

MARTINA LORENZOTTI*

*Le nullità di protezione***

Sommario: PARTE I, 1. Nullità e profili generali. – 2. Gli effetti della nullità. – 3. La retroattività. – 4. Nullità e responsabilità. – 5. Cause di nullità. – 6. Invalidità, nullità, annullabilità. – 7. La nullità o le nullità? – PARTE II, 8. Le nullità relative, le nullità di protezione. – 9. Azioni di nullità e legittimazione. – 10. Origini delle nullità di protezione e art. 36 c. cons. – 11. Nullità di protezione: caratteristiche in comune con la nullità e l'annullabilità. – 12. La nullità di protezione o le nullità di protezione? – 13. Parzialità delle nullità di protezione. – 14. Campo di applicazione delle nullità di protezione. – 15. Deroghe. – 16. Ratio e funzioni. – 17. Convalida? Diverse prospettive. – 18. Contraente debole e tutele. – PARTE III, 19. Considerazioni finali: nullità, nullità di protezione, annullabilità.

1. *Nullità e profili generali*

«L'antico diritto civile conosce due sole possibilità: o che il negozio nasca perfetto, e produca tutte le conseguenze; o che non venga in essere»¹.

La nullità² non fu conosciuta nel mondo romano, né come concetto *ex se*³, né come ipotetica sanzione applicabile ai negozi giuridici, vedendo la luce, in un primo momento, durante l'evo moderno come istituto distaccato dalle figure solitamente riconosciute della inesistenza e dell'inefficacia; a seguito di una rapida e decisiva evoluzione, la nullità trovò

* Dottoressa magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 19 ed., Napoli, 1968, 98.

² V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto: [artt. 1418 – 1423]*, Milano, 2015; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008.

³ M. BRUTTI, *Invalidità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXII, Milano, 1972, 579; R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 89; J. CARBONNIER, *Droit Civil*, Tomo 4, *Les Obligations*, 21^a ed., Parigi, 1998, 196.

disciplina all'interno delle più grandi codificazioni dell'Ottocento, nella codificazione napoleonica, nel codice civile unitario del 1865, prima, poi, nell'attuale codice vigente del 1942.

Una delle difficoltà innegabili che lo studio della nullità comporta è la mancanza di una definizione; esiste, infatti, una divergenza rimarchevole fra la cognizione di colui che studia il diritto e colui che lo applica: il primo presenta incertezze nel definire tale istituto, il secondo, il pratico, ha un'idea pressochè chiara della nullità in termini di conseguenze sul negozio nullo. D'altro canto, però, condivisibile è la concezione che negli anni si è avuta di tale figura: si crede che la nullità sia la forma più grave di invalidità⁴ del negozio giuridico⁵, considerando che un negozio nullo, nella pratica, è come se non fosse mai venuto in essere e per tale motivo ad esso si può disattendere. L'incertezza insita in tale istituto è stata nel tempo corroborata anche da incertezze semantiche e linguistiche delle stesse norme dei codici precedenti al 1942, considerando confusamente i termini nullità, annullabilità e rescissione, tanto che la dottrina antecedente alla formazione del codice attuale lo rilevò tanto da spingere il legislatore del '42 a un lavoro di organizzazione e distinzione delle invalidità contrattuali, prendendo come punto di riferimento in via preliminare e preminente il codice civile tedesco e francese.

2. *Gli effetti della nullità*

Il brocardo latino recita che “*quod nullum est nullum producit effectum*”, ovvero che ciò che è nullo, verosimilmente, di conseguenza, non produce effetti, ma l'ordinamento giuridico tende a temperare tale affermazione, trovando in via applicativa rigida corrispondenza per i contratti illeciti, i quali, per denominazione, incontrano disapprovazione sociale.

Rilevante risulta essere, quindi, la comprensione della produzione degli effetti di un negozio nullo; dunque, risulta necessario distinguere fra due ipotesi: se il contratto non dovesse essere stato eseguito, la nullità andrebbe a produrre i suoi effetti direttamente sulle aspettative delle parti stipulanti, causando, così, l'impedimento alla produzione degli effetti desiderati dalle parti; se, contrariamente, il contratto dovesse aver trovato esecuzione prima della dichiarazione di nullità dello stesso, risulterebbe dovuto il ripristino della situazione *ex*

⁴ A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1983.

⁵ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.

ante e la restituzione di quanto indebitamente ottenuto, in tal senso si parla tecnicamente di “ripetizione dell’indebitato”, *ex art.* 2033 c.c., in cui «chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato», oltre ad aver diritto “ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda”.

La nullità del contratto non si limita, tuttavia, alla produzione degli effetti in via esclusiva nei confronti delle parti stipulanti, ma, in determinati casi, riverbera i suoi effetti anche nei confronti di terzi, ovvero soggetti estranei al rapporto contrattuale, mentre, in talaltri, la nullità di un atto non risulta essere opponibile nei confronti di terzi, come nel caso di una sentenza che dichiara la nullità di un atto soggetto a trascrizione, la quale non è opponibile nei confronti di terzi che siano in buona fede e che abbiano acquistato diritti in base ad un atto trascritto in un momento antecedente la trascrizione della domanda giudiziale, *ex art.* 2652 c.c.

Tuttavia, affinché il contratto nullo possa ancora continuare a produrre effetti, è possibile usufruire dell’istituto della conversione del contratto nullo⁶, *ex art.* 1424 c.c., qualora, considerato lo scopo perseguito dalle parti, “debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità”, consentendo, perciò, al contratto nullo la produzione di effetti di un contratto diverso, del quale, però, contenga i requisiti di sostanza e di forma.

3. La retroattività

L’accertamento della nullità di un negozio giuridico, di regola, avviene in un momento successivo al perfezionamento dello stesso, ma, una volta accertata e dichiarata, vede l’esplicitarsi dei suoi effetti anche al momento antecedente la stipula, in via retroattiva.

La retroattività della nullità viene considerata come principio pacifico, tanto che la letteratura, a tal proposito, parla di “principio generale” e se per la definizione della nullità non si hanno costrutti convergenti e univoci, per l’efficacia della nullità non si può dire altrimenti. La retroattività è di vertenza prettamente giuridica, ritenuta l’impossibilità nel mondo materiale di retroagire temporalmente a qualcosa di già accaduto, mentre nel giuridico è consentito andare a ripristinare lo *status quo ante*.

⁶ G. GIAIMO, *Conversione del contratto nullo: art. 1424*, Milano, 2012.

4. *Nullità e responsabilità*

La nullità, poi, va letta anche sotto un'altra ottica, premunita del tema della “responsabilità”; apparentemente distinti, tuttavia complementari appaiono essere tali due macrosistemi, i quali vicendevolmente vedono l'intrecciarsi dei loro percorsi, positivizzato dall'art. 1338 c.c., il quale disciplina la responsabilità di chi avendo conoscenza o dovendone essere dell'esistenza di una causa che conduce all'invalidità del negozio non ne abbia dato notizia alla controparte, che, in tal caso, avrebbe diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito, per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto sottoscritto; in merito, la Corte di Cassazione con sentenza n. 14626 del 2012⁷ fa presente che tale responsabilità per essere considerata presupposto di un risarcimento danni presuppone che il contraente danneggiato abbia effettivamente creduto e riposto le sue aspettative nella validità del contratto, senza sua colpa. Tale sistema, consente di dare tutela al contraente in stato di buona fede anche nella fase precontrattuale⁸; in dottrina, diversi dibattiti e prese di posizione hanno caratterizzato la natura di tale responsabilità, tanto che c'è chi parla di responsabilità extracontrattuale e chi di responsabilità contrattuale: i sostenitori della prima ipotesi focalizzano come oggetto di lesione l'autonomia negoziale, la quale risulterebbe essere limitata nelle sue ordinarie funzioni, mentre i sostenitori della seconda ipotesi suddetta parlano di obblighi di comportamento, originati dal contratto sociale, presente sia dal momento delle trattative, ancor prima, quindi, della conclusione del negozio giuridico invalidato.

5. *Cause di nullità*

Dopo aver trattato la nullità e i dibattiti che intorno ad essa ruotano, è di preminente rilevanza esplicitare ed elencare le cause che inducono alla nullità di un contratto; si fa riferimento, dunque, all'art. 1418 c.c., il quale si occupa delle “cause di nullità del contratto”. La contrarietà alle norme imperative, salvo diversa disposizione di legge, conduce il contratto alla dichiarazione di nullità; con la locuzione “norme imperative” si intende quelle disposizioni che non possono essere derogate liberamente dalla volontà delle parti e, in genere, sono

⁷ Cass. civ., 24 agosto 2012, n. 14626.

⁸ Cass. civ., 8 luglio 2010, n. 16149, in *Giust. Cin.*, 2011, 4, 976.

precedute da “è nullo ogni patto contrario...” o “è nullo qualsiasi patto che...”, a rimarcare un’imperatività rigida non controvertibile. La nullità di un negozio giuridico può essere fatta valere anche in mancanza di uno dei requisiti di cui all’art. 1325 c.c., ovvero accordo delle parti, causa, oggetto e forma. Non è necessario che siano assenti tutti i requisiti suddetti cumulativamente affinché sia applicabile il regime della nullità, in quanto è sufficiente la mancanza di almeno uno di essi. Ulteriore elemento che pilota il negozio alla sua nullità è l’illiceità della causa, tale è quando contraria a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, oltre all’illiceità dei motivi di cui all’art. 1345 c.c., in presenza di una conclusione negoziale spinta esclusivamente da un motivo illecito comune alle parti stipulanti; altresì, la mancanza nell’oggetto dei requisiti ai sensi dell’art. 1346 c.c. porta alla dichiarazione di nullità negoziale, i quali sono la possibilità, la liceità, la determinatezza o determinabilità; oltre a quanto detto, la nullità trova applicazione pratica anche negli altri casi di cui all’art. 1418, comma III, c.c., ovvero sia “il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge [458, 778, 785, 788, 794, 1350, 1354, 1355, 1472, 1895, 1904, 1963, 1972, 2103, 2115, 2265, 2744]”.

6. Invalidità, nullità, annullabilità

Contestualizzando, è da immaginare un grande cerchio concentrico, chiamato “invalidità”⁹, all’interno del quale, oltre alla nullità, si rinviene l’annullabilità¹⁰; non a caso, la dottrina maggioritaria sostiene che all’interno della macrocategoria dell’invalidità debba essere svolta una distinzione, a seconda del grado di gravità del vizio, fra la nullità e l’annullabilità; come detto e come già largamente conosciuto e diffuso, la nullità è la forma più grave di invalidità, caratterizzata dalla tutela di interessi¹¹ generali, dalla legittimazione assoluta, tanto da poter essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, dall’imprescrittibilità della relativa azione, dalla possibilità di rilevabilità d’ufficio da parte del giudice e dall’insanabilità della stessa, vero è che l’art. 1423 c.c. parla di impossibilità della convalida del negozio nullo, a meno che la legge non disponga altrimenti; l’annullabilità è, invece, la forma di invalidità meno grave rispetto alla precedente e si contraddistingue dalla tutela di interessi particolari, legittimazione

⁹ M. CRISAFI, E. TRUNFIO, *Le patologie contrattuali: nullità, annullabilità e annullamento*, Torino, 2007.

¹⁰ G. BIANCHI, *Nullità e annullabilità del contratto*, Padova, 2002; M. FRANZONI, *Dell’annullabilità del contratto*, Milano, 1997.

¹¹ F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Di dir. Civ. e comm.* Cicu e Messineo continuato da Mengoni, XXI, 2, 647.

ristretta, in quanto può essere azionata dalla parte nel cui interesse è posta, da una prescrizione quinquennale, dall'impossibilità di rilevanza *ex officio* e dalla sanabilità, tanto che l'art. 1444 c.c. tratta la recuperabilità del negozio annullato, se convalidato dal contraente al quale spetta l'azione di annullamento¹² in sua tutela; vieppiù, la disciplina dell'annullabilità, riportata nel codice civile a partire dall'art. 1425 c.c. e ss., considera annullabili i contratti per incapacità delle parti, in presenza di un consenso dato per errore, estorto con violenza o con dolo, cause distinte, quindi, da quelle che inducono alla nullità del negozio. I due istituti, per i motivi sopra esposti, rivelano divergenze non trascurabili, pur appartenendo allo stesso genus.

7. *La nullità o le nullità?*

A questo punto, è interessante addentrarsi all'interno di un interrogativo intrigante e tutt'oggi caliginoso, racchiuso nella necessità di comprendere quale sia la vera portata e l'estensione della nullità: è ancora possibile parlare di nullità come categoria unica o sarebbe più corretto, a seguito di evoluzioni di matrice legislativa e giurisprudenziale, parlare di nullità nell'accezione pluralistica del termine? Sicuramente la figura che prevalentemente riesce a dare supporto a tali dubbi sono le nullità di protezione, le quali sono caratterizzate dalla previsione di una legittimazione ristretta, come applicato anche per l'istituto dell'annullabilità, in cui è il solo soggetto nel cui interesse viene contemplata l'invalidità a poter farla valere, con previsione di rilevanza d'ufficio, rimessa alla previa verifica dell'utilità pratica che la stessa produrrebbe a favore del soggetto verso il quale si invoca protezione.

Esempi pratici di nullità di protezione sono le nullità della disciplina del Codice del Consumo¹³, le nullità nel settore bancario e finanziario, le nullità per abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura.

Ciò che risulta essere innovativo sta proprio nel mettere a punto un nuovo concetto di ordine pubblico, tenendo presente la sottesa necessità di tutela del soggetto considerato in stato di debolezza economica-contrattuale e incentrando tutte le attività per la creazione di situazioni, circostanze in grado di ripristinare un'equità contrattuale fra le parti in gioco e impedendo, di fatto, la rilevanza d'ufficio da parte del giudice, nel caso in cui non si

¹² R. TOMMASINI, E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento: artt. 1441-1446*, Milano, 2009.

¹³ V. CUFFARO, *Codice del consumo*, Milano, 2019; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del consumo: D.lg. 2 agosto 2007, n. 146, D.lg. 23 ottobre 2007, n. 221, L. 24 dicembre 2007, n. 244*, Torino, 2008.

ravvisasse praticamente un interesse del soggetto debole ad ottenere la dichiarazione di nullità del contratto che lo vede in stato di debolezza.

La configurazione come categoria unitaria della nullità sembrerebbe lasciar spazio alla pluralità delle forme della stessa che con il tempo hanno visto la luce, ma tale da causare la scissione di tale macrocategoria o tale da distinguerla in microsistemi?

Al quesito posto, non sono da tralasciare le influenze provenienti da fonti di derivazione europea, oltre alle nullità di protezione, le nullità sopravvenute, le nullità in materia bancaria, le nullità derivate. A questo quadro frammentato, contribuisce in maniera rimarchevole l'impressionante continua espansione ed estensione di tale istituto, agevolato il tutto dalla mancanza di definizione e contorni della figura della nullità, come in precedenza evidenziato.

La domanda posta, ad oggi, rimane senza soluzione monosemica, ma permette di essere un importante spunto di riflessione.

8. Le nullità relative, le nullità di protezione

Dopo l'analisi degli aspetti normativi, legislativi e giurisprudenziali della disciplina della nullità classica, è interessante trattare il tema delle nullità di protezione, incluse all'interno della categoria più vasta delle nullità relative¹⁴; sicchè, preliminarmente in ausilio della comprensione delle nullità di protezione sono da riportare le linee guida delle nullità relative, caratterizzate dalla determinazione di una legittimazione ristretta, ovvero una legittimazione concessa nei confronti di colui verso il quale la nullità è stata posta in sua tutela, in contrapposizione alla disciplina delle nullità assolute in cui la legittimazione ad agire spetta a chiunque vi abbia interesse.

Le nullità relative troverebbero esistenza e menzione nel codice civile, laddove si può leggere "salvo diversa disposizione di legge".

Tale categoria appare essere fonte di contestazione, in particolare c'è chi sostiene che tale figura configuri, in realtà, una contraddizione in termini e i casi nei quali la dottrina parla di nullità relative altro non sarebbero che casi di inefficacia.

¹⁴ L. LAURA, *Le nullità relative di protezione*, 2017.

Fra il novero delle nullità relative rientrano anche le nullità di protezione¹⁵ che si contraddistinguono per il loro genus ibrido, non catalogabile né all'interno della disciplina della nullità e né in quella dell'annullabilità, in cui la *ratio* cardine delle stesse consiste in una tutela speciale nei confronti di coloro che si trovino in situazione di debolezza economico-contrattuale, rielaborando un nuovo concetto di ordine pubblico ed evidenziando il rilievo rivestito dalla tutela protettiva posta in essere dall'ordinamento.

9. Azioni di nullità e legittimazione

Rilevante appare essere la legittimazione a far valere tale azione di nullità che è sì in capo ai soli soggetti protetti, ma con possibilità di rilevabilità della stessa *ex officio*¹⁶ da parte del giudice nel caso in cui si identifichi un interesse concreto della parte debole all'ottenimento della dichiarazione di nullità del negozio contrattuale posto in essere; in merito alla rilevabilità d'ufficio da parte del giudice di tale particolare nullità si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione del 2014¹⁷, le quali hanno sancito il riconoscimento del potere officioso¹⁸ del giudice, ponendo debitamente una netta distinzione fra la rilevazione e la dichiarazione della nullità: il giudice, infatti, ha il potere di rilevare la nullità, alla quale non seguirà la dichiarazione di nullità senza la domanda specifica in materia da parte del soggetto nei confronti del quale la tutela, se azionata, andrebbe ad agire. Ciò che viene perseguito attraverso le nullità di protezione è la c.d. "giustizia contrattuale"¹⁹, che caratterizza genericamente le nullità relative tutte.

Tale giustizia contrattuale viene rimarcata, ulteriormente, dal respingimento della domanda di azione di nullità di protezione proveniente dal contraente forte, dato che, contrariamente a quanto si potrebbe deduttivamente pensare, dare anche al contraente forte la possibilità di avvalersi di tale protezione, rivolta esclusivamente, invece, al contraente debole, consentirebbe allo stesso di avere un aggiuntivo vantaggio da trarre dalla sua posizione;

¹⁵ M. GIROLAMI, *Nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008.

¹⁶ A. FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, 2014; D. RUSSO, *Rilievo officioso e nullità di protezione*, 2015.

¹⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in *Corr. Giur.*, 2015, 88.

¹⁸ A. FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche giur.*, 2013, 603.

¹⁹ Così anche G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 1, 2019.

infatti, il contraente in posizione non svantaggiata, oltre al godimento di tale situazione, troverebbe giovamento anche dalla possibilità, nella pratica non consentita, di poter decidere se, in quale momento e perché interrompere il regolamento contrattuale, non tenendo conto né in una fase antecedente e né in quella successiva delle volontà del soggetto debole, che rimarrebbe in tale posizione per plurimi svantaggi.

10. *Origini delle nullità di protezione e art. 36 c. cons.*

Le nullità di protezione hanno visto le proprie origini a partire dagli anni '90 del XX secolo, in particolare, attraverso spinte di derivazione europea e, a livello ordinamentale, mediante il D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206. Differentemente a quanto comunemente si intende pensare, tale disciplina non agisce in tutela solo del contraente debole e del consumatore, nondimeno, in senso lato, degli utenti di servizi, oltre a imprese minori²⁰.

L'art. 36 c. cons. rappresenta, per l'analisi che in tale elaborato si intende eseguire, un articolo cruciale, tanto da occuparsi specificamente delle nullità di protezione; tale articolo fa riferimento anche ad articoli antecedenti, vedi artt. 33 e 34 c. cons., i quali esplicano il concetto di vessatorietà delle clausole e il relativo accertamento.

Sono considerate clausole vessatorie le clausole appartenenti ad un regolamento contrattuale che comportano nella loro formazione un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi sorti dal contratto a favore del contraente forte e a svantaggio del contraente debole; praticamente, per citare degli esempi, sono clausole vessatorie quelle clausole che hanno per oggetto o per effetto l'esclusione o la limitazione della responsabilità del professionista o l'esclusione o la limitazione delle azioni e dei diritti del consumatore; viceversa, non possono essere considerate vessatorie le clausole che sono state oggetto di trattativa individuale.

11. *Nullità di protezione: caratteristiche in comune con la nullità e l'annullabilità*

Le nullità di protezione racchiudono, implicitamente, caratteristiche appartenenti alla disciplina classica della nullità, come l'imprescrittibilità dell'azione, e caratteristiche dell'annullabilità, come la legittimazione ristretta; tuttavia, nel disciplinare gli interessi dei quali

²⁰ V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, 19.

mediante le stesse viene garantita tutela è più arduo comprenderne la categorizzazione, ovvero farli rientrare fra le affinità dell'una o dell'altra disciplina, poiché, come l'annullabilità, persegue, come il rigor di logica porti a dedurre, interessi di tipo individualistico, in quanto tutela prettamente e rigidamente la figura del contraente debole e ulteriori soggetti in precedenza specificati, pur garantendo una tutela anche verso interessi generali²¹, dacchè, in via consequenziale ed estensiva, proteggendo il singolo, si va a garantire anche il funzionamento del mercato, sostenendo e sviluppando la libera concorrenza, a discapito dell'accrescimento e diffusione dello sfruttamento delle posizioni dominanti e delle situazioni di abuso, collocando così il suo ruolo e la sua portata in un contesto più vasto della singola sfera dell'individuo, regolando il complessivo sistema del mercato.

Eminente dottrina osserva infatti che “la contrapposizione fra nullità e annullabilità incontra una soluzione di continuità”²² proprio nelle nullità di protezione.

12. *La nullità di protezione o le nullità di protezione?*

Analogamente, come si è discusso di unitarietà o pluralità della macrocategoria della nullità classica, occorre porsi lo stesso interrogativo anche nel caso delle nullità di protezione, potendo sostenere, sin da subito, l'impossibilità di un'ipotetica eventuale unitarietà della categoria delle nullità di protezione, in quanto composta da varie e variegate forme e sfumature, tanto da dover valutare prima e poi regolare le stesse sia in base all'interesse sotteso da tutelare che in base all'intensità della tutela richiesta, oltre a tenere in conto che tali nullità possono coinvolgere le singole clausole o parti del contratto, senza andare ad inficiare nell'interessa il regolamento contrattuale, talchè è possibile parlare di un'operatività della disciplina di tali nullità connotata da parzialità, assicurando la conservazione del contenuto predisposto, a condizione che non sia *contra legem* e non apporti a squilibri significativi fra le parti.

13. *Parzialità delle nullità di protezione*

La parzialità che contraddistingue le nullità di protezione, al di là del principio di conservazione del contratto, va a rimarcare, per un'altra volta e per altre motivazioni, la sua

²¹ S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, 2009; I. PRISCO, *Le nullità di protezione: indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, 2012.

²² P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 7^a ed., 2014, 567.

indeformabile tutela nei confronti del soggetto contraente debole, dacchè se ad ogni patologia corrispondesse il ricorrere alla nullità dell'intero rapporto contrattuale, il contraente, in aggiunta se caratterizzato da debolezza economico-contrattuale, potrebbe non ottenere alcun vantaggio da ciò, riservandosi dalla possibilità di servirsi dell'azione di nullità; al contrario, nel momento in cui il contraente è consapevole che, invocando le nullità di protezione nel caso di specie, non verrebbe meno il contratto stipulato, ma solo parte di esso effettivamente accertata come patologica, potrebbe essere più stimolato nel prendere iniziative.

14. Campo di applicazione delle nullità di protezione

Il campo di applicazione della disciplina delle nullità di protezione vede il concretizzarsi dell'azione nei casi in cui vi sia disparità fra le parti, trattative diseguali, obblighi e diritti diversi e squilibrati a seconda della parte stipulante; simili situazioni in cui ciò può avvenire sono, per citare un esempio, i contratti il cui contenuto è stato predisposto unilateralmente da una sola parte in gioco, vedendo nella controparte il solo potere di accettazione o meno di quanto già stabilito e, in genere, ciò è frequente nei contratti fra i professionisti e i consumatori, in cui, pur consentendo la formazione di una pluralità di contratti standardizzati, non tiene conto delle singole esigenze e volontà dei disparati soggetti contraenti.

15. Deroghe

Sussistono deroghe della disciplina delle nullità di protezione al regime delle nullità di diritto comune non solo per quanto concerne il comma I dell'art. 1419 c.c., che sancisce che "la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità", ma anche per il comma II del medesimo articolo, il quale esplica che "la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative".

Nella legislazione di derivazione comunitaria, la sostituzione delle clausole nulle avviene con norme dispositive e la protezione del contraente debole avviene mediante l'inderogabilità *in pejus*; nonostante ciò, le parti possono derogare in via convenzionale le disposizioni normative, anche se le stesse troverebbero, ad ogni modo, applicazione pratica perfino

in presenza di deroga pattuita dalle parti, quando tale deroga risulti apportare un trattamento peggiorativo nei confronti del contraente debole.

16. *Ratio e funzioni*

La *ratio* finale è, certamente, la repressione delle situazioni in cui sussistano diseguali poteri concessi alle parti, diseguali diritti e doveri, diseguali possibilità e raggio d'azione, diseguali trattamenti; succintamente, le nullità di protezione agiscono in tutela di innegabile evidenza di situazioni contrattuali nettamente differenti, in via ingiustificata, fra le parti.

All'interno di questo scenario ci sono sostenitori della teoria che vede nelle nullità di protezione una funzione correttiva, quale strumento in grado di rettificare le posizioni contrattuali squilibrate, quasi a configurare una sorta di "sanzione correttiva", oltre a considerare quanto scritto da chi afferma che "all'essenziale carattere di protezione si mescola quello pedagogico rispetto ad uno dei contraenti ritenuto più debole"²³.

17. *Convalida? Diverse prospettive*

Ha formato oggetto di discussione la prevedibilità dell'applicazione della disciplina di convalida²⁴ alle nullità di protezione, considerando la mancanza di un'espressa disposizione di legge che neghi o che, viceversa, ammetti tale possibilità; l'effetto della convalida consisterebbe nel rendere definitivi gli effetti dell'atto, talmente incisiva da creare l'inoppugnabilità dello stesso.

La dottrina esclude categoricamente che un contratto avente una patologia tale da renderlo nullo, nullità intesa come nullità di protezione, possa essere convalidato, anche per evitare che lo stesso soggetto debole che si intende tutelare con le nullità di protezione possa, in realtà, a causa della sua stessa debolezza, cedere alla volontà della controparte e convalidare il contratto, andando a vanificare, perciò, la *ratio* perseguita.

Nonostante la dottrina, come detto, muove verso il divieto di convalida, non si può non trattare, per completezza, le posizioni differenti assunte a tal riguardo, che, invece, vedono ammissibile la convalida di un negozio nullo, partendo dal presupposto che le nullità

²³ V. RIZZO, *Le "clausole abusive" nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Camerino-Napoli, 1994, 538.

²⁴ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2010.

di protezione vanno applicate in tutela non solo del contraente debole, bensì, si prende carico della protezione anche di un interesse generale e, sicchè, non si può, secondo tale orientamento, condizionare attraverso l'iniziativa privata del singolo individuo la sorte del contratto, impedendo, attraverso scelte individuali, l'esplicarsi della volontà dell'interesse generale.

18. *Contraente debole e tutele*

A tal proposito si sono susseguite diverse prospettive: chi vede un parallelismo tra nullità e nullità di protezione, creando affinità anche nella disciplina della convalida e chi sostiene che è impensabile una convalida nel caso di nullità di protezione, perché altrimenti le nullità di protezione finirebbero a coincidere con l'annullabilità in ogni suo aspetto, optando, in via generale, per una tendenziale inammissibilità della convalida alla disciplina delle nullità di protezione, valorizzando un approccio casistico e attento agli interessi sottostanti, come emerge dalla posizione chi afferma che “non bisogna né negare in ogni caso la convalida [...] né ammetterla in via assoluta”²⁵, ma ragionare caso per caso e prendere la decisione giusta in base agli interessi in gioco di volta in volta presenti.

Per meglio comprendere la figura del contraente debole, risulta necessaria, in via preliminare, l'analisi centrale del concetto di “*potere contrattuale*”, ovvero, letteralmente, il potere di cui un soggetto contraente detiene e sfrutta nelle fasi di trattative, negoziazione e conclusione del regolamento negoziale ovvero la forza contrattuale di andare ad incidere sul contenuto dello stesso, tanto da indirizzarlo nella direzione voluta e cercata, influenzandone il corso; la forza contrattuale spesso si rispecchia, nella realtà pratica, con l'identificazione del soggetto contrattuale stesso (un istituto bancario, un ente pubblico ha una forza contrattuale piuttosto concentrata e incidente rispetto un semplice cittadino) o anche nell'aspetto “tempo”, che implica, essenzialmente, quanto segue: se un soggetto si dovesse trovare in debito e avesse un unico oggetto grazie alla vendita del quale potrebbe saldare la propria parte debitoria nei tempi richiesti, lo stesso si troverebbe in una situazione di pressione legata al tempo e sarebbe, con maggiore probabilità, indotto a vendere ad un prezzo minore rispetto a quello previsto e voluto in caso di assenza di pressione.

La distinzione di forza dei contraenti sulla carta è piuttosto rimarcata e comprensibile,

²⁵ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., 42.

mentre nei casi reali accade spesso che le due posizioni non sono così marcatamente segnate e distinguibili; essenzialmente, il contraente debole è colui che si trovi in una posizione di svantaggio rispetto alla controparte sia nella fase di trattative che in quelle successive prope-
deutiche alla conclusione del negozio giuridico.

Una tutela che tali nullità tengono in conto è correlata a valori come l'equità, la correttezza, la giustizia e l'equilibrio, in grado di prevenire, limitare, escludere, debellare le regole, anche pattizie, inique fra le parti.

Oltre alla natura sanzionatoria, va risottolineata la natura protettiva racchiusa nelle nullità di protezione e che per denominazione mette in evidenza, con la volontà di realizzare e/o ripristinare, a seconda dei casi concreti, l'equilibrio contrattuale²⁶, focus centrale dell'azione di tali nullità.

19. *Considerazioni finali: nullità, nullità di protezione, annullabilità*

Ci si deve concentrare ora sugli elementi che le nullità di protezione vantano in comune con le due forme di invalidità classiche citate: dalla nullità tradizionale riprende l'imprescrittibilità dell'azione e la rilevabilità d'ufficio, mentre dall'annullabilità la legittimazione relativa, tema intorno al quale si è più volte dibattuto e parlato nel presente. Ricordiamo che la nullità tradizionale da sempre ha rappresentato un mondo poco conosciuto, composto da dubbi, contraddizioni e poche certezze, anche se il brocardo latino "*quod nullum est nullum producit effectum*", "ciò che è nullo non produce effetti", aiuta lo studioso a dare qualche punto fermo sul quale poter fare riferimento. La nullità rappresenta una vera e propria sanzione con efficacia retroattiva, tale per cui se il contratto inficiato da tale istituto dovesse essere stato già eseguito in una fase precedente alla dichiarazione di nullità, necessario sarebbe andare a ripristinare la situazione *ex ante*, procedendo alla restituzione delle prestazioni ottenute, in base al principio della ripetizione dell'indebito, ex art. 2033 c.c. "chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato"; viceversa, se il contratto non dovesse aver avuto esecuzione prima della dichiarazione di nullità dello stesso, semplicemente verrebbe impedito ogni tipo di prestazione, con la conseguente impossibilità del verificarsi degli effetti voluti dalle parti.

²⁶ A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 1, 2018.

Sia la nullità che l'annullabilità rappresentano due forme distinte di invalidità con una differenza rimarchevole data dalla gravità delle stesse: maggiore è nella nullità, minore nell'annullabilità; inoltre, ciò che è nullo non produce effetti, mentre ciò che è dichiarato annullabile produce i suoi effetti, pur se in maniera non stabile, poiché è sufficiente la dichiarazione di una sentenza costitutiva a far venir meno tale efficacia, con effetto tra le parti *ex nunc*. Mentre la nullità ha come fondamento la tutela degli interessi generali, l'annullabilità si rivolge a favore della tutela degli interessi individuali; le nullità di protezione, come visto, si interpongono fra le due discipline, tanto da configurare una protezione sia per gli interessi individuali (come per l'annullabilità), che generali, come valente per la nullità.

La legittimazione rappresenta, inoltre, una tematica non di poca rilevanza. La nullità tradizionale può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e vige quindi un sistema di legittimazione assoluta, mentre l'annullabilità "solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge", art. 1441 c.c., ed è qui che si inseriscono alcune delle caratteristiche peculiari delle nullità di protezione: esse, così come in vigore per l'annullabilità, hanno una legittimazione relativa e non possono, a differenza della nullità classica, essere fatte valere da chiunque ne abbia interesse, tuttavia si avvicinano anche alla disciplina della nullità per l'imprescrittibilità dell'azione che la contraddistingue, difatti la nullità è imprescrittibile, mentre l'annullabilità si prescrive in cinque anni che decorrono "dal giorno in cui è cessata la violenza, è stato scoperto l'errore o il dolo, è cessato lo stato d'interdizione o d'inabilitazione, ovvero il minore ha raggiunto la maggiore età" quando l'annullabilità dipende da vizio del consenso o da incapacità legale, mentre "negli altri casi il termine decorre dal giorno della conclusione del contratto", art. 1442 c.c. L'azione di nullità ha natura dichiarativa, mentre l'azione di annullamento costitutiva.

L'art. 1423 c.c. è rubricato "inammissibilità della convalida" ovvero "il contratto nullo non può essere convalidato²⁷, se la legge non dispone altrimenti"; discordante l'art. 1444 c.c., il quale sostiene il principio opposto, incentrato sulla recuperabilità del contratto annullabile, la cui convalida avviene per volontà del contraente al quale spetta la proposizione dell'azione di annullamento.

Nelle nullità di protezione, l'istituto della convalida diventa oggetto di profonde

²⁷ Così anche S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007.

discussioni: la dottrina prevalente non reputa possibile la convalida di un contratto inficiato da nullità di protezione, onde evitare che il soggetto debole da tutelare, a causa della sua stessa debolezza, possa, in realtà, cedere alla volontà della controparte, facendo così venir meno la *ratio* tutelativa delle nullità stesse; come già detto, le posizioni inerenti la possibile convalida o meno di un contratto affetto da nullità di protezione sono svariate e variegate; una parte della dottrina reputa, invece, ammissibile la convalida, in quanto le nullità di protezione rappresentano norme a tutela non solo del singolo contraente debole, ma si estende, andando a coinvolgere un interesse generale, tale da non poter essere sottoposto ad una libera ed esclusiva iniziativa del singolo. A tal proposito, si sono formate diverse prospettive: chi assimila le nullità di protezione alla nullità classica, vedendo delle affinità anche nella disciplina della convalida e chi, invece, d'altro canto, sostiene impensabile un parallelismo di tale portata, in quanto andrebbe a ridurre le nullità di protezione in mera annullabilità. In virtù del principio di conservazione del contratto, l'art. 1424 c.c. consente la possibilità di convertire il contratto nullo, garantendo la produzione di effetti di un contratto diverso "del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità".

È a partire dagli anni '80 del secolo scorso che la debolezza contrattuale viene vista sempre più come oggetto di tutela e non come mera situazione dalla quale poter trarre vantaggio.

La tutela che, principalmente, ha ragion d'essere è quella verso il contraente debole, il consumatore²⁸, l'utente di servizi, la piccola impresa, ovvero di coloro che si trovino in posizione di minore forza contrattuale, già a partire dalle prime fasi di contrattazione; il consumatore rappresenta per definizione quel soggetto contraente che si trova all'interno di un quadro economico e di rapporti contrattuali spesso poco equilibrati, anche a causa di abusi di posizioni dominanti. La protezione data a tale soggetto è garantita dalla disciplina di derivazione comunitaria di cui si è molto discusso.

Le nullità di protezione, così come avviene per la nullità tradizionale, possono essere fatte valere sia dal soggetto interessato in prima persona che mediante l'intervento d'ufficio

²⁸ M. P. MANTOVANI, *Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori*, 2010.

da parte del giudice²⁹, che potrebbe, quindi, agire d’iniziativa, a meno che il contraente, cosciente e consapevole, non avesse dato atto di accettare egualmente quanto disposto dal contratto, pur essendo a conoscenza della patologia; vieppiù, il giudice ha il potere di rilevare una nullità di protezione all’interno del regolamento contrattuale, eppure, in mancanza di una specifica domanda di parte, non potrebbe dichiararla; inoltre, la rilevabilità d’ufficio da parte del giudice non può avvenire a svantaggio dell’interesse del contraente debole, ma può avere luogo anche avverso la volontà contraria del contraente stesso.

Le nullità di protezione rappresentano una figura particolare, un istituto perfettamente incastonabile tra la nullità e l’annullabilità, sebbene non rientranti né all’interno della prima né all’interno della seconda disciplina, tanto ciò vero non è mancato chi in dottrina ha osservato che “le nullità relative, di protezione o speciali, che dir si voglia, hanno ormai acquistato una loro collocazione ben precisa nel sistema delle invalidità, tra la nullità e l’annullabilità”³⁰.

Si ricorre alle nullità di protezione per far valere un proprio diritto, in particolar modo se la tutela dello stesso sia venuta meno a causa di una disparità di potere contrattuale; tale tipologia di nullità viene considerata come una vera e propria “sanzione correttiva”. Lo scopo ultimo delle nullità di protezione è quello di ristabilire l’equilibrio contrattuale, garantendo la tutela a favore del soggetto debole e impedendo situazioni di ingiustizia e squilibrio contrattuale.

In sostanza, le nullità di protezione hanno fatto parlare tutti sin dalla loro origine e continuano, a distanza di anni, a creare spunti vivi e dibattiti interessanti con riflessi significativi di natura sistematica e pratica giacché, come sopra rilevato, le nullità di protezione hanno rimescolato le carte utilizzate dai dogmatici, sino al punto da far seriamente dubitare dell’esistenza dei dogmi alla base della costruzione classica della nullità, e hanno anche modificato il sistema delle tutele in virtù delle modalità con cui queste nuove forme di nullità operano.

Abstract

The writing focuses on the discipline of nullity, highlighting the general profiles, including the retroactivity and imprescription.

²⁹ A. BECCU, *Clause abusive e nullità di protezione: il ruolo del giudice e il ruolo del notaio*, in *Riv. Notariato*, fasc. 3, 2010.

³⁰ P. GALLO, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2009, p. 577.

In the second part the relative nullities are studied, specifically, the nullities of protection, comparing them with the discipline of nullity and annulment, both forms of invalidity of the legal transaction.

Finally, the writing concludes with some final considerations, where the figure of the nullities of protection is thought of as a "hybrid" figure, that approaches the discipline of nullity for some aspects, departing from it for others and finding affinity with the discipline of annulment, remembering how, actually, the nullities of protection were able to reshuffle the cards first used by the dogmatists.

Camerino, giugno 2019.