

CAPITOLO I

NULLITÀ VIRTUALE - NULLITÀ DI PROTEZIONE
(VARIAZIONI SULLA NULLITÀ)

di GIOVANNI D'AMICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La «nullità virtuale»: un rimedio adeguato al «nuovo diritto dei contratti»? – 3. La nullità di protezione.

1. PREMESSA

Il tema della nullità, e più in generale quello dei rimedi, si pone oggi come uno degli snodi cruciali del *nuovo diritto dei contratti*: snodo che chiama *direttamente* in causa l'interprete, non foss'altro perché avviene sempre più di frequente che il legislatore (quello comunitario, ma anche – e meno comprensibilmente – quello interno) ¹ lasci «sco-

¹ Che il legislatore comunitario lasci sovente «in bianco» (rimettendone la determinazione ai singoli legislatori nazionali) il profilo di «rimedi» trova giustificazione abbastanza agevolmente, sol che si rifletta sul fatto che la norma comunitaria è destinata ad innestarsi in ordinamenti alquanto diversi l'uno dell'altro: il che è sufficiente (in molti casi, se non sempre) a sconsigliare la «imposizione», in relazione alle diverse discipline che si vanno introducendo, di *specifici* rimedi (invalidità in una delle sue varie forme, risoluzione, recesso, ecc.), facendo ritenere sufficiente la individuazione delle diverse «fattispecie», e lasciando ai legislatori dei singoli ordinamenti la libertà di ricollegare a tali fattispecie il rimedio ritenuto più opportuno, e, soprattutto, più conforme alla tradizione e al «sistema» proprio di ciascun ordinamento. In questo senso è emblematica la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. La direttiva 93/13 si limita(va) a prescrivere che «gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore e un professionista *non vincolino il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali*, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive» (art. 6, n. 1 direttiva cit.). Orbene, è noto come a questa «prescrizione» i legislatori nazionali hanno dato attuazione in vario modo. Il nostro legislatore, ad es., ha dapprima sancito *l'inefficacia* delle clausole abusive (art. 1469-*quinquies* c.c.) per poi optare per la sanzione della *nullità* (che l'art. 36 cod. cons.,

perto» proprio il profilo del rimedio da ricollegare alle violazioni delle norme che via via egli va introducendo, aprendo così la strada (almeno nel nostro ordinamento, e in presenza di una disposizione quale l'art. 1418, comma 1°, c.c.) alla questione della configurabilità di volta in volta di una ipotesi di *nullità virtuale*. Ma i problemi non sono solo quelli di stabilire se per una determinata fattispecie sia appropriato questo o quel rimedio (e basti – per evidenziare tutta la rilevanza anche pratica della questione – il richiamo alla recente e non ancora risolta questione circa le conseguenze della violazione da parte degli intermediari finanziari delle «*regole di condotta*» su di essi gravanti). Quel che è in discussione è lo stesso statuto teorico e concettuale intorno al quale era (ri)costruito, sino a poco tempo fa, il *sistema delle invalidità negoziali* e le varie «figure» che lo componevano. Vacillano principi che si ritenevano fondamentali di questo sistema, come ad es. (almeno per quel che riguarda il nostro ordinamento), il principio di tipicità delle cause di annullabilità del negozio, in primo luogo dei vizi del consenso, e il principio della inderivabilità della nullità dalla violazione di regole di correttezza/buona fede. Vacilla la distinzione stessa su cui quel sistema era stato elaborato, ossia la distinzione tra nullità e annullabilità. Distinzione che in passato era sembrata così radicale da indurre financo qualche autore a revocare in dubbio che le due figure potessero essere ricondotte al medesimo *genus*², laddove oggi si registra un

specifica ulteriormente, qualificandola come «nullità di protezione»). Il legislatore spagnolo stabilisce la *nullidad* delle clausole abusive (cfr. art. 83, comma 1° del *Real Decreto Legislativo 1/2007* del 16 novembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, il quale recita che «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán para no puestas*»). Quello francese ha fatto ricorso alla formula secondo cui «*Les clauses abusives sont réputées non écrites*» (cfr. *Code de la consommation*, art. L-132-1). E così via. Va osservato che se da un lato la mancata indicazione specifica del rimedio consente indubbiamente una opportuna flessibilità della regola comunitaria che deve esser introdotta nei singoli sistemi nazionali, dall'altro c'è il pericolo che la possibilità che per la stessa fattispecie i diversi ordinamenti mantengano (o introducano) rimedi differenti pregiudichi la finalità di armonizzazione che il legislatore comunitario si ripromette. A quest'ultimo problema mostra di prestare crescente attenzione anche il legislatore comunitario, che sempre più si orienta verso forme di «*armonizzazione completa*», come dimostra la recente Proposta di direttiva Ce sui diritti dei consumatori (pubblicata in COM (2008) 614 def. dell'8 ottobre 2008), che all'art. 4 stabilisce che «Gli Stati membri non possono mantenere o adottare nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso».

² Non riuscendosi a comprendere come potesse essere qualificato quale «*invalido*» anche un negozio (quello meramente *annullabile*) che si dichiarava cionondimò

ravvicinamento tra nullità (almeno nella forma della *nullità di protezione*) e annullabilità, tutto misurato (in alcune prospettazioni, almeno) proprio sul terreno della *scoperta* secondo la quale anche un negozio nullo avrebbe *idoneità* a produrre gli effetti suoi propri³. Sul versante specifico della nullità, il dilagare delle «nullità di protezione» (non ignote all'esperienza precedente, ma sino a poco tempo fa relegate al ruolo di fenomeno affatto marginale) ha posto il problema della permanente unitarietà della figura della nullità, o, quanto meno, il problema di un *rovesciamento* del rapporto regola/eccezione rispetto a pressoché tutti i profili che connotano l'unica disciplina organica della nullità, che resta ancora quella contenuta negli artt. 1418-1424 c.c. (vale a dire i profili della legittimazione all'azione, della sanabilità, della rilevabilità d'ufficio, della imprescrittibilità dell'azione, ecc.). Il mol-

meno *idoneo a produrre effetti* (sebbene suscettibili di essere rimossi a seguito dell'esperimento della richiesta di annullamento): qualità, questa, che lo rendeva affatto diverso dal negozio nullo, dando corpo alla principale (se pur non unica) differenza rispetto a quest'ultimo negozio.

³ Altra questione (collegata, del resto, a quella cui si accenna nel testo) è quella se la *nullità* sia da considerare una forma di *qualificazione (negativa)* dell'atto ovvero (come vuole la tesi tradizionale, un tempo prevalente) una forma di *inqualificazione (rectius: di inqualificabilità)* dell'atto come contratto). Questione certamente non nuova, ma che indubbiamente trae rinnovato alimento dalle *nuove forme di nullità* emerse nell'esperienza più recente. Anche ponendosi sul terreno di codeste «nuove nullità» (che non attengono, peraltro, assai spesso al contratto nella sua interezza, non essendo collegate al *difetto di elementi strutturali dell'atto*, fenomeno che era alla base della tradizionale concezione della nullità come *inqualificazione*), va detto peraltro che la considerazione della nullità del contratto come una forma di *qualificazione negativa* dell'atto, e la costruzione della fattispecie nulla come una fattispecie bensì momentaneamente improduttiva di effetti (definitivi), ma comunque come fattispecie *rilevante* (e dunque *idonea* a produrre quegli effetti), non persuade del tutto, a meno di non assumere il concetto di «*rilevanza giuridica*» in una accezione affatto *generica*. Se, invece, questo concetto si assuma nella *specificata* caratterizzazione che gli attribuisce una nota prospettiva di teoria generale del diritto (il riferimento è a FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, e, ora, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 125 ss., spec. p. 131), secondo la quale la «*rilevanza giuridica*» esprimerebbe la condizione di un interesse che non può pretendere ancora la propria *realizzazione* (che potrà derivare solo dal sopravvenire di ulteriori elementi, attualmente mancanti), ma è nondimeno *meritevole* di una *tutela conservativa* – in vista della futura, possibile, piena *efficacia* – allora deve dirsi che, anche quando la nullità si presenti nella forma di una invalidità di protezione (con tutte le peculiarità che questa nullità presenta, ivi compresa la possibilità di essere «*sanata*», e quindi di aprire la porta alla efficacia della clausola o dell'atto), un contratto nullo o clausole nulle non possono comunque considerarsi espressivi di interessi *meritevoli di tutela* (sia pure solo *conservativa*), e dunque non danno vita a ipotesi di *rilevanza giuridica* (nel significato *specifico*, or ora precisato).

tipificarsi di regolamentazioni «cogenti» (specie nel settore della legislazione «consumeristica») ⁴ – alle quali sovente non si accompagna (come si ricordava all'inizio) la previsione di un corrispondente apparato rimediale – ha fatto poi esplodere il problema della nullità «virtuale», aggiungendo peraltro alle difficoltà che da sempre la norma dell'art. 1418, comma 1°, c.c. pone agli interpreti, l'ulteriore problema relativo alla *disciplina* a cui assoggettare le nullità in ipotesi dedotte dalla violazione di norme poste a protezione di uno dei contraenti (problema riassunto nella domanda se sia ammissibile, e a quali condizioni, una «nullità *virtuale di protezione*»). Infine, le caratteristiche delle «nuove nullità» (soprattutto per il fatto che sempre più diffusa – mente si tratti di «nullità *di clausole*», piuttosto che di «nullità *del contratto*», attesa anche la tendenza del legislatore a limitare l'effetto caducatorio, mantenendo in vita il più possibile il contratto) fanno sì che assuma un'importanza inedita il problema della *integrazione* della lacuna che segue alla dichiarazione di nullità (delle clausole). Problema talora risolto direttamente dal legislatore, ma più spesso (e ancora una volta) lasciato alla decisione dell'interprete, chiamato ancor qui ad effettuare una scelta non facile tra regole «generali» (per lo più consensuate alla formulazione di norme del codice civile) e applicazione analogica dei «nuovi modelli».

2. LA «NULLITÀ VIRTUALE»: UN RIMEDIO ADEGUATO AL «NUOVO DIRITTO DEI CONTRATTI»?

Inizierò svolgendo alcune considerazioni sul problema della «nullità virtuale», tornato alla ribalta ultimamente in particolare a seguito

⁴ La circostanza che buona parte di quella che nel testo chiamiamo «legislazione consumeristica» (in materia contrattuale) sia di derivazione «comunitaria» non le è legittima di per sé a parlare di una «nullità *europea*», non foss'altro perché – come chiarito *supra* nella nota 1 – il legislatore comunitario ben di rado si avventura a individuare e qualificare il *tipo di rimedio* col quale vuole che siano sanzionate le violazioni delle proprie prescrizioni (terreno sul quale viene, anzi, programmaticamente, riconosciuta una certa qual discrezionalità ai legislatori nazionali). In questa prospettiva, la formula «nullità *europea*» non può che essere intesa come un'espressione ellittica per indicare fattispecie in cui un legislatore *nazionale* (ad es., *il legislatore italiano*) ha deciso di prevedere come rimedio per la violazione di una norma (di derivazione) comunitaria la sanzione della nullità (del contratto o di singole sue clausole), in luogo di altre eventualmente e *astrattamente* utilizzabili (annullabilità, rescissione, ecc.), e *concretamente* magari utilizzate dai legislatori di altri paesi.

della discussione che si è sviluppata attorno ai rimedi da ricollegare alla violazione delle «regole di condotta» imposte agli intermediari finanziari. Su questo tema – come è a tutti noto – sono intervenute (alla fine del 2007) le Sezioni Unite, con una importante sentenza, la quale tuttavia non è stata (da molti autori) considerata pienamente soddisfacente, e forse non lo è (sebbene per motivi in parte diversi da quelli sin qui emersi nei numerosi commenti che sono stati ad essa dedicati). La considerazione di questa vicenda mi sembra importante, perché essa porta al cuore di alcuni dei «nodi» problematici che il tema della nullità del contratto oggi prospetta. I termini del problema sono noti. Di fronte a quella che si presentava (e continua ancor oggi a presentarsi, almeno in alcune posizioni della dottrina e della giurisprudenza) come una *tendenza alla ipertrofia* del ricorso al rimedio invalidatorio (in specie declinato in termini di nullità), la Cassazione ha posto un perentorio freno, enunciato anzitutto con la sentenza n. 19024/2005 (la c.d. «*sentenza Marziale*», così indicata dal nome dell'estensore della motivazione), e poi sostanzialmente ribadito (sia pur non senza importanti precisazioni) dalla sentenza n. 27624/2007 (c.d. «*sentenza Rordorf*», anche qui dal nome del suo estensore)⁵. Nella sentenza del 2005 i giudici del Supremo Collegio, nell'escludere che la conseguenza della violazione da parte degli intermediari finanziari degli «obblighi di condotta» su di essi gravanti sia la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, comma 1°, c.c., affermano che la nullità che può farsi discendere in base a questa norma può derivare soltanto dalla violazione di regole che attengano al *contenuto* del contratto, e non già di regole che prescrivano *comportamenti* che uno dei contraenti deve tenere in relazione alla formazione del contratto. In questa affermazione (che probabilmente non faceva altro che ribadire, riformulandolo, uno dei diversi criteri⁶ che da tempo sono stati suggeriti per definire il campo rispettivo della regola e della eccezione che si vogliono enunciate attraverso la formula secondo la quale il contratto *contrario a norme imperative* «è nullo salvo che la legge disponga diversamente») uno dei primi (e più autorevoli) commenti alla pronuncia della Corte ha voluto invece vedere evocato (*e utilizzato dai giudici* per sciogliere il problema

⁵ Cfr. Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss. e Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2008, p. 223 ss., con commento di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, e in questa *Rivista*, 2008, p. 221 ss., con commento di SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*.

⁶ E precisamente il criterio cosiddetto della «direzione del divieto» (v. *infra*).

interpretativo di cui alla norma in esame) il principio di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento»⁷. Si tratta di una «lettura» – come diremo subito – tutt'altro che persuasiva⁸, e che però è riuscita a ... *portare fuori strada* tanto i giudici della stessa Sezione I (che hanno successivamente formulato l'ordinanza con cui si è stata chiesta la rimessione della questione alle Sezioni Unite), quanto poi le Sezioni Unite medesime⁹. A prescindere per il momento da questo profilo (sul quale torneremo fra poco), va osservato che correttamente si è, per altro verso, criticata la «sentenza Marziale», imputandole di avere eccessivamente ristretto l'ambito applicativo della nullità di cui al comma 1° dell'art. 1418 c.c. (*appiattendola*, sostanzialmente, su ipotesi che già rientrerebbero nella previsione del comma 2° della norma, in particolare sotto il profilo della nullità per *illiceità dell'oggetto* o per *illiceità della causa*). Rilievo certamente da condividere¹⁰, e che è stato poi giustamente tenuto presente nella «sentenza Rordorf», laddove quest'ultima pronuncia ha sottolineato come possa dar luogo a nullità non solo la violazione di regole relative al *contenuto del contratto*, ma

⁷ Cfr. ROPPO-AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss., spec. p. 31; e v., poi, anche A LBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss., spec. p. 111, ove si afferma che vi sarebbe una sorta di sovrapposizione tra la regola sulla nullità virtuale e il principio di distinzione tra «norme di validità» e «norme di comportamento», e ciò precisamente nel senso che «la distinzione tra regole di validità e di condotta deve essere correttamente intesa come criterio che definisce l'ambito di applicazione dell'art. 1418, comma 1°, c.c., impedendo di considerare nullo il contratto in ragione della mera violazione di divieti o obblighi legali, ancorché imperativi, che riguardano però la condotta delle parti in fase precontrattuale o esecutiva».

⁸ Anche da un punto di vista esegetico, va segnalato che in nessun punto della sua motivazione, la sentenza n. 19024/2005 fa riferimento al principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, che si vorrebbe ne costituisca il fondamento (per questo rilievo cfr. già D'AMICO, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari tra regole di validità e regole di responsabilità*, in AA.VV., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di A. Plaia, Milano, 2008, pp. 45 ss., 54 e nota 26).

⁹ Cfr. in part., il par. 8.5 dell'ordinanza Cass., Sez. I, n. 3683/2007, con cui la questione è stata rimessa alla valutazione delle Sezioni Unite; e v., poi, la motivazione della «sentenza Rordorf», dove – all'inizio del par. 1.6 – si legge esplicitamente che «Il cardine attorno al quale ruota la sentenza da ultimo citata [*id est*: la sentenza n. 19024/2005] è costituito dalla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento e norme di validità del contratto ...»).

¹⁰ Come già evidenziato in D'AMICO, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari*, cit., pp. 52-53.

altresì la violazione di altre regole dalle quali si desuma comunque il divieto di concludere il contratto (ad es., per l'assenza di un presupposto soggettivo od oggettivo, quale il possesso di una abilitazione, l'iscrizione in un albo, il rilascio di una autorizzazione necessaria, ecc.). Conclusione – si diceva – senz'altro da approvare, e che indurrebbe ad aderire pienamente alla soluzione che le Sezioni Unite hanno dato al problema della «nullità virtuale», se non fosse per la motivazione che a sostegno di essa i giudici ritengono di dare. E, invero – come già accennato – le Sezioni Unite (influenzate con tutta evidenza dal modo in cui la questione era stata posta nell'ordinanza della prima sezione) ritengono che detta soluzione *discenda dall'applicazione del principio di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento»*: principio – esse affermano – saldamente radicato nelle strutture del codice civile, e che anche la legislazione più recente (che pur sembrerebbe incrinarlo) non può dirsi abbia ancora avuto la forza di scardinarlo. Orbene, non può non osservarsi come codesta sovrapposizione (e quasi identificazione) tra il problema della nullità virtuale e il principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento sia assolutamente fuorviante, e segnali una idea non condivisibile della portata e del significato del principio in esame, frutto di alcuni equivoci (del resto assai diffusi anche in dottrina). Il primo equivoco è indotto dalla espressione «*regole di comportamento*», usata per designare dei tipi di regole (che si vogliono, evidentemente) contrapposte come tali alle «*regole di validità*», e alla cui violazione consegue dunque (*in thesi*) un rimedio diverso dalla invalidità (in genere, un rimedio *di tipo risarcitorio*; onde tali regole vengono solitamente indicate anche con l'espressione «regole di responsabilità»). Ora, però, è del tutto ovvio che se si considera l'espressione «regole di comportamento» *nella sua estensione letterale*, la contrapposizione alle «regole di validità» perderebbe qualsiasi significato, perché secondo un accreditato orientamento di teoria generale del diritto tutte le regole giuridiche sono «*regole di condotta*»; e tali devono dunque considerarsi anche le c.d. «regole di validità» (cioè le regole dalla cui applicazione dipende il giudizio circa la validità/invalidità degli atti giuridici negoziali), come dimostra – a tacer d'altro – la circostanza che l'annullabilità per dolo o per violenza consegue certamente alla violazione di tipiche «regole di condotta» (quali sono quelle che impongono di non usare inganni o minacce per indurre o costringere la controparte a concludere un contratto). Occorre, dunque, con tutta evidenza, assumere la locuzione «*regole di comportamento*» in una accezione più ristretta, quale è effettivamente evocata da espressioni (cui sovente, e più appropriatamente, si fa ricorso) come «*regole di mero comportamento*», ovvero «*regole di correttezza*».

tezza». Il significato del principio di separazione (o di non interferenza) tra «regole di validità» e c.d. «regole di comportamento» consiste, allora, precisamente in ciò, che *non è possibile derivare l'invalidità di un contratto dalla violazione di una «regola di mero comportamento», ovvero dalla violazione di una «regola di correttezza» (o buona fede, che dir si voglia) o di un'altra regola generale di condotta* (ad es.: ragionevolezza, trasparenza, onestà, ecc.). Esplicitando ulteriormente il contenuto del principio (e con ciò cominciando a farne intravedere anche la funzione), esso può altresì esprimersi dicendo che le «regole di validità» non possono essere ricavate *dal giudice* in sede di *concretizzazione della clausola generale di buona fede* (cioè non possono discendere dalla violazione di una mera regola di comportamento, qual è la buona fede), violazione dalla quale potranno discendere altre conseguenze, ma non quella della invalidità dell'atto ¹¹. Questa preliminare

¹¹ La ragione è che le regole sulla validità degli atti giuridici sono regole che abbisognano di essere «formalizzate» dal legislatore, perché l'esigenza di certezza del diritto (particolarmente importante quando è in gioco la sorte stessa degli atti giuridici) richiede che le «regole» la cui osservanza è necessaria affinché il contratto possa produrre e/o mantenere i propri effetti siano regole *predeterminate*. Questo non significa, naturalmente, che le «regole di validità» (soprattutto le «regole di validità» *generali*) *formulate dal legislatore* non possano essere individuate per il tramite di enunciati linguistici che contengano espressioni più o meno *indeterminate* (si pensi, ad es., all'art. 1435 c.c.), e che lascino dunque all'interprete un certo margine di «discrezionalità» nella interpretazione della disposizione normativa e quindi anche nella sua applicazione al caso concreto. Margini che attingono la maggiore ampiezza nei casi in cui la invalidità (precisamente: la nullità) venga fatta discendere dalla *illiceità* (dell'oggetto o della causa o del motivo comune), e detta *illiceità* si profili in particolare nella forma della violazione dell'*ordine pubblico* o del *buon costume* (da molti considerate come delle vere e proprie *clausole generali*). Soprattutto in quest'ultimo caso (*violazione del «buon costume»*) potrebbe sembrare, in effetti, che manchi *qualsiasi predeterminazione legislativa* (del contenuto) della regola di condotta dalla quale dipende la validità del contratto: ma questa indeterminatezza è comunque circoscritta ad un ambito alquanto delimitato (il «*buon costume*» non avendo, da noi, la stessa ampiezza concettuale che gli è riconosciuta in altri sistemi); il che ridimensiona sensibilmente quella che potremmo riconoscere essere comunque una deroga (per quanto contenuta) al «principio di legalità» che governa la materia delle invalidità negoziali. Ma, a parte il caso del «buon costume», l'indeterminatezza (eventuale) di una «regola di validità» formulata dal legislatore non raggiunge mai il limite (estremo) di una «*invalidità senza fattispecie*», quale si avrebbe se la nullità del contratto potesse essere affermata sulla base della violazione di una mera regola generale di correttezza (una regola – per intenderci – che dicesse: *è nullo il contratto concluso a seguito del comportamento di una parte contrario alla buona fede*). Una norma siffatta non esiste, né può essere costruita nel nostro ordinamento. Qualcuno ha voluto, invero, ravvisarne l'epifania nella introduzione della previsione secondo la quale – nei contratti dei *consumatori* – sono nulle le clausole che, *malgrado la buona fede*, determinino un significativo squili-

precisazione consente di mettere in evidenza un secondo equivoco che circonda il tema del principio di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento». Tale principio – correttamente (ri)formulato, e inteso nella sua precisa *ratio* (che, come abbiamo appena detto, è quella di assicurare la «certezza del diritto», e, per così dire, di fissare un fondamentale «*criterio di legalità*» nella delicatissima materia delle invalidità negoziali) – si rivela subito per quello che è, e cioè *un principio di tipo «politico»* (e, dunque, un *principio di tipo «deduttivo»*), e non invece (come pure spesso sembra pensarsi) un principio che si ricavi *per induzione (e successiva generalizzazione) dalla disciplina positiva* delle invalidità dettata dal legislatore¹². Precisazione importan-

torio dei diritti e degli obblighi delle parti. Sennonché, anche a voler intendere (come fa, evidentemente, l'opinione in discorso) la buona fede qui richiamata come b.f. in senso oggettivo e non soggettivo, v'è da dire che la nullità così stabilita discende dall'*iniquità* della clausola (dal suo essere una clausola *squilibrata*), la «buona fede» giocando in questo caso semplicemente il ruolo di criterio per stabilire se nel caso concreto lo «squilibrio» sia o meno dotato di una qualche ragione che lo giustifichi (cfr. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, Milano, 1998, pp. 535 ss., 543; e v. anche D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella conclusione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37 ss., spec. p. 49 ss.). Un fenomeno analogo (che questa volta apre le porte a un controllo sull'equilibrio anche economico del contratto) si ha nella fattispecie del c.d. «*abuso di dipendenza economica*» (recte: «*abuso di dominanza relativa*»), in presenza della quale il legislatore sancisce la *nullità* dei patti che comportino un «eccessivo squilibrio di diritti e obblighi» ovvero «l'imposizione di condizioni contrattuali *ingiustificatamente* gravose o discriminatorie». Anche qui tuttavia può dirsi che non ci troviamo di fronte ad una «nullità senza fattispecie», perché la nullità può essere pronunciata solo a certe condizioni (esistenza di una posizione di «dominanza relativa»; squilibrio di diritti e obblighi *eccessivo* [ossia: non un qualsivoglia squilibrio, ma uno squilibrio *di un certo rilievo*]; *manca di una giustificazione* per l'imposizione a quel contraente di condizioni contrattuali gravose e/o discriminatorie). Non può dirsi dunque che sia lasciato al giudice il compito di decidere della validità del contratto sulla base di una «norma in bianco» (come accadrebbe se il giudice potesse applicare la nullità in presenza di una mera *violazione della buona fede*, non ulteriormente specificata e circostanziata dal legislatore). Nei casi visti, dunque, ci si trova di fronte a comportamenti *contrari a buona fede* (*abusare* della posizione di «dipendenza economica» in cui l'altro contraente si trovi; *abusare* del «potere contrattuale» di cui un «professionista» dispone in confronto di un «consumatore»; ecc.) che determinano (o possono determinare) la nullità del contratto. *Ma non è (interamente) lasciato al giudice il compito di stabilire quando si ha comportamento contrario alla buona fede, perché il legislatore comunque circoscrive (in qualche modo) i criteri e l'ambito entro i quali un giudizio siffatto può essere formulato.* Con il che il «principio di legalità» di cui si parla nel testo risulta, in definitiva, rispettato.

¹² Come mostrano di credere le stesse Sezioni Unite nella sentenza n. 26724/2007, laddove ad es. affermano che il «principio di non interferenza» sarebbe salda -

te, che aiuta a comprendere come il principio in esame (contraria - mente a quanto ritiene un'opinione assai diffusa, basata proprio sull'inesatta percezione della sua genesi e del suo contenuto, non sia affatto «indebolito», e men che meno messo in crisi, dalle ipotesi (che sono sempre esistite, ma che oggi sono indubbiamente assai più numerose che in passato) in cui il legislatore decida di sanzionare (espressamente) con la invalidità la violazione di obblighi di comportamento *terminati* che egli abbia posto a carico dei contraenti (o, più spesso, di uno di essi). Queste ipotesi, non solo non costituiscono (come pur sovente capita, non senza sorpresa, di leggere) «*eccezioni*» (o «deroghe», che dir si voglia) al principio, ma anzi sono – se non «applicazioni» di esso (nel senso proprio del termine)¹³ – certamente fenomeni che non ne contraddicono in alcun modo il contenuto e la funzione (contenuto e funzione del principio che, anzi, risultano per questa via senz'altro *confermati*).

mente radicato *nelle norme del codice civile*: che è come dire che altri testi normativi – e in particolare le leggi c.d. speciali o le normative di derivazione europea – potrebbero «smentire» il principio, o ispirarsi ad un principio opposto. La stessa idea emerge chiaramente anche dal seguente brano (tratto dalla motivazione della cit. pronuncia), dove pure le Sezioni Unite escludono che il principio in esame possa allo stato dirsi superato o addirittura obliterato dalla più recente disciplina del contratto: «... L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile. È possibile che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale, ma [...] un conto è una tendenza altro conto è un'acquisizione. E va pur detto che il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori e in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni ...» (corsivo aggiunto).

¹³ Poiché il «principio» di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento» pone (soltanto) *al giudice* un divieto di sanzionare con la *invalidità* (e, in particolare, con la nullità) la violazione di una *clausola generale di comportamento* (es.: buona fede, diligenza, correttezza, ragionevolezza, ecc.), il «principio» potrà propriamente dirsi applicato/disapplicato solo in relazione al comportamento del suo destinatario (che *non* è – si ripete – il legislatore). Semmai la scelta del legislatore di «sanzionare» con la nullità ipotesi particolari di violazioni di doveri di comportamento potrà essere «valutata» (ed eventualmente «criticata») in relazione ad altri parametri: e così, per es., in alcuni casi, la scelta potrà essere giudicata «eccessiva» (e, pertanto, confliggente con un «principio generale» di «proporzionalità» tra violazione e sanzione), ovvero «controfunzionale» (cioè *incoerente* con l'obiettivo di tutela che il legislatore in ipotesi si riprometta di raggiungere), e così via.

È tempo di tornare al nostro tema, e cioè alla nullità virtuale. Se sono vere le cose appena dette, non ci vuol molto a rendersi conto che il principio di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento» (*rectius*: «regole di correttezza») ha ben poco a che vedere con il problema della nullità virtuale (ossia con il problema di individuare un criterio che ci dica quando alla violazione di una «norma imperativa» consegua la nullità, e quando invece debba ritenersi conseguire, sul piano civilistico, un altro rimedio o anche nessun rimedio). Ed è sufficiente a rendersene conto la banale considerazione, secondo cui la questione della nullità *ex art.* 1418, comma 1°, c.c. si pone in presenza (di una «norma imperativa», e cioè) di una norma di condotta *già esistente e posta dal legislatore*, circostanza che è sufficiente di per sé a far considerare *già soddisfatto* il criterio (di legalità, che abbiamo visto) sotteso al «principio di separazione», il quale (principio) sarebbe impropriamente utilizzato se da esso si volesse *ulteriormente* far dipendere anche la *decisione* (nel silenzio del legislatore) *circa il rimedio* da far conseguire alla violazione della regola *legale* di condotta. Ciò significa che quest'ultima decisione non potrà che dipendere, a questo punto, *da altri criteri*¹⁴ (ad es.: criterio dello «scopo della norma violata»; criterio della «direzione del divieto», ecc.)¹⁵, ma non certo dal «principio di separazione» (che solo indebitamente sarebbe invocato a tal fine)¹⁶, e dal preteso divieto che detto principio implicherebbe (secondo la

¹⁴ Richiama questi molteplici criteri, elaborati dalla dottrina e variamente applicati dalla giurisprudenza, da ultima, MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, IV, Milano, 2006, p. 43 ss. Ma in argomento si veda, soprattutto, DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, p. 43 ss.

¹⁵ Il «criterio della direzione del divieto» propone di distinguere l'ipotesi in cui la norma imperativa vieti il comportamento *di entrambe le parti* (nel qual caso alla sua violazione conseguirà la nullità del contratto, perché dovrà ritenersi *vietato il contratto come tale*), da quella in cui la norma vieti il comportamento *di uno solo dei contraenti* (nel qual caso il rimedio non potrà essere quello della nullità). Viene il sospetto – come già sopra si è accennato – che l'evocazione del principio di separazione tra «regole di validità» e «regole di comportamento» quale modo per risolvere il problema dell'interpretazione/applicazione dell'art. 1418, comma 1°, c.c., nasca dalla confusione di questo principio con il criterio della «direzione del divieto». Ma è evidente che si tratta, invece, di criteri aventi un contenuto e una funzione affatto diversi.

¹⁶ Oltre tutto, attirandosi in questo caso critiche (per la presunta sua inadeguatezza a risolvere il problema di cui all'art. 1418, comma 1°, c.c.), che si rivelano tuttavia affatto ingiustificate, una volta che sia chiaro che con questo problema il «principio di separazione» non ha nulla a che vedere (v., ad es., ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 536 ss.).

prospettazione su criticata) di derivare la nullità dalla violazione *di una qualsivoglia* «norma di comportamento»¹⁷.

3. LA NULLITÀ DI PROTEZIONE

Quanto detto nel paragrafo precedente alimenta la sensazione che le novità più rilevanti nei recenti sviluppi (legislativi, dottrinali e giurisprudenziali) in materia di nullità vadano ricercate non tanto sul terreno delle nullità non dichiarate (cioè delle «nullità virtuali»), ma piuttosto nell'ambito delle nullità espressamente previste dal legislatore, e cioè delle nullità testuali. Soprattutto la legislazione a tutela dei consumatori ha comportato al riguardo il ricorso sempre più frequente all'uso della nullità in contesti caratterizzati: *a)* dalla circostanza che il rimedio invalidatorio (nella predetta forma della nullità) sia utilizzato allo scopo di fornire «protezione» in via diretta e immediata all'interesse *di uno dei contraenti*, prima ancora e a parte la tutela assicurata *anche* a interessi di carattere *generale*; ciò che, sul terreno della disciplina, si traduce nella «riserva della legittimazione» (a fare valere la nullità) in capo al solo contraente protetto; *b)* dalla circostanza che la nullità si presenti non tanto come *nullità del contratto* nella sua interezza (non essendo, per lo più, interessati gli elementi es

¹⁷ Sotto questo profilo non può sottacersi la insoddisfazione nei confronti della soluzione data dalla Cassazione (sentenze Marziale e Rordorf) alla questione specifica del rimedio da applicare alla violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari. L'esclusione della nullità, infatti, pur essendo in sé condivisibile, risulta motivata in maniera inadeguata, proprio perché essa viene desunta (almeno apparentemente e *prima facie*) semplicemente dall'essere le norme violate delle c.d. «regole di comportamento», laddove – se è vero quanto si è detto nel testo – questa semplice circostanza non può certo dirsi sufficiente, di per sé, ad escludere la configurabilità di una nullità virtuale (quando la regola di comportamento sia una regola *legale*, come nel caso di cui trattasi). La soluzione di far conseguire o meno alla violazione di obblighi *legali* di informazione la sanzione della nullità *ex art.* 1418, comma 1°, c.c., dipenderà invero da considerazioni di vario genere (ad es.: la configurabilità o meno di un rimedio invalidatorio *diverso*, quale l'annullamento del contratto per dolo o errore essenziale; ovvero la configurabilità di un rimedio risarcitorio, fondato, ricorrendone i presupposti, sull'art. 1440 c.c. ovvero – per chi ammetta la compatibilità tra contratto valido e responsabilità precontrattuale – direttamente sull'art. 1337 c.c.; ecc.), ma non potrà comunque essere argomentata con la mera considerazione che gli obblighi di informazione costituiscono delle «regole di comportamento», e che *per questa ragione* la loro violazione *non* può essere sanzionata con la invalidità del contratto.