiche in tema di nullità nel diritto interno, come offerta ora dalle Sezioni Unite, la "risposta" *Pannon* vede se possibile accentuata la propria ambiguità: poiché al suo tasso originario di approssimazione dovrebbe ora sopperire l'inserimento nella costruzione prospettata dalla Suprema Corte alla quale invece, ci sembra, essa è tutt'altro che coerente.

Tornando a pronunciarsi, come detto questa volta ad ampio spettro, sul modo di operare e sulle conseguenze della rilevazione d'ufficio della nullità, la Corte di Cassazione opportunamente prende le mosse dalla consapevolezza della circostanza che "la scelta di un definitivo assetto processuale delle azioni di impugnativa negoziale risulti senza dubbio influenzata dall'approccio ad una soluzione predicativa di una dimensione riduttiva ovvero estensiva dei poteri del giudice, proprio in relazione alla natura ed alla funzione che, hic et nunc, la giurisprudenza intende riconoscere alla categoria della nullità negoziale". Per poi immediatamente sottolineare come "la griglia di valutazione degli interessi tutelati dalla norma che sancisce la nullità si pone come punto di partenza per un distinguo fra le diverse fattispecie di patologia del negozio, ai fini della rilevabilità officiosa o meno del vizio, onde la conclusione della estensibilità o meno alla singola ipotesi del modello classico delineato dall'art.1421 deve essere evinta da un'attenta analisi delle diverse tipologie di nullità (speciale, parziale, relativa, "di protezione") incentrata sulla funzione della sanzione di volta in volta prevista dalla norma".

²⁰ Approccio prospettato già da G. De Cristofaro, *Le invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti* in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, 197 ss.

Incipit che non prelude all'accoglimento della tesi di una presunta frantumazione della nullità ma semmai alla presa d'atto del moltiplicarsi delle sue *specie* in ragione di un approccio funzionale. "Il carattere della specialità della nullità", ribadisce la Corte, "non elide l'essenza della categoria della nullità stessa". Non è dunque vero che le nullità speciali abbiano fatto implodere il sistema originario delineato dal legislatore del 1942, ed all'opposto "una equilibrata soluzione che ricostruisca le diverse vicende di nullità negoziale in termini e in rapporti di *genus a species* appare del tutto predicabile ancora oggi, così come solidamente confortata dalla stessa giurisprudenza comunitaria".

Prendendo le distanze dalle critiche avanzate in dottrina all'impianto della sentenza del 2012, la Corte ne assume e conferma il punto di partenza, secondo cui la ratio del rilievo officioso della più grave tra le patologie dell'atto negoziale, va individuata anche nella tutela di interessi generali sovraindividuali. Ai fini del fondamento della rilevabilità d'ufficio della nullità, la tesi dell'interesse generale va riaffermata, ribadisce la Corte, e con essa la funzione di "elidere il disvalore regolamentare espresso dal contratto nullo" propria di tale rilevabilità. Funzione – qui sta il punto di particolare interesse ai nostri fini – che non viene meno o arretra nel caso delle c.d. nullità di protezione, o comunque di nullità poste a presidio di un interesse privato, poiché qui "*insieme al particolare si tutela comunque un interesse generale seppur in via indiretta: l'interesse proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole*".

E' proprio a partire da queste premesse che si compie il distacco – e la vistosa correzione – rispetto all'antecedente del 2012. Di fronte alla questione centrale – se nelle nullità c.d. protettive la scelta legislativa di rendere una delle parti arbitra della sorte del contratto non si ponga, almeno prima facie, in insanabile contrasto logico con l'attribuzione al giudice del potere di sostituirsi ad essa nella valutazione circa la caducazione o la conservazione del vincolo, sì da escludere l'applicabilità dell'art.1421 e così smentire la portata generale del modello di cui all'art.36 cod.cons. – la sentenza del 2014, a differenza del suo antecedente, esclude che la legittimazione ad agire ristretta si riverberi ipso facto in una consequenziale esclusione del potere di rilievo officioso delle nullità in questione ex art.1421 c.c.; e per far ciò, date le premesse da cui ha preso le mosse, deve necessariamente tornare a sottolineare l'interesse generale comunque sotteso anche a queste nullità. Il potere del giudice di rilevare la nullità anche in tali casi è invero "*essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con 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*".

Così, in forte discontinuità con l'antecedente del 2012, e malgrado le comuni premesse, si rinviene ora proprio nella rilevabilità d'ufficio il connotato che assevera e preserva l'appartenenza della nullità di protezione al *genus* della nullità negoziale: anzi, ribadisce la Corte, come abbiamo già ricordato, "la rilevabilità officiosa sembra costituire il *proprium* anche delle nullità speciali, incluse quelle denominate "di protezione virtuale". E ciò perché il potere del giudice di rilevarle tout court appare essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti... con l'unico limite di riservare il

rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela.” “La pretesa contraddizione tra legittimazione riservata e rilevabilità d'ufficio risulta soltanto apparente, se l'analisi resta circoscritta al profilo della rilevazione della causa di nullità”, osserva la Corte e dunque “va rivista e precisata in parte qua l'affermazione, contenuta nella sentenza n. 14828/2012, secondo la quale dovrebbe ritenersi vietata al giudice l'indagine in ordine a una nullità protettiva”.

La postulata e recuperata “compatibilità” tra legittimazione ristretta e rilevabilità d'ufficio abbandona subito, nell'*iter* argomentativo della Corte, il piano sostanziale per essere enunciata solo in termini processuali. La ritrovata compatibilità tra rilevazione officiosa e legittimazione riservata si profila infatti al prezzo di una scomposizione del ruolo del giudice: “la quaestio nullitatis, intesa nella sua più generale portata, si presta a differenti valutazioni, a seconda che di essa ci si limiti alla semplice rilevazione, ovvero si proceda alla sua dichiarazione a seguito di accertamento giudiziale”. La rilevazione, infatti, potrà non necessariamente trasformarsi in dichiarazione di nullità. Ed è proprio nel passaggio dalla rilevazione/indicazione alla dichiarazione che si situa (si situerebbe ad avviso delle SS.UU.) la conciliabilità dei due poli (interesse particolare del consumatore, interesse generale). Ed infatti, si afferma, la pronuncia che dichiarare la nullità non è da ritenersi obbligatoria, a differenza della compiuta rilevazione; e tale divario si riscontra, oltre che quando l'accertamento successivo porti il giudice ad escludere la nullità, anche nel caso delle decisioni fondate sulla c.d. ragione più liquida, e, appunto, nel caso di nullità speciali (di protezione). Qui, “*se il giudice rileva la nullità di una singola clausola.. e la indica come possibile fonte di nullità alla parte interessata, quest'ultima conserva pur sempre la facoltà di non avvalersene, chiedendo che la causa sia decisa nel merito (perché ad esempio ha valutato la clausola stessa in termini di maggior convenienza nonostante la sua invalidità)*”.

Passaggio centrale e decisivo ai fini della soluzione del nodo sistematico di cui ci occupiamo; dove tuttavia – e qui sta l'effetto *Pannon* - dall'esigenza sopra prospettata, e in tutto corretta, che “il rilievo officioso delle nullità di protezione” sia “riservato” al solo interesse del contraente debole, onde preservare questa non dal potere officioso del giudice ma dall'utilizzo strumentale di questo potere da parte dell'altro contraente, si trascorre *tout court* all'ammissibilità di un “veto” alla declaratoria di nullità proveniente dalla parte protetta. Sicché da una nullità relativa a *gestione asimmetrica* (anche in esercizio dei poteri officiosi del giudice) si passa ad una *nullità nella costante disponibilità della parte*.

La prospettazione della cesura tra rilevazione (*rectius* dovere di rilevazione) e successiva declaratoria d'ufficio, è ovviamente del tutto condivisibile quando volta a precisare, innanzitutto, che la dichiarazione della nullità va intesa come “pronuncia (previo accertamento) del rilevato vizio di invalidità”, contenuta nella motivazione e/o nel dispositivo della sentenza; così segnalandosi la eventualità che dalla rilevazione si giunga, dopo l'accertamento e alle luce delle risultanze di questo e del contraddittorio, alla non dichiarazione. Condivisibile è altresì l'argomentazione con cui viene enunciato, ai fini delle implicazioni qui richiamate, il criterio della c.d. ragione più liquida. Questo infatti – come più avanti bene spiega la stessa sentenza – interviene a consentire al giudice di non trascorrere dalla rilevazione alla dichiarazione di nullità quando “in forza dei ricordati principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni, il processo possa aver termine con una

pronuncia fondata sulla ragione più liquida di rigetto della domanda (prescrizione, adempimento, mancata scadenza dell'obbligazione), nella consapevolezza di non dovere affrontare, nell'esplicitare le ragioni della decisione, il più vasto tema della validità del negozio". Sicché, ammessa la facoltà del giudice di definire più celermente il processo, sulla base della ragione più liquida, si avrà un oggetto di giudicato non sovrapponibile all'oggetto del processo e, precisa la Corte, non si formerà giudicato implicito sulla validità del contratto. Venendo in gioco la c.d. "ragione più liquida", la questione della dichiarazione di nullità viene in sostanza bypassata, non affrontata nel *decisum* e (per questo) non coperta da giudicato.

Diverso il caso del "dialogo" tra giudice e parte protetta/legittimata, come ipotizzato dalle SS.UU. Nel caso di nullità speciale, nell'argomentare della Corte, non è la sostanziale inutilità di un accertamento/dichiarazione della nullità ai fini della decisione che porterà ad escludere la decisione in merito, bensì la scelta della parte protetta di lasciar vivere e *attuare* il contenuto della clausola, ove ritenuta più conveniente. Ed è di tutta evidenza lo spostamento di piani che trascorre dalla sfera decisionale del giudice alla sfera di disponibilità del rimedio invalidante riconosciuta alla parte; e da una decisione che, rigettando la domanda per altra ragione ("più liquida"), non prenda in esame gli effetti del rapporto originatosi dal contratto e, dunque, a monte, l'alternativa tra validità o invalidità del vincolo, ad una pronuncia che, su input di una parte, dovrebbe invece se del caso dare attuazione ad un regolamento del quale sia stata ravvisata l'invalidità. Con la conseguenza di far apparire nient'affatto scontato l'esito quanto al (non) formarsi del giudicato implicito sulla validità della clausola. Questione che le Sezioni Unite affrontano *ex professo*, nella pur apprezzabile "tavola sinottica" conclusiva e risolvono negativamente, ma sul solo argomento che "*non v'è accertamento della nullità speciale nella sentenza, dunque non si pone alcun problema di giudicato, attesa la peculiare natura della nullità.*" Ove rimane dubbio se la preclusione al formarsi del giudicato (implicito) discenda davvero dallo svolgersi della vicenda processuale e al modo di funzionare dei poteri officiosi del giudice o piuttosto dalla "peculiare natura della nullità", qui perentoriamente ribadita ed evocata.

A voler condividere quella conclusione, in verità alquanto apodittica, non ci si può non avvedere della distanza così tracciata rispetto al modo d'essere e di funzionare del potere del giudice nella nullità in generale, come correttamente chiarito dalla pronuncia più oltre con riguardo proprio ai poteri officiosi del giudice in relazione ad esempio alla calzante fattispecie della nullità parziale. Qui, nell'ipotesi residuale in cui, dopo la rilevazione officiosa della nullità (totale) da parte del giudice, entrambe le parti insistano nella originaria domanda di accertamento di una nullità soltanto parziale del contratto, il giudice sarà vincolato comunque ad una pronuncia di rigetto della domanda, poiché, "al pari della risoluzione, della rescissione e dell'annullamento, non può attribuire efficacia neppure in parte.. ad una (parte di) negozio radicalmente nullo". Dunque, in generale, come ben esplicitato nella tavola sinottica finale, una volta rilevata d'ufficio la causa di nullità, il giudice, a fronte della domanda delle parti di pronunciarsi secondo la domanda originaria e comunque se le parti non propongono domanda di accertamento della nullità, dovrà semplicemente rigettare la domanda, *dichiarando di aver fondato il rigetto sulla rilevata nullità negoziale, e su di ciò si formerà giudicato*; mentre ove lo stesso accada nel caso di rilevazione di nullità speciale, con riguardo alla posizione del soggetto legittimato, il giudice accoglierà o rigetterà la domanda per altro motivo, senza dichiarare la nullità in motivazione, attesa, appunto la peculiare natura della nullità.

Al netto delle perplessità sollevate da una ricostruzione che abbandona per strada il presupposto di partenza – l'essenzialità del potere del giudice di rilevare la nullità a presidio di interessi in ipotesi anche coincidenti con valori costituzionalmente rilevanti - la conclusione spezza, diremmo irrimediabilmente, la proclamata unitarietà del rimedio con cui la pronuncia si apre e, proprio dal profilo di analisi opportunamente privilegiato dalla Corte, cioè quello della rilevabilità officiosa e delle sue implicazioni, conferisce alla nullità di protezione una tale "eversività" da rompere, ci sembra, il possibile legame da *species* a *genus* che dovrebbe avvincere nullità speciali e nullità generale.

7. Tre sono, per quel che qui più interessa, i punti cardine della ricostruzione sistematica ora proposta dalle Sezioni Unite : che la rilevabilità d'ufficio è da ritenersi connotato proprio della nullità di protezione , come di tutte le nullità; che il fondamento della rilevabilità d'ufficio risiede nel presidio di interessi generali, addirittura di rango costituzionale, rintracciabili, *insieme a quelli privati, particolari*, anche nelle fattispecie per cui l'ordinamento appresta una nullità di protezione con funzione conformativa dell'autonomia privata; che quando si trascorra dalla rilevazione alla dichiarazione la specialità della nullità di protezione, sotto il profilo della legittimazione ristretta, precluda una dichiarazione di nullità non voluta dalla parte legittimata.

Opportunamente ribadito il nesso, irrinunciabile, tra rilievo officioso della nullità e presidio di interessi generali, ne deriva, nel pensiero della Corte, il necessario confrontarsi e convivere nella nullità di protezione di interessi generali e interessi particolari , questi ultimi destinati, parrebbe, a prevalere in fase di declaratoria, e i primi destinati invece a presidiare solo la rilevazione/indicazione della nullità. Il dubbio, fondato, è che un esito siffatto vada ben oltre la direttrice segnata dalla giurisprudenza comunitaria che pure si vorrebbe seguire e che la versione "domestica" della nullità di protezione a rilevabilità riservata tradisca –o forse solo affrettatamente importi- il modello cui dichiaratamente si ispira.

Non occorre ovviamente tornare su tutto il percorso, lungo, variegato, attraverso cui la Corte di Giustizia ha espresso, nel pronunciarsi in via pregiudiziale, tutta la forza del suo ruolo quale vera creatrice del modello della nullità di protezione. Basta richiamare alcuni passaggi essenziali di un discorso sempre a suo modo coerente, che inevitabilmente ha toccato ad un certo punto quello che potremmo definire il nervo scoperto della nullità di protezione di matrice giurisprudenziale: il ruolo dei due attori che la Corte di Giustizia ha voluto entrambi protagonisti necessari nella gestione del rimedio, la parte e il giudice.

Punto di partenza d'obbligo è il cambiamento di prospettiva e il guadagno in termini sistematici che si compie in *Mostaza Claro* . Poiché se in *Océano* fa la sua comparsa come è noto il principio per cui l'obiettivo di protezione del consumatore, quale contraente in situazione di inferiorità circa il potere nelle trattative e il grado di informazione, implica che mezzo idoneo al conseguimento di tale obiettivo sia la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità della clausola, cinque anni dopo, in *Mostaza Claro*, si precisa che il "giudice nazionale è tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale" ; e ciò perché le norme che vietano le clausole abusive

sono *imperative*. In *Océano* la rilevata finalità di protezione giustifica che la “disponibilità” del rimedio sia sottratta alle sole scelte del consumatore, consentendo una iniziativa vicaria posta *nella facoltà* del giudice, iniziativa che però non smentisce ma semmai corregge e rafforza il modello della invalidità “disponibile” perché a legittimazione relativa; in *Mostaza Claro* “è la natura imperativa dell’interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce” a giustificare ed anzi richiedere “che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d’ufficio la natura abusiva della clausola”.

Dunque, con *Mostaza Claro*, anzi da *Mostaza Claro* in poi, la nullità recupera, insieme alla rilevabilità *ex officio*, la funzione di presidiare un interesse generale (non importa se in via esclusiva o meno), su cui insisteranno tutte le successive pronunce, fino alle più recenti. E, su questa linea, *Asturcom* (nel 2009) si spingerà a chiarire che è proprio in ragione della natura e dell’importanza dell’interesse pubblico sul quale si fonda la tutela che la direttiva 93/13 garantisce ai consumatori, che il suo art.6 “deve essere considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell’ambito dell’ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico”, principio non a caso ripreso e sottolineato più volte nelle pronunce successive e ancora nel 2013, efficacemente in *Asbeek Brusse*²¹. Da *Mostaza Claro* in poi dunque, giova ribadirlo, connotato rappresentativo della peculiarità della “nullità di protezione”, non è come dice ancora nel 2012 la nostra Suprema Corte che “il rilievo del vizio genetico è qui espressamente rimesso alla volontà della parte” nel cui interesse è previsto il rimedio. Ma semmai, il connotato, negativo, della “indisponibilità” (non azionabilità) per una sola parte, il professionista. Ciò, va ribadito, in ragione dell’interesse pubblico presidiato, che è quello proprio della tutela accordata al consumatore.

Una simile impostazione non è affatto senza conseguenza sugli sviluppi futuri della riflessione della Corte in tema di nullità di protezione ed in particolare sulle risposte che la Corte si sforza di dare al problema che qui abbiamo preso in considerazione come “spia” di una qualche fragilità del modello, cioè il problema della “gestione” del rimedio e del ruolo che debbono o possono svolgere i due poli (ove si ritiene che sopravvivano) dell’interesse della parte “protetta” e dell’interesse pubblico, generale, quando si passi a considerare i criteri con cui il giudice dovrà decidere la sorte sia della clausola sia del contratto. Questione emersa come sappiamo nelle pronunce più recenti fino a quelle del maggio 2013²².

Il “nervo scoperto” si palesa in *Pannon*, ove si tratta di stabilire se e come conciliare rilevabilità d’ufficio e (contro)interesse del consumatore. Una volta ricondotta la nullità, pur “di protezione”, nell’ambito delle nullità che presidiano un interesse generale (sub specie di nullità per violazione di norme imperative), da “trattare” comunque al pari di quelle che colpiscono clausole contrarie all’ordine pubblico (vedi il duplice argomento nell’ordinanza *Pohotovosts.r.o.* del 16 novembre 2010, in causa C-76/10), ne consegue il pieno dispiegarsi del dovere del giudice di rilevarla *ex officio* ma, al contempo, sembrerebbe doverne seguire *de plano* la preclusione di ogni iniziativa della parte (che avrebbe potuto agire per la nullità e non l’ha fatto) volta a impedire in giudizio tale indagine d’ufficio e la successiva pronuncia di nullità.

²¹ Corte Giust. 30 maggio 2013, causa 488/11

²² Qui la Corte si impegna in un vero e proprio *reset* del rimedio in parola: v. R. Alessi, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, Jus civile, 7/2013, 388 ss.

La risposta di *Pannon* è nota e va in senso contrario. “Nell’esecuzione di tale obbligo” (quello di valutare d’ufficio la natura abusiva della clausola), osserva qui la Corte, “il giudice nazionale non deve tuttavia, 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”. Sicché, conclude la Corte, enunciando il relativo principio di diritto “si deve .. risolvere la seconda questione dichiarando che il giudice nazionale deve esaminare d’ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine.” (fin qui tutto scontato).” Se esso considera abusiva una siffatta clausola”, continua la Corte, “*non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga*”. Una lettura dell’intero dispositivo “di garanzia” introdotto dalla Direttiva 93/13CEE che non intende affrancarsi dalla prospettiva per così dire “sbilanciata” a favore del consumatore, ma che, dovendola adattare alla ormai affermata rilevabilità *ex officio*, conduce ad esiti quanto meno sorprendenti sul piano processuale ma anche sostanziale.

Si profila qui un dovere del giudice, a presidio di norme di ordine pubblico e di un interesse generale, che tuttavia può essere paralizzato dalla parte per un proprio interesse ?

E’ questo il messaggio che ora mostrano di cogliere le Sezioni Unite. Trascurando però di considerare che, riletta nel contesto complessivo del lavoro di costruzione di siffatta nullità compiuto negli anni dalla Corte di Giustizia, la pronuncia ha forse detto più di quanto volesse. Si considerino invero gli aggiustamenti impliciti nella più recente sentenza *Banif Plus BankZrt*, del 13 febbraio 2013²³. “Di regola” ricorda qui la Corte, “il principio del contraddittorio non si limita a conferire a ciascuna parte in un processo il diritto di prendere conoscenza dei documenti e delle osservazioni presentati al giudice *ex adverso*, e di discuterli, ma implica, parimenti, il diritto delle parti di prendere conoscenza e di discutere i motivi di diritto rilevati d’ufficio dal giudice, sui quali quest’ultimo intenda fondare la propria decisione.....Ne consegue che 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.” La “possibilità data al consumatore di presentare osservazioni in merito”, continua la Corte, risponde altresì all’obbligo del giudice nazionale *di tener conto, se necessario*, della volontà espressa dal consumatore quando quest’ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, afferma tuttavia di opporsi alla sua disapplicazione, *dando quindi un consenso libero e informato alla clausola di cui trattasi*”.

Il corsivo (nostro) segnala i passaggi decisivi e la portata finale del principio che si intende qui affermare, in termini che appaiono più “ortodossi” rispetto al modo di funzionare del rimedio in parola, e che chiariscono, a nostro avviso sensibilmente correggendolo, l’incauto messaggio di *Pannon*. La rilevanza dell’interesse del consumatore recupera piena compatibilità con la rilevabilità d’ufficio della nullità della clausola, senza nulla sacrificare per converso alla rilevanza dell’interesse “particolare” del soggetto che l’ordinamento vuol proteggere. Se il ruolo del

²³ Corte Giust. 21 febbraio 2013, causa C-472/11

consumatore, come sembra, non esce dai consueti binari dettati dal principio del contraddittorio, l'interesse contrario alla declaratoria di nullità è in quella sede facultato a palesarsi così fornendo al giudice elementi di valutazione, ma non è idoneo a paralizzare il dovere d'ufficio del giudice. L'eventuale "opposizione" alla dichiarazione di nullità formulata in atti processuali diviene una sorta di (meno eversiva) conferma, questa volta sicuramente consapevole seppur tardiva, dell'adesione alla clausola da parte del consumatore. Di cui il giudice dovrà tenere conto "se necessario".

"Gli articoli 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, della direttiva devono essere interpretati nel senso che il giudice nazionale che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale non è tenuto, per poter trarre le conseguenze derivanti da tale accertamento, ad attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenere l'annullamento di detta clausola. Tuttavia, il principio del contraddittorio impone, di norma, al giudice nazionale che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale di informarne le parti della controversia e di dare loro la possibilità di discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali" (ancora *Banif Plus Bank*).

Dunque il ruolo e la considerazione dell'interesse del consumatore non reclamano uno spazio tra *rilevazione* e *dichiarazione*, entro cui possa situarsi una domanda di accertamento della nullità, la cui mancanza impedisce la declaratoria, poiché il giudice che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo della nullità "è tenuto" a trarre le conseguenze di tale rilevazione. D'altra parte, la posizione espressa dal consumatore nel processo può illuminare il giudice circa la rintracciabilità di un "consenso libero e informato" alla clausola, imponendogli non di astenersi dalla declaratoria, ma di tenere conto di tale volontà ai fini della (autonoma) decisione in merito alla declaratoria.

Il principio di diritto che ne consegue, come enunciato ora, non contempla, ci sembra, una (inedita) iniziativa tardiva in merito alla eventuale dichiarazione di nullità della clausola, consentita alla parte che non abbia agito per sentirla dichiarare o non l'abbia eccepita nel rispetto delle preclusioni processuali; e nessuna breccia apre nei poteri officiosi del giudice. Si rimanda invece (non l'alternativa tra decisione del giudice e scelta della parte bensì) la possibile dialettica tra interesse generale e interesse particolare *che solo il giudice deve risolvere*, ad un "normale" rispetto del principio del contraddittorio in esito al quale il giudice non sarà paralizzato nel potere officioso di dichiarare la nullità della clausola da una opposizione del consumatore, ma semmai potrà e dovrà tenere conto della posizione da questi assunta in giudizio.

Non riteniamo peraltro che si tratti qui di registrare, come pure sembrerebbe nella motivazione della sentenza, una adesione tardiva alla clausola, ma semmai di apprezzare diversamente la posizione sostanziale della parte protetta rispetto al contratto e alle clausole in questione. La posizione della parte ha effetto - almeno così riteniamo possa intendersi il principio per restituire coerenza al regime sostanziale e processuale- proprio sulla valenza squilibrante della clausola, che andrà apprezzata alla luce delle considerazioni svolte dalla parte, idonee ad escludere l'abusività dal punto di vista dell'interesse del consumatore. I rilievi del consumatore che si "oppongono" nelle sue memorie alla declaratoria di nullità introducono in giudizio ulteriori elementi di fatto a partire dai quali il giudice possa diversamente valutare o (l'originaria) convinta adesione

del consumatore alla clausola o l'effetto di quest'ultima all'interno del contratto, sì da escluderne l'esito squilibrante.

Anche a voler accedere alla tesi (da noi non condivisa) che si palesi qui una sorta di “convalida endoprocessuale”²⁴, dovrà ammettersi che anche per questa via non si imprime alla “gestione” della nullità una torsione particolaristica, che ne impedisce la declaratoria per volontà e convenienza della parte facendo passare in secondo in piano un distinto interesse generale del quale il giudice è portatore; ma più semplicemente si consente l'emergere ancora in sede processuale di elementi idonei a supportare il compito di accertamento della vessatorietà cui il giudice è chiamato, conducendo eventualmente ad un esito negativo che dunque eliderà la vessatorietà ma non pretermetterà ed anzi soddisferà l'interesse (generale) ad eliminare assetti contrattuali squilibrati in danno del consumatore e dunque vietati. “Il giudice non rileva la nullità della clausola abusiva ove abbia preventivamente accertato una responsabile, perché consapevole, volontà sanante in quanto questa – semplicemente - non c'è più”²⁵.

Il che dimostra che l'iniziativa così riconosciuta in sede processuale alla parte non attinge mai ad un vero e proprio potere di convalida dell'atto censurato che, se riconosciuto, dovrebbe potersi esercitare anche quando si risolve in pregiudizio della stessa parte protetta, precludendo comunque al giudice la declaratoria di nullità.²⁶ Se così non fosse ci si dovrebbe porre il problema dell'ammissibilità di una “convalida” persino pregiudizievole per il consumatore, che gli stessi fautori della “convalidabilità” della clausola nulla escludono.²⁷

8. Questa lettura “di contenimento” della soluzione *Pannon* è possibile ed anzi necessaria — come dimostra *Banif Plus Bank* - all'interno del paradigma di nullità di protezione costruito dalla Corte di Giustizia dove, come più volte ricordato, si discorre di nullità *parziale* ma, soprattutto, manca e appare anzi negata quella duplicazione e dunque alterità di interessi, l'uno generale a presidio di valori fondamentali persino costituzionalmente protetti e l'altro particolare, della parte privata, che invece la nostra Corte di Cassazione enfatizza.

Affermazione, quest'ultima, che merita di essere ulteriormente confortata con un cenno alla chiarificatrice sequenza di *Pereničová e Jörös*²⁸ circa il contenuto dei poteri del giudice riguardo alla gestione dell'alternativa tra nullità parziale o totale del contratto. Non v'è chi non veda, invero, come una “gestione” del contratto inficiato da clausole abusive tutta pervasa dal primato dell'interesse di parte non potrebbe non condizionare l'intera verifica demandata al giudice; e dunque anche, come emerge nel percorso della Corte di Giustizia (ma altresì in quello della nostra Corte di Cassazione quando si consideri la posizione a proposito di nullità parziale) persino

²⁴ S. Pagliantini, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, Le forme della nullità, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, 40 ss.

²⁵ G. D'Amico, *Nullità virtuale-Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, Contratti, 2009, 744, cui mostra di aderire peraltro lo stesso Pagliantini (*Clausole vessatorie*, cit., 259).

²⁶ Ma allora, si è osservato, la convalida opererebbe solo “nei casi in cui essa sarebbe assolutamente inutile in quanto, avendo ad oggetto un contratto che in ipotesi non pregiudica il consumatore protetto, appare destinata a sanare una nullità che non potrebbe neppure operare”: A. Albanese, *Non tutto ciò che è «virtuale» e «razionale» : riflessioni sulla nullità del contratto*, Le invalidità nel diritto privato, cit., 307.

²⁷ Ancora Albanese, *loc.ult.cit.*

²⁸ Rispettivamente, Corte Giust. 15 marzo 2012, causa C-453/10 e Corte Giust. 30 maggio 2013, causa C-397/11

il momento successivo alla pronuncia di nullità della clausola e la decisione circa la “resistenza” dell’accordo così amputato : dunque l’alternativa tra nullità parziale e nullità dell’intero contratto.

La breccia, assai pericolosa, è aperta a questo riguardo, ben oltre l’*obiter dictum*, da *Pereničová* , quando la Corte sente il bisogno di chiarire che , secondo , l’articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, “ nel valutare se un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive possa continuare a sussistere in assenza di dette clausole, il giudice adito non può *fondarsi unicamente* sull’eventuale vantaggio per una delle parti, nella fattispecie il consumatore, derivante dall’annullamento di detto contratto nel suo complesso”. Per poi precisare che, “ciononostante, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda, nel rispetto del diritto dell’Unione, che un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore”. Si lascia così intendere – è questo il punto, al di là del rinvio ad eventuali scelte dei legislatori interni, come abbiamo inteso segnalare con il corsivo – che il parametro dell’interesse del consumatore alla caducazione totale ,pur non esclusivo, sia comunque tra quelli consentiti al giudice. E la Corte non s’avvede che per questa via il “naturale” connotato della nullità di protezione – l’essere nullità che in principio non pregiudica l’intero contratto – posto a tutela del consumatore, ne risulta consegnato di nuovo ad un parametro soggettivo, seppur riferito alla sola parte protetta.

Saranno due successive pronunce, parzialmente *Banco Español de Crédito* del 2012²⁹, e poi *Jörös* del 2013, a raddrizzare il tiro .Così in *Jörös* , ricordato come “sia il tenore letterale dell’articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 sia le esigenze riconducibili alla certezza giuridica delle attività economiche depongono a favore di un approccio obiettivo in sede di interpretazione di detta disposizione”, il principio di diritto da trarre dalla normativa, viene corretto : “l’articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale che constati il carattere abusivo di una clausola contrattuale deve, da un lato, senza attendere che il consumatore presenti una domanda a tal fine, trarre tutte le conseguenze che derivano, secondo il diritto nazionale, da tale accertamento affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da tale clausola e, dall’altro, valutare, *in linea di principio sulla base di criteri oggettivi*” (corsivo nostro) “ se il contratto di cui trattasi possa sussistere senza detta clausola.”

Il punto da ultimo ricordato non è certo eccentrico rispetto alla riflessione che stiamo svolgendo. La domanda è infatti sempre e comunque la stessa : da quale punto di vista debba sciogliersi l’alternativa tra declaratoria di nullità o meno. Perché, una volta assunto il punto di vista della parte e dunque consegnato il rimedio alla disponibilità di questa – con speculare ridimensionamento del potere officioso del giudice- non risulterà agevole individuare e giustificare il confine di tale “disponibilità”, anche quando si tratti di sciogliere l’alternativa tra caducazione parziale o totale.

Le soluzioni prospettate dalla Corte di Giustizia dimostrano che il punto di compatibilità tra interesse pubblico, o generale, la cui tutela e realizzazione è demandata al giudice, e interesse del consumatore, può guadagnarsi solo a patto di ritenere, come la Corte mostra saldamente di ritenere, che i due interessi coinvolti non sono distinti: non solo non sono antitetici ma neppure distinti, poiché, semplicemente, è il secondo a tramutarsi nel primo, è cioè l’interesse del

²⁹ Corte Giust.14 giugno 2012, causa C-618/10

consumatore, *rectius* alla protezione del consumatore, ad essere assunto quale interesse generale.³⁰ Nella giurisprudenza comunitaria di cui discorriamo, è l'obiettivo di impedire prima, con funzione preventiva e deterrente, e di intercettare poi contratti "squilibrati" in danno del consumatore, quale parte in posizione di inferiorità, ad assurgere al rango di interesse generale, del quale il giudice dovrà farsi carico ove il consumatore non ne abbia avuto consapevolezza. Non due interessi allora – che possano profilarsi contrapposti – ma un unico interesse, quello alla protezione della parte, che si fa generale, presidiato da una norma imperativa e per questo affidato alla valutazione e decisione del giudice. Ricostruzione entro la quale la tutela del consumatore è dunque l'interesse di questi non ha bisogno mai di spingere la verifica in ordine alla nullità verso criteri soggettivi.

Non così nel pensiero della nostra Corte di Cassazione. La descrizione della nullità di protezione come rimedio a natura "ancipite", che recuperi qui un interesse generale oltre quello particolare, giova alle Sezioni Unite per ricondurre la nullità di protezione entro il regime unitario di cui all'art.1421 c.c.; ma non certo a risolvere la "convivenza" dei due interessi così individuati che essa pretende di riaffermare. A consentire il *revirement* sul punto che qui interessa, rispetto al precedente del 2012, nell'ultima pronuncia delle Sezioni Unite non è, come abbiamo detto, la messa in discussione del nesso tra potere officioso del giudice e interesse generale presidiato dalla nullità. «Per quel che qui interessa, cioè la rilevabilità officiosa della nullità», afferma la Corte riferendosi alla posizione assunta dal precedente del 2012, «la tesi dell'interesse generale va riaffermata». Né si propugna un "depotenziamento", per così dire, della rilevanza di siffatto interesse generale nella nullità di protezione: che è sì "di natura ancipite", ma non meno «tesa alla tutela di interessi e valori fondamentali che trascendono quelli del singolo». La revisione si compie senza smentire ed anzi riproponendo e valorizzando, appunto, l'intreccio e la compresenza dei due poli di interesse nella nullità di protezione. E' questo il percorso argomentativo che consente alla Suprema Corte di proclamare l'anteriormente denegata rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione; ma questo stesso percorso la chiamerebbe allora a spiegare come le due facce della nullità – l'una volta all'interesse generale e l'altra all'interesse particolare – debbano acconciarsi, e perché la seconda debba comunque prevalere sulla prima in sede di declaratoria. Una volta distinti, malgrado l'asserita compresenza nella nullità di protezione, interesse generale sovrastante quello del singolo e interesse particolare, e affermato in modo alquanto apodittico che la declaratoria di nullità sarà comunque impedita dalla posizione espressa in giudizio dalla parte, è giocoforza ritenere che a precludere al giudice che abbia rilevato la nullità di giungere poi a dichiararla, in presenza di una posizione contraria della parte, sia una asserita quanto singolare "gerarchia" che vuole l'interesse particolare prevalere su quello generale quando si tratti di nullità speciale.

Nella prospettiva della Corte di Giustizia, ripetiamo, l'interesse si palesa unico, perché è quello della parte debole a farsi generale. Ne deriva che il punto di vista sarà quello dell'interesse della parte ma a "gestirlo", attesa la dimensione generale, sarà comunque il giudice, in assenza di una iniziativa del soggetto protetto³¹. Questo percorso, che non lascia l'ultima parola al consumatore ma neppure pretende di chiamare il giudice a "mettersi nei panni del consumatore"

³⁰ Critica la tesi che l'interesse protetto si tramuti in "generale", Albanese, *op. cit.*, 304 (che comunque ne afferma l'indisponibilità).

³¹ "Una volta appurato che la nullità di protezione può essere rilevata solo a vantaggio del contraente protetto, non si può negare che la tutela così predisposta dall'ordinamento possa operare, anche contro la volontà da questi manifestata, e che sia in questo modo sottratta al suo potere di disposizione" (Albanese, *op. cit.*, 308).

“mimando” o intuendo i suoi desiderata, o addirittura soccombendo ad essi, è ovviamente più agevole quando non sia in gioco, almeno in principio e di regola, l’alternativa tra caducazione o conservazione dell’operazione e dello scambio, ma semplicemente la “restituzione” alla parte di uno scambio depurato dagli elementi di squilibrio che lo danneggiano. L’interesse implicato, che da particolare è stato assunto dall’ordinamento come generale, e cioè l’interesse a che non si realizzino relazioni giuridiche “squilibrante” in danno di una parte, e la finalità che il rimedio deve assicurare, vale a dire la salvaguardia dello scambio ma in versione corretta, tracciano il terreno di convergenza tra parte e giudice, delineando come possibile un modello di rimedio indisponibile ma a gestione asimmetrica.

A ben vedere, fuori dall’ipotesi, sulla quale non a caso si è sperimentata la soluzione *Pannon*, della clausola di individuazione del foro competente (già investito della lite) è difficile immaginare una “opposizione” della parte alla declaratoria di nullità di una clausola squilibrante in suo danno; ma, ove si presentasse, avrebbe il sapore e la funzione di una palesata fruibilità e convenienza della clausola nell’interesse della parte protetta, di per sé come già detto denegatoria, dal punto di vista sostanziale, del presupposto stesso della nullità. L’unico ambito nel quale l’antitesi (non tra interessi ma tra) punti di vista del giudice e della parte non si profila o comunque è destinata più agevolmente a comporsi, (così lasciando in ombra il problema del primato del rilievo officioso), nella gestione di un interesse di parte assunto come generale e assistito da norma di ordine pubblico, è quello della nullità *parziale* per vessatorietà della clausola, dove cioè al giudice non si chiede di sciogliere, pur nell’interesse della parte “assunto” su di sé dall’ordinamento, l’alternativa tra caducazione o sopravvivenza del contratto, ma di verificare se il contratto può sopravvivere nel suo contenuto originario perché non squilibrato in danno di una parte, ovvero debba sopravvivere corretto e ricondotto a condizioni più eque per la parte debole attraverso l’espunzione di quelle condizioni. In questa veste il giudice, come ben esplicita già *Océano*, interviene a soddisfare l’esigenza che la disequaglianza tra consumatore e professionista possa essere (prima intercettata e poi) riequilibrata “solo grazie ad un intervento positivo da parte di soggetti esterni al rapporto contrattuale”.

E’ solo a *questa* nullità di protezione invero che calza perfettamente il paradigma consegnatoci dalla Corte di Giustizia. Entro il quale la posizione della parte che argomenti a favore della sopravvivenza della clausola (si opponga alla nullità, per usare le espressioni di *Pannon* e ora della nostra Corte di Cassazione), non chiede al giudice di “sorvolare” sull’applicazione della norma imperativa assistita da nullità, così abdicando al potere officioso e al presidio dell’interesse generale affidatogli, come vorrebbero le Sezioni Unite, ma semplicemente gli palesa l’irrintracciabilità, in concreto, dello squilibrio in proprio danno ovvero una positiva volizione della clausola, confermativa o equivalente ad una “trattativa individuale”, così facendo venir meno i presupposti oggettivi della declaratoria di nullità.

Per questo non rinveniamo ostacoli ad una “esportazione” del modello, ovviamente nella versione *Banif Plus Bank* come qui ricostruita, quando e finché parimenti si discorra di nullità parziale, di provenienza comunitaria o anche di origine squisitamente domestica. Un ragionamento analogo a quello sopra svolto potrà così condurre a completare la regola di cui ora all’art. 7 del d.lgs. n.231 del 2002, dove è palese che si verte in tema di scrutinio, censura, caducazione e sostituzione di una clausola vessatoria, come conferma il primo comma che esplicitamente rimanda al meccanismo di cui all’art.1341 e 1419, 2° comma c.c. E dunque deve potersi con tutta

tranquillità concludere che quel “anche “d’ufficio” rintracciabile nel testo della norma prefiguri una nullità di protezione secondo il paradigma generale, dunque a rilevazione officiosa ma pur sempre a legittimazione ristretta al solo creditore. Né pare così decisiva la natura pubblica del debitore, nel caso in cui sia una pubblica amministrazione, per alterare l’unicità del regime, ripristinando in questo caso una improbabile nullità ordinaria ed assoluta. Analogo ragionamento, va da sé, potremo fare ogni qual volta si discorra, appunto, di nullità parziale (di cui abbiamo già messo in luce lo scopo di protezione), nullità cioè di clausole che attengono al contenuto e alla distribuzione di diritti ed obblighi tra le parti (e valga qui innanzitutto il rinvio alle relative norme del T.u.b. e del T.u.f.). Ed altresì, riteniamo, nel caso di patto che espliciti un abuso di dipendenza economica (art. 9 legge subfornitura). L’argomento secondo cui la dimensione anticoncorrenziale del patto, segnalata nella stessa norma da ultimo citata o implicita nella disciplina della intermediazione finanziaria (e financo dei contratti di credito), dovrebbe far propendere per una nullità “ordinaria”, addirittura anche quando è esplicita la legittimazione riservata (come nei casi di cui agli artt. 23 e ss. T.u.f.)³² in realtà prova troppo. Poiché ripropone l’implicazione di due distinti e in ipotesi antitetici interessi che o rileva sempre, così pregiudicando la ricostruzione della nullità di protezione prospettata anche in tema di clausole vessatorie, o sempre va esclusa: tanto più ove si consideri che la commistione tra controllo pubblicistico in funzione anticoncorrenziale e controllo privatistico non ha risparmiato lo scrutinio delle clausole vessatorie, con l’avvento dell’art. 37 bis cod. cons.

Non altrettanto agevole l’importazione del modello di matrice comunitaria (pur nella versione qui preferita) allorché il *vulnus* attenga ad una clausola contrattuale ma la sanzione prevista sia quella della nullità totale: come nel caso della mancata espressa indicazione del diritto di recesso ex art. 30 comma 7 T.u.f.. O quando la nullità colpisca l’intero contratto a causa della violazione di una norma che non prescrive né un requisito né un determinato contenuto del contratto, ma un obbligo di prestazione di garanzia a carico di una parte da adempiersi in fase di costituzione e non di attuazione del vincolo, come nel caso di cui all’art. 2 comma 1 del d.lgs. n.122 del 2005, per la tutela degli acquirenti di immobili da costruire.

La nullità, per espressa previsione di legge, può essere fatta valere in questi casi solo dal cliente o dall’acquirente, e dunque l’evidente scopo di protezione reca con sé una legittimazione riservata. Il rimedio seguirà dunque il paradigma della rilevabilità anche d’ufficio, seppur a vantaggio e protezione del consumatore, nei termini prospettati dalle Sezioni Unite o almeno in quelli che emergono a nostro avviso dalla impostazione della Corte di Giustizia? Si profila qui quella dimensione funzionale in senso ampio della nullità cui abbiamo fatto cenno, poiché seppure il *vulnus* è destinato a palesarsi in sede di stipula del contratto – e dunque quando il giudice conosce il contratto la conformità o meno di questo alla norma imperativa è già un dato cristallizzato - le conseguenze di quel *vulnus* in danno della parte protetta potrebbero non essersi, o non essersi ancora, determinate. Come prospettare allora la dialettica tra parte e giudice secondo il *dictum* delle Sezioni Unite? Qui la scelta “di convenienza” della parte si tradurrebbe nel chiedere al giudice, che pure si vuole investito del potere officioso, di dare esecuzione ad un contratto che dovrebbe essere dichiarato nullo e la cui causa di nullità non è comunque recuperabile o destinata a dissolversi assecondando una valutazione “corretta” della relazione contrattuale. Sicché o si ritiene, nel solco dell’insegnamento delle Sezioni Unite, che anche in questo caso la parte protetta abbia

³² Pagliantini, *Clausole vessatorie*, cit., 273

l'ultima parola, pur in una scelta che potrebbe rivelarsi da subito o in futuro a sé pregiudizievole, in diretta contrapposizione al fine della regola di nullità; ovvero dovrà giocoforza correggersi il rapporto tra potere del giudice e scopo di protezione lungo la direttrice (diversa) additata dalla Corte di Giustizia, restituendo al giudice i poteri che in generale gli sono propri in sede di rilievo officioso³³, ma dovendo ammettere che in questo caso il presidio al giudizio di disvalore espresso dall'ordinamento con la sanzione della nullità dell'intero contratto sostanzialmente potrebbe travolgere il (contro)interesse alla conservazione del contratto manifestato dalla parte protetta.

Vieppiù problematico, come si è già evidenziato, è costruire in termini analoghi il regime del rimedio in parola ove si discorra di nullità dell'intero contratto, pur se a legittimazione ristretta, nel caso di difetto di forma (dei contratti di credito o di contratti per la prestazione di servizi di investimento). Ma anche, ove si acceda all'idea che la morfologia del rimedio è conseguenza dello scopo di protezione, quando si debba completare una norma del tutto muta, ma che commina la nullità per difetto di forma, del contratto di multiproprietà e di subfornitura. Qui il paradigma della nullità va ridisegnato a partire dal possibile esito di caducazione dell'intero contratto a fronte di un regolamento privato che ha platealmente disatteso ed in modo irrecuperabile la prescrizione di legge. La stessa ricostruzione del rimedio e della sua gestione asimmetrica secondo la versione prospettata dalla Corte di Giustizia si "adatterebbe" qui assai meno agevolmente, palesandosi più ristretti i margini di compatibilità tra legittimazione riservata e rilevabilità officiosa come disegnati nel modello europeo. Sì da rendere fondato il dubbio che, nel silenzio del legislatore, la nullità *totale* di protezione sempre mal tolleri l'attributo della rilevabilità officiosa applicato in via analogica³⁴.

Una volta accolta invece la tesi che vuole la rilevabilità officiosa quale connotato essenziale di ogni nullità di protezione – della quale dunque dovrebbe discorrersi non solo quando questa è espressamente prevista come nell'art. 127 T.u.b., ma anche quando non lo è come ad esempio nell'art. 23 comma 3 T.u.f. - si presenterà in tutta la sua eversività sul piano sistematico, ma altresì con riguardo all'apprezzamento degli interessi coinvolti, il principio implicato nella posizione delle Sezioni Unite, che cioè anche in questo caso la volontà di una parte possa decidere della sopravvivenza o meno dell'intero contratto piegando a propria (e mutevole) convenienza il requisito di forma. E non perché faccia qui premio il presunto carattere "strutturale" del difetto, se è vero, come è stato acutamente osservato, che la forma "di protezione" è assai poco strutturale³⁵; ma proprio perché l'interesse generale che presidia la rilevabilità d'ufficio, sia pure nella versione di "interesse giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole", come richiamato dalla Corte di Cassazione, mal tollera ed anzi non ammette una tutela "variabile", legata alle (non conciliabili) valutazioni di convenienza della parte, pur in nome dell'obiettivo di protezione. L'incompatibilità tra rilievo officioso e "disponibilità" del rimedio si ripresenta nella nullità di protezione non appena fuori dal cono d'ombra dello scrutinio sul potenziale effetto "squilibrante" della singola clausola eventualmente da caducare.

³³ La Corte di Cassazione, nella pronuncia del 2014, richiama proprio tale norma in vista di supportare l'esigenza di un intervento officioso del giudice anche a presidio delle nullità di protezione; salvo poi neutralizzare la portata di tale intervento nel contesto di un modello di gestione del contraddittorio e del ruolo del giudice appiattito sul modello Pannon e sull'esempio delle clausole abusive.

³⁴ Dubbio che puntualmente si ripropone – conducendo ad escludere, nel silenzio del legislatore, la rilevabilità officiosa della nullità di protezione per violazione del vincolo di forma - nella giurisprudenza di merito: cfr. con richiami, Trib. Venezia, 7.12.2012 a proposito dell'art. 23, comma 3 T.u.f.(www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/9008)

³⁵ Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., specie 270 ss.

Anche chi ritiene che quella di protezione, e proprio in ragione di tale natura, sia una nullità sanabile per via di convalida (dell'atto colpito dalla sanzione), non può non rimarcare, a proposito della possibile "conferma" in sede processuale della clausola scrutinata, che altro è tenere conto di una manifestazione di volontà come questa "che si iscrive pur sempre nel perimetro dell'esecuzione di un contratto parzialmente viziato", altro sarebbe "farsi questione di una nullità totale subiettiva", e così ammettere che "la volizione potestativa del consumatore vince sulla regola di indisponibilità dell'ordine dei rimedi".³⁶ Obiezione che, nel mentre suggerisce un approccio quanto meno più problematico di fronte al silenzio del legislatore sulla rilevanza officiosa, nei casi sopra ricordati, conferma in generale come lo scopo di protezione non sia idoneo di per sé a elidere il carattere indisponibile della nullità presidiata (espressamente) dal rilievo officioso. Indisponibilità che va dunque comunque preservata nei casi in cui il binomio legittimazione ristretta /rilevanza d'ufficio connoti, seppur per scelta (improvvida?) del legislatore interno, anche il regime della nullità totale *di protezione* (come nel caso di cui all' art. 127, comma 2 T.u.b.).

9. Importata, peraltro fuori contesto, all'interno di un ragionamento che apprezzabilmente si propone di restituire coerenza e unità alla nullità negoziale per il tramite del regime di cui all'art.1421 c.c., la soluzione *Pannon* non solo apre a scenari assai più complessi di quelli che le Sezioni Unite delineano per discorrere di nullità speciali a rilevazione officiosa, ma interviene a spezzare, invece che corroborare, la coerenza logico-sistematica della pronuncia. In esito all'itinerario endoprocessuale tracciato dalla pronuncia a Sezioni Unite, con il supporto anche della novella dell'art. 101 c.p.c.³⁷, quando si tratti di nullità "di protezione" (e il discorso non sembra peraltro escludere quelle di matrice domestica pure richiamate nella sentenza) la posizione del giudice, quanto alla possibilità di declaratoria di nullità, si prospetta irrimediabilmente condizionata dalla posizione e dal relativo interesse della parte. Sicché, sulla scia di un precedente – quello della Corte di Giustizia- oggettivamente circoscritto dal riferimento alla nullità parziale della clausola vessatoria e saldamente ancorato ad una sostanziale identificazione tra interesse della parte e interesse generale alla tutela di questa, nel *dictum* delle Sezioni Unite risulta fuori discussione, ove si discorra di nullità di protezione, che l'interesse generale *altro* da quello particolare, così come ben enunciato nelle stesse premesse in diretto aggancio addirittura con valori fondamentali di rango costituzionale, debba fermarsi e cedere di fronte all'interesse particolare privato. Assunta nella sua portata generale – come è nel ragionamento della Corte di Cassazione – la rilevanza officiosa della nullità di protezione è destinata non a presidiare (come nel modello europeo) l'interesse protetto ma ad arretrare dinanzi all'apprezzamento "particolare" di questo che ne abbia il beneficiario. Esito, giova ancora una volta ribadire, che la sommaria esemplificazione sempre in tema di clausola sospetta non basta a nascondere e che, manco a dirlo, è in palese contraddizione con le stesse premesse da cui parte la rivalutata portata generale della rilevanza officiosa.

³⁶ S.Pagliantini, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Persona e mercato*, 2/2012, 107-108

³⁷ Ad opera della L. 18 giugno 2009, n. 69.

Ad uscirne smentito è proprio il “carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela dei valori fondamentali dell’organizzazione sociale” proprio del rilievo d’ufficio, che la riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità, nel pensiero della Corte, dovrebbe rafforzare.³⁸ Sicché l’antitesi di principio tra rilevabilità d’ufficio, che inevitabilmente chiama il giudice al dovere di espungere quello che non può essere salvato ove ricorrano i presupposti del disvalore espresso dalla legge, e gestione del rimedio “nella disponibilità” della parte, ne può risultare “ricomposta” solo, come avviene nel *decisum* in parola, degradando il potere officioso al mero dovere di “indicare” la nullità senza poterla poi dichiarare se la parte si opponga. Operazione entro la quale il giudice, dismesse le vesti di garante di un interesse sovraindividuale, viene costretto a un ruolo quasi di “consulente” della parte protetta, cui semplicemente dovrà segnalare una causa di nullità, attendendo di conoscerne i desiderata.

10. Messa in conto l’ondata di entusiasmo che il recentissimo *revirement* sembra destinato a sollevare in quanti da tempo hanno ritenuto che la nullità di protezione, almeno quella di diretta derivazione “europea”, vada attratta entro siffatto regime generale, è prevedibile e di sicuro auspicabile che, malgrado la sua autorevolezza e il pregio di una recuperata coerenza di sistema, la costruzione prospettata dalle Sezioni Unite non ponga la parola fine alla riflessione in tema. Riflessione che appare invece viepiù necessaria e andrà volta a scrutinare, proprio a partire dalla natura dell’interesse tutelato, le diverse ipotesi di nullità di protezione, facendo discendere, come si è suggerito all’indomani della pronuncia del 2012, “da un’analisi attenta essenzialmente all’aspetto funzionale della sanzione di volta in volta predisposta dalla norma” l’estensibilità della nullità d’ufficio ove manchino espliciti dati testuali in tal senso. Premessa da cui pure le Sezioni Unite partono ma che poi lasciano per strada.

Solo lunga questa scelta di metodo – da seguire fino in fondo senza necessariamente indulgere alle suggestioni di una perfetta architettura di sistema – è possibile apprezzare la portata delle diverse regole ed anche, riteniamo, ripristinare i corretti termini della convivenza tra rilevabilità d’ufficio e nullità di protezione, quando espressamente voluta dal legislatore. Altro è, invero, prendere atto che l’ordinamento, con espressa deroga, in taluni casi e per talune finalità, sottrae il rimedio della nullità alla generale “indisponibilità” e lo affida alla esclusiva iniziativa di parte, anzi di una sola parte; altro è affermare che un rimedio che abbia guadagnato siffatta “disponibilità” *ex uno latere*, possa al contempo sempre e tranquillamente attingere al regime generale della nullità “da disvalore” e segnatamente al suo pilastro che è la rilevabilità d’ufficio, pur non espressamente prevista; e in questo caso – ma qui a ben vedere fuori dalla nullità di cui all’art.36 cod. cons. le fattispecie sono tutte di improvvida matrice domestica – addirittura ritenere che la convivenza tra legittimazione ristretta e rilevabilità d’ufficio della nullità, quando espressamente prevista, debba realizzarsi nel segno della sostanziale paralisi di quest’ultima, piuttosto che segnalare invece il più limitato intendimento di sottrarre il rimedio (anche in sede

³⁸ A prescindere e anche fuori dei casi in cui tragga origine da una “caratteristica intrinseca” dell’interesse, quale interesse sovraindividuale, in diretto aggancio con valori fondamentali (come ora sembra voler ribadire la Suprema Corte), la rilevabilità d’ufficio, invero, presidia comunque l’indisponibilità dell’interesse protetto, ancorché per effetto di una precisa scelta del legislatore “che si manifesta nella previsione di una determinata modalità di tutela”: Albanese, *Non tutto ciò che è «virtuale»*, cit., 305.

endoprocessuale e di contraddittorio) all’iniziativa di una delle parti contraenti, quella “dirimpettaia” al contraente protetto, di consueto autrice del regolamento contrattuale censurabile. Percorso che conduce inevitabilmente a tramutare la rilevanza d’ufficio in qualcos’altro, come ci sembra facciano le Sezioni Unite nella pronuncia n. 26242 del 2014.

Lungo questa riflessione occorrerà forse tornare a verificare se il “tradimento” o la “scomposizione” del paradigma della nullità, cui ora la Corte di Cassazione vuole restituire solidità e unitarietà, non si compia, a monte, tutte le volte in cui si pretenda di declinare in termini di nullità, con ciò che l’istituto comunque presidia nella disciplina del contratto, quanto è invece “programmaticamente” lontano dallo spazio che quell’istituto di solito occupa e dalla funzione precipua cui è deputato. Soccorrerà allora rivalutare l’accostamento o, anzi, la tranquilla interscambiabilità dal profilo funzionale tra rimedio invalidante e rimedio caducatorio squisitamente a disposizione della parte quale il recesso, in *Eva Martín Martín*. Dove la Corte di Giustizia, sull’assunto che scopo del diritto di recesso è proprio quello di “compensare gli svantaggi risultanti per il consumatore da una vendita fuori dei locali commerciali” attribuendogli la possibilità di valutare gli obblighi che derivano dal contratto durante il periodo di recesso, e che dunque va considerato essenziale, per assicurare tale tutela al consumatore, che egli sia informato del diritto di recesso per iscritto, ravvisa nella relativa norma della Direttiva 85/277 “una disposizione” che “concerne l’interesse pubblico” e dunque che, ai sensi della giurisprudenza della Corte “può giustificare un intervento positivo del giudice nazionale al fine di supplire allo squilibrio esistente fra il consumatore e il commerciante nell’ambito dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali”. Ma avverte subito che questo attingere diretta natura di norma a presidio di un interesse pubblico -qui sta il punto- non reclama, ad avviso della Corte di Giustizia, il rimedio invalidante, passaggio dal quale invece difficilmente il giurista nostrano si discosta, come dimostra ancora Cass. n.26242 del 2014.

Il rimedio “adeguato”, efficace, invocato dalle Direttive europee nella disciplina “asimmetrica” dei contratti a tutela di una parte – ed anche in tema di clausole vessatorie - è sempre e solo quello che assicuri “la non vincolatività” della clausola o del contratto censurato per la parte protetta. Il diritto europeo dei contratti spinge insomma per un intervento che, onde scoraggiare regole convenzionali o comportamenti di abuso della inferiorità della parte, (consumatore, cliente eccetera), e assicurare vincoli equilibrati, consenta comunque alla parte protetta di sottrarsi all’applicazione di clausole o all’adempimento di contratti che quelle regole violino. Per questo il senso e l’obiettivo è precipuamente quello di misurare, dal punto di vista della parte danneggiata e protetta, la capacità di avere esecuzione o meno di un contratto e la sua recuperabilità ad una regolazione degli interessi implicati non sconveniente per la parte protetta. Da qui l’efficacia di strumenti che in ultima analisi “consegnano” ad una parte la sorte del contratto.

Nient’affatto casuale, nel pensiero della Corte di Giustizia, è l’assimilazione, quanto alla funzione ed efficacia, tra un uso spinto del diritto di recesso e la nullità; così come non è un caso che in sede europea non si sopisca il dibattito, purtroppo senza esito finora, sulla adottabilità di un regime del recesso che ne consenta l’esercizio (quando il professionista abbia violato taluni obblighi posti in sede precontrattuale o di conclusione del contratto a protezione del consumatore) fino al completo adempimento del contratto, come suggerito da *Hamilton*³⁹ e previsto nella

³⁹ Corte Giust. 10 aprile 2008, causa C-412/06

Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, con una regola poi estrapolata dal testo finale.⁴⁰ In questo quadro i legislatori europei, anche quelli di diritto continentale, non si sottraggono ad una certa diversificazione dei rimedi in linea con la flessibilità, quanto alle tecniche, suggerita dal diritto europeo.⁴¹ Mentre, a ben vedere, è tutta nostrana una sorta di ossessiva preferenza verso la nullità, seppure nella (confusa) versione di protezione.

E allora occorrerebbe chiedersi se valga la pena continuare a discorrere di nullità, richiamando il bagaglio di concetti e principi che inevitabilmente accompagna l'istituto, ancorché nella sua versione di protezione, così inseguendo una nullità plurale che smarrisce il senso di sé stessa, o non sia il caso di ripensare i rimedi di protezione in una diversa chiave. Riflettere, insomma, sull'esigenza di attenuazione o flessibilizzazione (unidirezionale) del vincolo contrattuale non conforme a legge che il diritto europeo suggerisce. Forse da tornare meglio a declinare, in punto di tutele, in termini di inopponibilità della clausola o del vincolo.

⁴⁰ V. art. 13 della Proposta di Direttiva sui diritti dei consumatori - COM (2008) 614 definitivo, dell'8.10.2008- che, nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali e nei contratti a distanza, nel caso di mancato adempimento dell'obbligo di informazione sul diritto di recesso, spostava il termine di esercizio di tale diritto a tre mesi dopo che il commerciante avesse "adempiuto pienamente ai suoi altri obblighi contrattuali".

⁴¹ Così, per rimanere nell'ambito degli obblighi di informazione, la mancata informazione precontrattuale sul diritto di recesso rende il contratto di multiproprietà «unenforceable against the consumer » secondo l'art.16, paragraph 4 b) del *Timeshare, Holiday Products, Resale and Exchange Contracts Regulations* 2010. ; mentre , sempre nel contratto di multiproprietà, ai sensi dell'art.8, par. 2 della Ley 4/2012, de 6 de julio, *de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias*, il difetto di informazione (in generale) " *facultará al consumidor para resolver la relación contractual, bastando para ello notificación fehaciente al empresario, en la que se ponga de manifiesto la falta de información que el consumidor considere no proporcionada o suficiente, recayendo la carga de la prueba de la verdadera existencia y suficiencia de la misma en el empresario y, todo ello, sin perjuicio del derecho de desistimiento regulado en la presente Ley, ni de las sanciones que se pudieran imponer al empresario conforme al artículo 22 de la misma*".

Abstract

The “nullità di protezione” in the rulings of the European Court of Justice and in the recent judgments of the Joint Sections of the Italian Supreme Court

The Italian legislator provides, as a consequence of the unfairness of a term in consumers contracts, the remedy of nullity, which can only occur to the advantage of the consumer, whereby the court has jurisdiction to declare the term void on its own motion. This is the concept of “protective nullity” (*nullità di protezione*) adopted in article 36 of the Italian Consumer Code, and framed by the European Court of Justice. It remains unclear, in such a rule especially when read in the framework of Italian law, whether the court is entitled to declare the term void even if the consumer expressly wishes to be bound by the clause. Moreover, in Italian law, several rules provide the nullity to the advantage of one party, but they generally state that the clause or the contract as a whole can be declared void only upon the weaker party's request, without saying anything about the *ex officio* declaration. Thus, it remains controversial whether the court can declare the nullity on its own motion and the regime of art.1421 c.c. applies, where the rule is silent.

The essay focuses on the general question whether the interest of the consumer – with no doubt at the basis of the remedy under consideration – is compatible with the general, public interest and with the duty of the court to declare the nullity *ex officio*, perhaps in contrast with the individual interest of the “protected” party; particularly where the remedy occurs beyond the special case of the (partial) nullity of the unfair clause, and the alternative between total nullity or maintenance of the contract is concerned.

The question is now addressed by two recent judgments of the Joint Sections of the Italian Supreme Court, concerning the powers of the courts when dealing with the nullity provided to the interest of one party. The main question referred to the Supreme Court concerned the duty of the court to declare the contract void on its own motion even if the party had claimed only the judicial termination in case of non-performance. Remarkably, the Supreme Court, in both the decisions (of 2012 and 2014), assumes a general approach and also considers the role of the court when the “protective nullity” is concerned. In the first decision – Cass. SS.UU. n. 2012 n.14828 – the Supreme Court held that, when the nullity can only occur to the advantage of one party to the contract, the court has no jurisdiction to declare it on its own motion. This would be the only exception to the general principle which requires the *ex officio* declaration of the nullity. In the more recent decision, Cass. n. 12642 del 2014, the Joint Sections completely revise their view and hold that the court must always declare the nullity by its own motion, but when the nullity is provided in the interest of one party the court must (only) point out the nullity and not declare it if the party (the consumer) opposes to that.

The paper criticizes this approach and the following principle which applies the “Pannon ruling”, and points out how the more recent *Banif Plus* has refined that ruling even when the partial nullity is concerned. If, as in the reasoning of the Supreme Court, the duty of the court to declare the nullity *ex officio* aims to guarantee a general interest and even the values held by the Constitution – the A. argues – there is no way the party can “oppose” to the *ex officio* declaration and express her own (private) interest to preserve the contract. The paper concludes that the regime of the “protective nullity” provided in art.36 Italian Consumer Code, and shaped by the European Court of Justice, fits (only) to the partial nullity in case of unfairness assessment, and cannot be assumed as a general rule. Perhaps, the A. suggests, a different remedy would appear to be an ‘appropriate consumer protection measure’, in case of violation of imperative rules devoted to the protection of the weaker party: as Eva Martín Martín clarifies, the “non-binding nature” of the clause or of the contract violating statutes for the protection of only one of the parties to

the contract, which the Directives require, should be achieved without calling in question the concept of nullity.