
Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa

Annarita Freda

Dottoranda di ricerca in Diritto Europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro presso l'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. La nullità di protezione quale species della nullità relativa a cavallo tra interesse generale ed interesse individuale. - 2. La rilevabilità d'ufficio. - 3. La rilevabilità d'ufficio nella giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia. - 4. La rilevabilità d'ufficio nel diritto interno. - 5. I poteri del giudice.

1. La nullità di protezione quale species della nullità relativa a cavallo tra interesse generale ed interesse individuale

La crescita del diritto privato europeo richiede un impegnativo sforzo ricostruttivo, proiettato verso la ricerca di principi ordinanti e verso la ridefinizione del rapporto tra le categorie interne tradizionali e le nuove categorie comunitarie⁽¹⁾.

La Comunità ha dedicato i suoi primi trent'anni alla rimozione degli ostacoli al mercato interno, cui ha invece opposto la difesa del principio di libera concorrenza. Il liberismo delle prime scelte di politica economica si è evoluto nei Trattati degli anni Novanta⁽²⁾ che ad esso hanno accostato anche un programma di interventi di politica sociale, e così, mentre il Trattato CE si limitava a indicare come obiettivo dell'azione economica comunitaria un'economia di mercato aperto e in libera con-

(1) Come messo in evidenza anche da A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, l'internazionalizzazione del diritto privato si percepisce dalla trasformazione-complessificazione subita dal sistema delle fonti, nel quale i molteplici e variegati interessi e valori richiedono una diversificazione degli strumenti giuridici. Il quadro è articolato, e come oggi si usa dire "fluido", anche rispetto alle ipotesi di nullità, ciascuna espressione di una precisa scelta legislativa, determinata da una propria logica e demandata all'assolvimento di una funzione data dalle nuove istanze di tutela, in quanto l'ordinamento giuridico vive nella realtà storica attraverso la formazione di nuove norme che si integrano nel sistema e l'applicazione-interpretazione delle norme ai casi concreti.

(2) AA.VV., *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di N. Lipari, I, Bari, 2000.

correnza, ora il Trattato di Lisbona utilizza una diversa e suggestiva formula: economia sociale di mercato. Alla luce di questa formula vanno riletti gli interventi nel diritto dei contratti⁽³⁾.

«A partire dagli anni Ottanta la normativa comunitaria sugli scambi ha moltiplicato le forme di protezione di situazioni seriali di debolezza contrattuale: consumatori, utenti di servizi, ma anche imprese minori»⁽⁴⁾. Non si tratta, però, di una debolezza di natura socio-economica, ma tecnica⁽⁵⁾: debolezza del ruolo negoziale per ragioni di informazione, distanza, sorpresa, uso di tecnologie, pratiche sleali delle imprese, dipendenza economica, e simili.

«Con interventi dapprima marginali, le direttive hanno armonizzato il diritto contrattuale interno in un nuovo diritto dello scambio»⁽⁶⁾. Il settore di intervento principale è stato la tutela del consumatore, oggetto di una marcata specializzazione di disciplina in ragione dei soggetti protagonisti dell'operazione economica, volta in particolare a predisporre strumenti giuridici capaci di riequilibrare rapporti contrattuali sbilanciati a causa di asimmetrie informative e di diverso potere economico tra le parti interessate⁽⁷⁾.

Tra i meccanismi volti a garantire tale risultato, vi sono le cd. nullità speciali di protezione⁽⁸⁾. La nullità di protezione è il rimedio posto a presidio del contenuto minimo ed inderogabile del contratto del consumatore e volto, innanzitutto, a reagire all'introduzione di clausole abusive, fulminando di inefficacia esclusivamente la parte del regolamento contrattuale o la singola clausola *contra legem*⁽⁹⁾.

(3) A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 761 ss.

(4) V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19; ID. in precedenza, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 701 ss., p. 718. *Contra*, G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, p. 22 ss. Una costruzione generale di favor per il contraente debole è ora in A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, Torino, 2006.

(5) Come ha evidenziato anche A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa dir. priv.*, 2011, n. 4, p. 79.

(6) A. GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 82.

(7) DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 45 ss.; nel dettaglio, G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, p. 43 ss.; ID., *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007.

(8) A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit., e bibliografia ivi citata, p. 83 ss. La formula "nullità di protezione" è stata adottata, dopo circa un decennio che la fattispecie esisteva come caso di inefficacia, dal legislatore nella rubrica della disposizione del Codice del consumo che modifica in nullità la sanzione contro le clausole vessatorie (il caso dai più ritenuto paradigmatico).

(9) G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contratti*, 2008, pp. 732, 737 e 744.

Il profilo della configurazione dogmatica delle nullità di protezione⁽¹⁰⁾, fondate su un evidente scopo di tutela del contraente debole, impone un raffronto tra la normativa contenuta nella disciplina consumeristica⁽¹¹⁾ ed il quadro codicistico relativo al regime delle invalidità contrattuali⁽¹²⁾.

Il codice civile non contiene norme dedicate, in generale, all'invalidità del contratto; il nostro legislatore disciplina, infatti, separatamente la nullità e l'annullabilità del contratto⁽¹³⁾.

Distinguendo la nullità dall'annullabilità, il legislatore prevede due reazioni diverse all'invalidità del contratto. Ciò significa che il problema se far cadere un contratto imperfetto, come farlo cadere, con quali conseguenze farlo cadere, non si presenta sempre uguale. E poiché i problemi sono, nel diritto, questioni di interessi contrapposti, il sistema bipartito significa che, per il legislatore, gli interessi di chi vuol far cadere il con-

(10) Parte della dottrina le qualifica come "rimedi di regolamento", V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss., e G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 191 ss.

(11) La nuova vocazione della nullità di matrice europea si connota di un forte carattere protettivo, come invalidità negoziale in stretto rapporto di dipendenza con le esigenze di tutela che promanano dalla disciplina dei rapporti tra consumatore e professionista. V. al riguardo S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 139 ss.

(12) L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 149 ss.

(13) G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv. e comm.*, 1977, I, p. 11 ss. Originariamente si riteneva che il criterio distintivo tra nullità ed annullabilità fosse di natura quantitativa, che la nullità fosse caratterizzata dall'assenza o dal difetto di requisiti essenziali o costitutivi della fattispecie (e quindi, per questo, più grave), mentre l'annullabilità fosse caratterizzata dall'assenza o dal difetto di requisiti non essenziali o non costitutivi. Successivamente venne sostenuto il criterio qualitativo: la differenza era dovuta alla diversità della natura degli interessi tutelati, la nullità era la patologia evidenziata dal legislatore con riferimento a quelle situazioni incidenti negativamente su un interesse generale, pubblico, della collettività; l'annullamento, invece, era la patologia prevista dal legislatore con riguardo a quelle situazioni incidenti negativamente su un interesse particolare, privato, del singolo contraente.

L'opinione un tempo pressoché pacifica, ricostruita tra gli altri da R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1995, p. 870 ss., assumeva l'unitarietà del fondamento della nullità, ravvisato sempre e solo nell'esigenza di tutela del pubblico interesse, contrapposto ed astratto rispetto a quello individuale dei contraenti, e corollario di tale considerazione era *in primis* che la nullità operava indipendentemente dalla reazione della parte lesa con la conseguenza della possibilità di rilevarla d'ufficio, con legittimazione cioè assoluta e non relativa, all'opposto il contratto era annullabile solo su iniziativa di parte e non d'ufficio e la legittimazione era riservata alla parte che avesse subito il vizio della volontà. Nel rigore di quella rappresentazione concettuale non vi era spazio per riconoscere rilievo formale alla peculiare *ratio* normativa di nullità poste a speciale tutela di un contraente.

tratto e di chi, invece, lo vuol mantenere, sono da valutare in modo diverso in certe situazioni (quelle che si considerano come ipotesi di nullità) e in certe altre (quelle che considera come ipotesi di annullabilità)⁽¹⁴⁾. Le caratteristiche dei due meccanismi (delle azioni, cioè, e dei loro effetti) rifletteranno quindi una diversa valutazione degli interessi in gioco, che dipende, a sua volta, da come il legislatore considera i vari difetti dell'atto.

La vecchia concezione unitaria dell'invalidità come categoria giuridica omogenea e della sua articolazione in due diverse e distinte ipotesi applicative a seconda della maggiore o minore gravità (rispettivamente nullità ed annullabilità) appare tuttavia inidonea a fornire interpretazioni coerenti⁽¹⁵⁾, anche dal punto di vista sistematico, alle (nuove⁽¹⁶⁾) ipotesi di nullità c.d. speciali⁽¹⁷⁾.

(14) P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*⁴, Padova, 2009, p. 654 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*², Roma, 2010, p. 770 ss.

(15) Secondo la civilistica tradizionale, infatti, le cd. nullità speciali non potrebbero, a rigore, essere considerate ipotesi di nullità né, tantomeno, di annullabilità. In tal senso, d'altronde, si spiega il generale disfavore che la dottrina tradizionale riserva a tale fattispecie.

Il concetto di nullità contenuto nel codice si fonda, poi, sulla tradizionale distinzione tra nullità assoluta e relativa: la prima richiamerebbe una fattispecie caratterizzata da un vizio particolarmente grave, la seconda opererebbe nell'ipotesi di atti relativamente invalidi, operandosi una distinzione sulla base della natura dell'interesse protetto, dei soggetti nei cui confronti la nullità opera, della possibile sanatoria della nullità, nonché dei soggetti legittimati ad esperire la relativa azione. Oggi si ammette che l'unica differenza di valore tra nullità assoluta e nullità relativa risieda nella minore ampiezza della cerchia dei legittimati attivi all'azione di nullità, in quanto per l'attuale dogmatica la figura della nullità relativa viene richiamata fondamentalmente come una tipologia d'invalidità negoziale caratterizzata dal fatto che la legittimazione a farla valere è limitata a priori dalla legge; ma, dalla lettura di alcuni scritti dedicati all'argomento, *ex multis*, L. PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967, così come ricordato da A. ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all'azione e rilevanza d'ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 691 ss., emerge che fino a tempi non molto lontani non vi era concordia sul concetto di nullità relativa, tanto che con questo nome si finiva per indicare in generale tutti i casi in cui per un motivo o per l'altro il legislatore aveva previsto delle deviazioni al regime della nullità codicistica.

(16) Per E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*², diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, II, Torino, 2006, p. 1547 ss., si trovano esempi di nullità speciali e nullità di protezione in particolare, anche nel codice, secondo l'Autore, infatti, la saggezza dei redattori del codice del 1942 aveva messo in chiaro nell'art. 1421 che legittimazione assoluta e rilevanza d'ufficio sono tratti normali, non necessari, della nullità, ed aveva limitato normalmente alla singola clausola o parte *contra jus* l'effetto chirurgico dell'accertamento giudiziale. Per quest'impostazione positiva si rinvia anche a C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese, Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss., ed a V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 639 ss.

(17) E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*¹, I, 1999, p. 1279 ss. L'Autore distingue tali nullità esterne

Negli ultimi anni, il legislatore ha ripetutamente sanzionato con la nullità fattispecie in cui si ravvisa la lesione di interessi individuali e particolari, relativi alla posizione di contraenti che si trovano in una situazione di fisiologica debolezza rispetto alla controparte e, dunque, in presenza di asimmetria economica e contrattuale. In queste circostanze, lo strumento dell'annullabilità non è più stato ritenuto sufficiente per tutelare l'interesse del singolo.

Al giudice viene, infatti, attribuito un potere di controllo sull'equilibrio dell'accordo, che va ben al di là delle tradizionali ipotesi codicistiche, connotate invece dallo stato di patologia congiunturale in cui viene concluso il negozio. A tale potere di controllo si affiancano il proliferare di nuove figure di nullità, definite di volta in volta dalla dottrina protettive, relative⁽¹⁸⁾, speciali, in quanto caratterizzate da una disciplina giuridica in cui è possibile riscontrare profili, come la legittimazione riservata o ristretta ad agire, che rinviano all'annullabilità e profili, come la rilevabilità d'ufficio, che, invece, rinviano alla nullità classica.

L'art. 1421 c.c., nel codificare la norma generale sulla legittimazione assoluta ad agire in nullità, fa salve le eventuali diverse disposizioni di legge, così ammettendone di fatto la possibile deroga. In questo contesto sembrerebbero porsi le cd. nullità relative che possono essere rilevate non da chiunque vi abbia interesse ma da una ristretta categoria di soggetti protetti. Ma, mentre fino all'ultimo ventennio, previsioni normative in questo senso potevano essere ancora reputate come eccezionali anomalie del sistema, negli ultimi tempi, si è invece affermato il principio di segno opposto, dal momento che le nullità di protezione sono tutte a legittimazione relativa, collocandosi, dunque, sul piano disciplinare, a metà strada tra la nullità e l'annullabilità⁽¹⁹⁾.

al codice in due indirizzi legislativi: una prima categoria è quella delle nullità contrattuali, a volte testuali, a volte virtuali, comminate per fini di difesa della concorrenza e del mercato, un'altra serie di ipotesi viene invece riassunta nella formula delle cd. nullità di protezione. Problemi dogmatici e tecnici provengono proprio da quest'ultime.

(18) La nullità di protezione è una *species* particolarmente importante del più ampio *genus* della nullità relativa: si tratta di una nullità caratterizzata dalla coesistenza della legittimazione ristretta, potendo essere fatta valere dal solo soggetto nel cui interesse è prevista, e della rilevabilità d'ufficio subordinata alla verifica dell'utilità pratica che ne potrebbe derivare al soggetto protetto. A parte questo, però, le varie nullità che potremmo riportare alla nozione di nullità di protezione non hanno molto in comune. A volte sono di carattere solo strutturale, come le nullità dei contratti bancari e finanziari, a volte richiedono invece presupposti fattuali di tipo funzionale, come il non aver negoziato cui è subordinata la nullità delle clausole vessatorie del consumatore o la dipendenza economica cui è legata la nullità dei contratti tra imprese.

(19) L'opinione di S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1029 ss., è che ad oggi permangano differenze tra l'annullabilità e la nullità

Una tale limitazione della legittimazione attiva sembrerebbe, però, mal conciliarsi con i meccanismi della nullità tradizionalmente intesa specie ove si consideri che è in ogni caso riservata al giudice la rilevanza d'ufficio⁽²⁰⁾. E così, il problema della collocazione sistematica della nullità relativa ha assunto un ruolo decisivo con specifico riferimento proprio alle nuove nullità (relative) di protezione, che ricorrono in quelle ipotesi in cui la nullità è comminata per l'inosservanza di norme poste a tutela del contraente che versi secondo la legge in condizione di debolezza rispetto alla controparte contrattuale.

Queste nullità sono, inoltre, casi di nullità parziale, essendo il contratto affetto da nullità esclusivamente nella parte che è in sé contraria a norma imperativa, ponendosi così in un'ottica conservativa del con-

anche se tanto l'una quanto l'altra patologia possono essere caratterizzate dalla riserva di legittimazione a soggetti determinati e dalla conseguente vincolatività *ex uno latere* delle regole divise; tali differenze sarebbero correlate alla diversa patologia di squilibrio presa in considerazione. Nelle fattispecie tipiche di riferimento l'annullabilità non presuppone la debolezza sottesa alle nullità di protezione, ma si collega ad una perturbazione del volere dovuta all'intervento di fattori occasionali e contingenti, in assenza dei quali le parti avrebbero negoziato in posizione paritaria, pertanto, una volta rimossa la causa dello squilibrio con il riacquisto della capacità, la cessazione della violenza o la scoperta del vizio, lo statuto della patologia rimette alla disponibilità dell'interessato l'operare della tutela, essendo escluso ogni potere del giudice di rilevare d'ufficio l'annullabilità del negozio. Così l'ordinamento offrirebbe al contraente la possibilità di riconsiderare la convenienza dell'affare attribuendogli il potere di convalida e, al tempo stesso, responsabilizzandolo attraverso l'onere di esperire l'azione entro il termine di prescrizione quinquennale. Assai diversa sarebbe la matrice dello squilibrio che fa da sfondo alle nullità di protezione. Uno squilibrio non occasionale, ma strutturale, causato da meccanismi distorsivi che, nei fatti, attribuiscono a uno dei contraenti la forza di dettare le regole dello scambio, ora predisponendole unilateralmente, come accade nelle negoziazioni fra professionisti e consumatori, ora facendo valere, in sede di trattative, la posizione preminente acquisita sul mercato (come nella fattispecie dell'abuso di dipendenza economica). In quanto causata da fattori immanenti e non contingenti, questa forma di squilibrio non viene meno con la medesima facilità con la quale può essere rimossa la causa d'annullabilità del negozio: essa, per esempio, è suscettibile di proiettarsi dal terreno sostanziale a quello processuale, legittimando il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità relativa allorché la parte debole, spesso difesa approssimativamente in ragione degli scarsi mezzi economici che è in grado di impiegare nella vicenda giudiziaria, non abbia valutato appieno le possibilità di tutela offerte dal sistema.

Dello stesso giudizio sono C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 836 ss., e R. TOMMASINI, *Introduzione. L'azione di annullamento e i suoi presupposti*, in R. TOMMASINI e E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento. Artt. 1441-1446*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2009, p. 25 ss.

(20) M. IACONO, *Rilevanza d'ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 37 ss.

tratto⁽²¹⁾, al fine di preservare l' idoneità dell'atto a produrre effetti. La possibilità di conservare il contratto appare, concretamente, una soluzione razionale e maggiormente rispondente alla finalità di tutela degli interessi dei consumatori. L'intento protettivo a favore del contraente-consumatore si realizza con l'ausilio di strumenti che tendono ad assicurare il mantenimento del contratto piuttosto che la sua demolizione, sempreché il nuovo assetto risponda all'interesse della parte cui si dirige la protezione⁽²²⁾.

La nullità di protezione opera quindi come strumento correttivo dell'assetto contrattuale squilibrato, determinato dalla predisposizione unilaterale di clausole vessatorie, tali da pregiudicare l'interesse del consumatore⁽²³⁾.

Le nuove nullità rispondono, allora, ad opzioni di natura propriamente politica (e pertanto sono necessariamente variegata e multiformi) perché costituiscono lo strumento attraverso il quale il legislatore persegue obiettivi di politica legislativa.

La *ratio* di tali nullità si rinviene, secondo la dottrina maggioritaria, nell'introduzione di un nuovo concetto di ordine pubblico e, quindi, di norma imperativa inderogabile. Un ordine pubblico di protezione⁽²⁴⁾, perché ci sono norme di ordine pubblico che non tutelano un interesse generale della collettività ma che, al contrario, tutelano solo alcuni soggetti giuridici in quanto appartenenti a ceti o a gruppi sociali, caratterizzati da una situazione di particolare debolezza e vulnerabilità e che, conseguentemente, necessitano di una specifica protezione da parte del

(21) M. PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss.; ID., *La regola ermeneutica di conservazione nei Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 272 ss.

(22) M. MANTOVANI, *Le nullità ed il contratto nullo*⁴, in *Tratt. Roppo, Rimedi*, I, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 12 ss.

(23) A. NATUCCI, *Invalidità di protezione e nullità delle clausole vessatorie alla luce dei principi costituzionali (italiani ed europei)*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica e G. Alpa, in *Collana per i 50 anni della Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 227.

(24) V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 277 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 57 ss.; V. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 29 ss.; S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata nel mercato interno. Le regole. L'informazione come strumento*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 257 ss.; G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 313 ss.; G. PASSAGNOLI, *Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 543 ss.; G. VETTORI, *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005.

legislatore⁽²⁵⁾. Ne consegue che se ci sono delle norme di ordine pubblico poste a tutela degli interessi particolari di alcuni gruppi sociali che sono identificati dal legislatore sulla base di una valutazione discrezionale, legittimati a far valere l'eventuale violazione della norma imperativa sono esclusivamente i soggetti da questa protetti e che, analogamente, anche la rilevabilità d'ufficio è preordinata alla tutela degli stessi interessi essendo subordinata al vantaggio che dalla rilevazione ricaverebbe il contraente cd. debole.

L'introduzione nel sistema delle cd. nullità di protezione, testimonia in modo tangibile la crisi della distinzione fra pubblico e privato nella cura degli interessi sottesi alle patologie negoziali⁽²⁶⁾. La complessità delle nullità protettive è, difatti, irriducibile alla dicotomia pubblico-privato⁽²⁷⁾: «si tratta di patologie tese ad attuare un interesse riferibile al mercato inteso non quale astrazione, ma sintesi delle legittime aspettative degli operatori che quotidianamente ne sono protagonisti (consumatori, utenti, imprese), un interesse destinato ad intrecciarsi inestricabilmente con quello che, a livello macroeconomico, muove il singolo contraente ad invocare la caduta o il riequilibrio della regola contrastante con la comminatoria»⁽²⁸⁾.

La natura pubblica o privata dell'interesse, quindi, non costituisce più una sicura linea di distinzione fra nullità e annullabilità, poiché l'inte-

(25) A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit., p. 90 ss.

(26) «La nullità di protezione è la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, in cui interagiscono fra loro l'interesse del privato e l'interesse generale», si esprime in questi termini A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2013. In precedenza, S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1022 ss. secondo il quale, la disciplina delle relazioni interindividuali è chiamata oggi a confrontarsi con una rinnovata nozione di interesse pubblico, non più identificato con l'interesse superiore dello Stato o dei gruppi intermedi in quanto tali, oppure con un interesse più importante di quello privato, si tratta piuttosto di un interesse che deve essere soddisfatto affinché altri interessi individuali siano a loro volta soddisfatti. Altrettanto rilevante appare, nel processo in analisi condotto dal Polidori, l'apporto del diritto comunitario, autorevolmente valorizzato nella prospettiva che sottolinea come l'interesse pubblico sia soprattutto rivolto all'introduzione ed alla garanzia del libero competere fra le imprese. Muovendo dalla negazione di qualsiasi carattere di neutralità rispetto al diritto che il mercato tenda ad arrogarsi, egli evidenzia segnatamente che proprio il corretto funzionamento dell'economia necessita di precise determinazioni normative.

(27) G. PASSAGNOLI, *Codice del Consumo*, commentario a cura di G. Vettori, artt. 36-38, Padova, 2007, p. 223 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011, p. 33 ss. e p. 62; L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, p. 10 ss.; e N. IRTI, *I cinquant'anni del Codice Civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 227 ss., 233; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 241 ss.

(28) A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contratti*, 2006, p. 170.

resse pubblico può trovare gravidanza nell'interesse individuale (di uno o più individui) cui l'ordinamento, alla luce della gerarchia di valori ad esso immanente, attribuisce in un determinato contesto, prevalenza su un altro interesse individuale. Va, piuttosto, riconosciuto che in molti casi di nullità, è proprio l'ordine pubblico (l'interesse pubblico all'efficienza e giustizia degli scambi) che richiede la protezione dell'interesse privato (e per questo si ha nullità)⁽²⁹⁾. Così, nelle nullità di protezione sono contemporaneamente presenti la tutela del singolo e la direzione del mercato, l'obiettivo perseguito è quello all'efficienza ed alla giustizia del contratto⁽³⁰⁾.

Attraverso l'apparente superamento delle differenze tradizionali tra nullità ed annullabilità, si giunge al punto di affermare che, attualmente, la categoria delle nullità di protezione è testimone evidente della cd. frantumazione della nullità, a vale a dire di come non esista più una nullità intesa come vizio originario del contratto, che possa essere fatto valere da tutti e che possa essere sempre rilevato d'ufficio da parte del giudice. Al contrario, si deve ritenere che esista una variegata tipologia di figure di nullità del contratto nell'ambito delle quali rientrano sia le nullità assolute che, poste a tutela degli interessi inderogabili dell'ordinamento, possono essere rilevate dalle parti e dai terzi interessati oltre che, d'ufficio, dal giudice; sia le altre nullità a legittimazione ristretta che, poste a tutela di alcuni ceti sociali e/o di soggetti spesso determinati per *status*, possono essere rilevate solo da questi con il conseguente temperamento della rilevabilità d'ufficio⁽³¹⁾.

L'ulteriore conseguenza è che la ricerca di una qualche forma di razionalità del vigente sistema civile dell'invalidità contrattuale, presuppone il riconoscimento di una moderna concezione della nullità intesa, cioè, in senso funzionale e finalistico⁽³²⁾, con l'abbandono della ricostruzione cd. strutturalistica inidonea a cogliere adeguatamente l'elasticità che lo strumento della nullità presenta, perché troppo legata all'identità strutturale del modello generale di nullità, connotato dai caratteri della inefficacia, insanabilità, imprescrittibilità, assolutezza e rilevabilità

(29) Questo hanno fatto chiaramente intendere le pronunce della Corte Eur. Giust., 4.6.2009 C-241/08 n. 31 e 6.10.2009 C-40/08 n. 30 e 52.

(30) S. POLIDORI, *Disciplina della nullità ed interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 114 ss.; G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 861 ss.

(31) M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, pp. 1 ss. e 322 ss.

(32) Il rapporto tra le nuove nullità e quelle codicistiche è acutamente indagato da A. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. M. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 31 ss. e p. 127-135.

d'ufficio. La nullità deve essere intesa quale strumento caratterizzato dalla sua funzione, non già per la sua struttura che si scompone e si ricompone in vario modo per adeguarsi al contesto assiologico nel quale è chiamato ad operare.

Per salvare l'unitarietà della categoria, come la recente dottrina insegna, è necessario, quindi, individuare quale dei caratteri della nullità possa considerarsi indefettibile e sufficiente a identificarsi con la stessa al fine di costituire il comune denominatore di tutte le varie ipotesi di nullità⁽³³⁾. Si conviene che tale carattere debba essere ravvisato nella contrarietà alle norme imperative e nell'imprescrittibilità.

L'approccio funzionale del diritto guarda, infatti, al profilo assiologico-sostanziale della norma giuridica, facendo emergere il ruolo assegnato alla nullità nel processo di attuazione degli interessi e così il principio di cd. adattabilità dell'effetto all'atto, in ragione del quale «ogni norma di legge contiene oltre il suo rigido modello formale un criterio sostanziale più elastico di orientamento dell'efficacia e che nei limiti volta per volta più o meno ampi in cui è consentito lo scarto del criterio sostanziale dal modello formale l'effetto deve potersi adattare alle variazioni della fattispecie»⁽³⁴⁾. Cosicché, la nullità si configura come una qualificazione negativa dell'interesse programmato a causa della rilevata non conformità ai valori del sistema che costituiscono i valori preminenti della collettività e, in conclusione, integra uno strumento di controllo sull'esercizio dell'autonomia contrattuale. E, nello specifico, la nullità protettiva è strumento atto a garantire l'obiettivo perseguito dall'ordinamento attraverso la disciplina dell'esercizio dell'autonomia privata, in tutte le situazioni in cui la minorità o debolezza di una delle parti rischia di avallare abusi che inevitabilmente riversano in un programma contrattuale squilibrato, promuovendo ed indirizzandone l'esito verso programmazioni che, essendo ponderate e coerenti, siano funzionali ed efficienti rispetto agli interessi che emergono dalla situazione-operazione complessiva della quale il negozio è espressione.

Tutto quanto sopra spiega perché la legittimazione all'azione per tali ipotesi di nullità è riservata sia alla parte nel cui interesse la nullità opera, sia al giudice, al fine di assicurare una tutela in stretta aderenza e conformità alla *ratio* della protezione. Infatti, proprio la nullità parziale assurge a rimedio in grado di realizzare un assetto contrattuale più equo.

Ciononostante, la nullità di protezione e il regime della rilevabilità

(33) A tal proposito, di grande interesse è lo studio condotto da A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit.

(34) Teorizza tale principio A. FALZEA, *Efficacia giuridica (voce)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano-Roma, 1965, p. 457.

d'ufficio⁽³⁵⁾ pongono alcune questioni, che nel prosieguo affronteremo, sulla loro riconciliabilità sia rispetto al profilo della legittimazione relativa, sia in ordine alla disciplina della nullità, che si configura come elemento costitutivo della domanda ed opera come limite alla pronuncia del giudice.

2. La rilevabilità d'ufficio

Individuata l'unica differenza di valore tra nullità assoluta e nullità relativa nella minore ampiezza della cerchia dei legittimati attivi all'azione di nullità, si ripropone con forza la questione della rilevabilità d'ufficio della nullità relativa, ovvero come possano convivere due regole che sembrerebbero doversi elidere a vicenda, in quanto ispirate a principi opposti in ordine alla disponibilità del rimedio⁽³⁶⁾.

Il fondamento dogmatico della rilevabilità d'ufficio risiede, secondo la dottrina classica, nell'esigenza di eliminare un atto idoneo a suscitare affidamenti precari, impedendo la formazione di giudicati sulla validità del contratto nullo. Pertanto, tale regola verrebbe a perdere la propria *ratio essendi* nelle ipotesi in cui la nullità assume natura relativa.

Oggi, invece, la dottrina prevalente ritiene che sussista uno stretto legame tra il fondamento sostanziale della comminatoria di nullità, individuato nella lesione di un interesse generale ed il potere del giudice di rilevarne la causa indipendentemente da una richiesta delle parti in tal senso: alla legge preme garantire, in vista di un interesse generale, il rispetto della norma imperativa. Non essendo estraneo alla nullità di protezione il perseguimento di obiettivi che trascendono la tutela della parte debole del rapporto contrattuale, avendo tale forma di nullità anche l'obiettivo di tutelare un interesse di natura generale rappresentato dal processo di creazione e sviluppo del mercato, la soluzione coerente con il sistema resta quella di ammettere la rilevabilità d'ufficio di una nullità che, benché primariamente ispirata alla finalità di protezione di una parte, soddisfa comunque un interesse a carattere pubblico.

(35) A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, Torino, 2005, p. 404 ss.; v. pure G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione*, cit., p. 743, secondo cui, nella prospettazione teorica della nullità è diffusa l'idea che la relatività della legittimazione a far valere la nullità debba comportare, se non l'esclusione, quanto meno una limitazione all'operare della rilevabilità d'ufficio del vizio.

(36) A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 204.

Può dunque dirsi ormai giunto a compimento quel processo di «soggettivizzazione strisciante del rimedio della nullità» all'interno del quale «sempre più spesso incidono la posizione e gli interessi soggettivi della parte o delle parti coinvolte nel negozio stesso»⁽³⁷⁾. Questa prospettiva si incentra, dunque, sull'analisi degli interessi particolari e di riflesso generali che la previsione di una nullità relativa di protezione è in grado di soddisfare, e ciò nel senso che «talvolta la migliore realizzazione di interessi fondamentali, quali sono nella interpretazione classica quelli tutelati dalla nullità, può essere affidata all'intervento di determinati soggetti che di quegli interessi sono nella fattispecie data gli occasionali depositari»⁽³⁸⁾. Questo argomento è, così, in grado di provare che anche queste nuove fattispecie si pongono, come la nullità tradizionale, a garanzia di valori fondamentali dell'ordinamento, con la particolarità che nel caso specifico è più corretto parlare di interessi “di serie o di massa” dei quali “la parte è portatrice in forza di una propria condizione oggettiva”⁽³⁹⁾; ove la parte si identifica, di volta in volta, con la figura tipo del consumatore, del cliente, dell'imprenditore che versa in uno stato di dipendenza economica rispetto al diretto interlocutore o comunque del contraente istituzionalmente debole. Siamo, in altre parole, in presenza di interessi meta individuali che vanno al di là di quello che fa capo al contraente legittimato e che sono sussumibili nell'interesse generale dell'ordinamento al corretto funzionamento del mercato⁽⁴⁰⁾.

Chiara in questo senso è l'intenzione legislativa: se la nullità è disposta a protezione del contraente istituzionalmente debole, sia pure nella veste di esponente di una categoria protetta, va da sé che quest'ultimo sia il solo depositario e insieme arbitro del potere di azionare il rimedio.

Alcuni hanno osservato come il potere officioso del giudice, a fronte dell'inerzia del consumatore, possa avere come conseguenza una sostanziale vanificazione della previsione limitativa dell'assolutezza della legittimazione all'azione. In altri termini, il consumatore che intenda avvalersi della clausola nulla, potrebbe di fatto vedere frustrato il suo interesse proprio a seguito della nullità officiosamente dichiarata dal

(37) V. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 489.

(38) R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano-Roma, 1978, p. 896 ss.

(39) V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2011, p. 842.

(40) «L'ibridazione delle tecniche di tutela potrebbe, allora, spiegarsi in considerazione della natura mista e composita degli interessi tutelati, riferibili al singolo contraente e, insieme, al mercato», G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 51.

giudice⁽⁴¹⁾. Ciò, peraltro, solo se la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità venisse applicata rigidamente e indipendentemente da ogni valutazione legata alla concretezza del caso⁽⁴²⁾. È noto, infatti, che la regola dell'art. 1421 c.c. deve essere letta anche alla luce di quanto prescrive il codice di procedura civile, per cui la nullità dovrà essere rilevata solo se risulti dagli atti acquisiti in giudizio (115 c.p.c.) e senza violare il principio della domanda (99 c.p.c.) e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (112 c.p.c.). In quest'ottica il giudice deve conformare il suo intervento officioso all'effettivo e concreto interesse del consumatore. Ragion per cui è suo onere stimolare il contraddittorio tra le parti sulle questioni rilevabili d'ufficio e provvedere alla dichiarazione di nullità soltanto se dalla nullità il contraente debole non subisca alcun pregiudizio e, in ogni caso, sempre che egli stesso abbia sollevato l'eccezione.

Secondo questa prospettiva, il giudice, in presenza di una nullità di protezione, non può rilevarla nel caso in cui il soggetto legittimato ad agire abbia espressamente o tacitamente dichiarato di convalidare il contratto o la clausola nulli⁽⁴³⁾, e questo risulti agli atti del giudizio e provato.

In definitiva, la nullità di protezione non comporterebbe alcuna deroga alla regola dell'art. 1421 c.c., in tema di rilevabilità d'ufficio, essa infatti è una nullità a tutti gli effetti che, finché sussiste, può essere rilevata officiosamente senza alcun limite⁽⁴⁴⁾. Nell'ottica delineata, si percepisce un legame sostanziale tra la comminatoria di nullità, individuata nella violazione da parte del professionista dei diritti del consumatore, e la rilevabilità officiosa, come espressione di un interesse generale al corretto ed equilibrato funzionamento del mercato e delle sue regole⁽⁴⁵⁾.

(41) S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 686 ss.; M. IACONO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore dei consumatori*, cit., p. 33; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, IV, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 86 ss.

(42) S. NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 169 ss.

(43) G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 744 ss; G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 899.

(44) In questi termini G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione*, cit., p. 473; M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 69, la quale riporta la decisione della Corte di Giustizia CE del 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, che ha stabilito che il giudice nazionale non debba applicare la clausola abusiva, salvo che il consumatore vi si opponga.

(45) V. ZENO-ZENCOVICH e M.C. PAGLIETTI, *Verso un "diritto processuale dei consumatori?"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 222 ss.

3. La rilevabilità d'ufficio nella giurisprudenza della Corte Europea di giustizia

La soluzione delle questioni finora trattate secondo lo sguardo della dottrina interna, ha visto un'evoluzione sempre più significativa ad opera della Corte Europea di Giustizia, che si è espressa attraverso una serie di pronunce sollecitate da vicende applicative della normativa in materia di clausole abusive nei contratti dei consumatori. Tali sentenze delineano, pur con diversità di accenti, la posizione assunta dai giudici della Corte, che guardano al grado di effettività di tutela giurisdizionale per il consumatore ed ai livelli ottimali di concorrenzialità del mercato comune. Al centro di queste si pone l'affermazione che l'obiettivo di una tutela effettiva che le norme comunitarie hanno voluto conferire ai consumatori non può essere conseguita se non attraverso l'intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto; così, quale rimedio successivo, nell'ambito di un giudizio avviato tra le parti di un determinato rapporto contrattuale, la Corte indica l'intervento riequilibratore del giudice.

Il primo punto fermo in materia è stato fissato dalla Corte di Giustizia europea nella sentenza *Oceano Grupo Editorial*⁽⁴⁶⁾, che ha asseverato l'interpretazione dell'art. 6, par. 1, dir. 93/13 CEE sulle clausole abusive⁽⁴⁷⁾, secondo la quale «il giudice (anche in assenza di espressa previsione normativa) nell'esaminare l'ammissibilità di un'istanza propositagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto per cui è causa», rilevando che «il sistema di tutela istituito dalla direttiva si basa sull'idea che la disuguaglianza tra il consumatore e il professionista, per quanto riguarda sia il potere nelle trattative, sia il grado di informazione,

(46) C. Giust. CE, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 C-244/98, *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Racc.*, I, 4941, relativa a ricorsi per il pagamento di somme dovute in esecuzione di contratti di vendita a rate di enciclopedie, promossi dai creditori sulla base di una clausola di elezione del foro di questi ultimi ritenuta vessatoria, e che avevano condotto a pronunce dei tribunali nazionali spagnoli contraddittorie quanto alla possibilità di rilevare d'ufficio la nullità delle clausole abusive nell'ambito di procedimenti relativi alla tutela degli interessi dei consumatori. Il *Juzgado de Primera Instancia* n. 35 di Barcellona, ritenendo che la soluzione delle controversie richiedesse un'interpretazione della direttiva, decideva di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se la tutela assicurata al consumatore dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, consenta al giudice nazionale di pronunciarsi *ex officio* sul carattere abusivo di una di dette clausole in sede di valutazione dell'ammissibilità di un'istanza proposta dinanzi ai giudici ordinari».

(47) Clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale»⁽⁴⁸⁾.

Al riguardo, ancor più chiare, sono le conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia europea, relative alle medesime cause riunite nella sentenza *Oceano Grupo Editorial*, nella parte in cui escludono che debba essere attribuito un significato decisivo al comportamento processuale del consumatore: «il consumatore potrebbe non invocare il carattere abusivo della clausola per ignoranza, ovvero, perché ritiene troppo oneroso difendersi in giudizio. In tutti questi casi, l'obiettivo che la direttiva intende perseguire non sarebbe raggiunto, in quanto la clausola, pur manifestamente pregiudizievole nei confronti della parte debole del contratto, raggiungerebbe il suo scopo e sarebbe quindi messo irrimediabilmente a repentaglio l'effetto utile della direttiva». Per il contraente protetto il contratto o la clausola relativamente nulli non devono rappresentare un fardello giuridico più grave di quello che sarebbe un contratto affetto da nullità assoluta, a pena di giungere alla conseguenza paradossale che la nullità relativa, preordinata alla sua protezione, lo costringe ad assumere un'iniziativa processuale, con i costi connessi, per liberarsi dal vincolo obbligatorio.

Una volta stabilito da *Oceano Grupo Editorial* che il giudice nazionale ha il potere di rilevare d'ufficio le nullità di protezione, si trattava di individuare i limiti entro i quali il giudice, anche alla luce degli ordinamenti interni, potesse esercitare tale potere.

Con la coeva sentenza *Cofidis*⁽⁴⁹⁾, il giudice comunitario ha nuova-

(48) La normativa predispone a protezione del contraente debole un sistema di controlli di carattere sostanziale, volti ad impedire che eventuali condotte abusive tenute dal professionista o dall'imprenditore in sede di formazione del contratto incidano sul contenuto del medesimo dando luogo a sperequazioni.

(49) C. Giust. CE, 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis SA e Jean - Louis Fredout*, in *Racc.*, I, 10875, nella quale la Corte si è espressa su una questione di compatibilità con la Direttiva 93/13 CEE di una disposizione interna francese vietante al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore, l'abusività di una clausola contenuta in un contratto di apertura di credito, classificata quale operazione di credito al consumo, al quale il *Tribunal d'instance* di Vienne aveva ritenuto applicabile il termine di decadenza di due anni previsto dall'art. L. 311-37 del *code de la consommation*, che gli vietava di annullare le clausole di cui aveva accertato l'abusività. Il Tribunale *d'instance* di Vienne sottoponeva alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Premesso che la tutela offerta dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, garantisce a questi ultimi che il giudice nazionale, nell'applicare le disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive a detta direttiva, le interpreti nei limiti del possibile alla luce della lettera e della finalità di quest'ultima; se tale esigenza d'interpretazione conforme del sistema di protezione dei consumatori di cui alla direttiva impone al giudice nazionale, adito da un professionista per la condanna al pagamento di un consumatore con il quale ha stipulato un

mente espresso il proprio convincimento, affermando che la dir. 93/13/CEE «osta a una normativa interna che, in un'azione promossa da un professionista nei confronti di un consumatore e basata su un contratto stipulato tra loro, vieti al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare, d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore, il carattere abusivo di una clausola inserita nel suddetto contratto», poiché questo comporterebbe una ingiustificata diminuzione della tutela che la normativa comunitaria riserva al consumatore.

Più recentemente, con la sentenza *Mostaza Claro*⁽⁵⁰⁾, la Corte ha ribadito tali principi e, in particolare, ha stabilito che la direttiva comunitaria *de qua* «dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sulla impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale e annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo», confermando, così, che la facoltà di rilievo officioso riconosciuta al giudice nazionale, in nessun caso e per nessuna ragione può essere preclusa, in quanto necessaria per garantire al consumatore una tutela effettiva, tenuto conto del rischio non trascurabile che questi ignori i suoi diritti o incontri difficoltà nell'esercitarli.

Nella sentenza *Asturcom*⁽⁵¹⁾, la Corte va in profondità, stabilendo dap-

contratto, di non applicare una disposizione procedurale nazionale di natura eccezionale, come quella prevista dall'art. L. 311-37 del *code de la consommation*, nella misura in cui tale disposizione non consente al giudice nazionale di annullare, su domanda del consumatore o d'ufficio, le clausole abusive che vizino il contratto qualora quest'ultimo sia stato stipulato oltre due anni prima dell'instaurazione del giudizio e consente in tal modo al professionista di avvalersi in giudizio di dette clausole e di fondarvi la propria iniziativa giudiziaria».

(50) C. Giust. CE, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Racc.*, I, 10421, relativa alla validità di una clausola compromissoria, contenuta in un contratto di abbonamento alla telefonia mobile, la cui abusività non era stata contestata in sede di procedura arbitrale, che si era conclusa in senso sfavorevole al consumatore. Il giudice dell'impugnazione, riconosciuta la natura abusiva della clausola, sottoponeva alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se la tutela dei consumatori garantita dalla [direttiva 93/13/CEE] possa implicare che il giudice chiamato a pronunciarsi su un ricorso di annullamento di un lodo arbitrale rilevi la nullità del compromesso arbitrale ed annulli il lodo, ritenendo che il detto compromesso arbitrale contenga una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore, quando tale questione è fatta valere nel ricorso di annullamento ma non è stata addotta dal consumatore nell'ambito del procedimento arbitrale».

(51) Sentenza *Asturcom Telecomunicaciones* C. Giust. CE, 6.10.2009, causa C-40/08, in *Racc.*, 2009, p. I-9579, relativa ad una clausola compromissoria inserita in un contratto di abbonamento per la telefonia mobile la cui abusività non era stata sollevata in sede di procedura arbitrale, conclusasi con un lodo, divenuto definitivo, la cui esecuzione forzata era richiesta al giudice spagnolo, il quale constatava che la clausola compromissoria con-

prima che per effetto della potiorietà riconosciuta al diritto comunitario, ogni disposizione nazionale sulla rilevanza, quand'è questione di consumatore, va letta ed intesa non più come attributiva di un potere, bensì come un dovere, senza che il farsi questione di una direttiva di armonizzazione minimale possa assumere un qualche valore ostativo e, successivamente, affermando però che solo ove le norme procedurali interne contemplino la facoltà per il giudice di vagliare officiosamente la contrarietà della clausola compromissoria ai principi dell'ordine pubblico il giudice potrà procedere ad accertare l'abusività di una siffatta clausola ex art. 6 direttiva, e che egli è tenuto a valutare d'ufficio l'abusività di una siffatta clausola solo a partire dal momento in cui dispone degli elementi giuridici e fattuali necessari. Inizia a profilarsi in questo momento il problema del coordinamento della disciplina consumeristica con i principi del diritto processuale interno.

Su questa scia, con la sentenza *Pannon*⁽⁵²⁾, il giudice comunitario ha

tenuta nel contratto d'abbonamento aveva carattere abusivo. Tuttavia, il giudice del rinvio osservava anche che, da un lato, la legge non consentiva agli arbitri di rilevare d'ufficio la nullità delle clausole compromissorie abusive e, d'altro lato, che non era prevista a alcuna disposizione relativa alla valutazione del carattere abusivo delle clausole compromissorie ad opera del giudice competente a statuire su un ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo. In tali circostanze, nutrendo dubbi riguardo alla compatibilità della normativa nazionale con il diritto comunitario, in particolare per quanto riguarda le norme procedurali interne, il *Juzgado de Primera Instancia* n. 4 de Bilbao decideva di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se la tutela dei consumatori garantita dalla [direttiva 93/13] implichi che il giudice chiamato a pronunciarsi su una domanda di esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo, emesso in assenza del consumatore, rilevi d'ufficio la nullità della convenzione d'arbitrato e, di conseguenza, annulli il lodo, in quanto la detta convenzione arbitrale contiene una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore»

(52) C. Giust. CE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, in *Racc.*, I, 4812; S. MONTICELLI, *Il commento a Corte di Giust. CE*, sez. IV, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pres. Lenaerts, Rel. De Lapuerta - Pannon, GSM Zrt. C. Erzsebet Sustikné Györfi*, in *Contratti*, 2009, p. 1115 ss., avente ad oggetto un contratto d'abbonamento relativo alla fornitura di servizi di telefonia mobile, contenente una clausola attributiva di competenza non negoziata tra le due parti. Il giudice del rinvio chiariva che, ai sensi del codice di procedura civile, l'organo giurisdizionale della circoscrizione interessata rileva d'ufficio la questione della sua competenza territoriale. Tuttavia, non trattandosi in quel caso di una competenza esclusiva, esso non avrebbe potuto più rilevare l'incompetenza una volta che il convenuto avesse presentato un primo atto difensivo con deduzioni relative al merito della controversia senza eccepire l'incompetenza. Il giudice adito avrebbe potuto verificare l'esattezza dei fatti adottati al fine di determinare la propria competenza territoriale solo nell'eventualità che questi ultimi fossero stati contrari a fatti noti o a fatti che l'organo giurisdizionale conosceva d'ufficio. Ciò considerato, il *Budaörsi Városi Bíróság*, sottoponeva alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: «1) Se l'art. 6, n. 1, della direttiva [93/13], ai sensi del quale gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato da un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, possa essere interpretato nel senso che il fatto che il consumatore non sia vincolato da una

precisato 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. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non deve applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga». In base a quest'ultima pronuncia deve, dunque, escludersi che il giudice sia obbligato dalla direttiva a disapplicare la clausola solo nell'ipotesi in cui il consumatore, dopo essere stato debitamente informato in merito alla natura vessatoria della clausola e alle conseguenze che ne derivano in base al diritto nazionale, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante. Con tale pronuncia, la Corte ha in modo più esplicito chiarito gli effetti giuridici della clausola abusiva ed il meccanismo di impugnazione della medesima⁽⁵³⁾.

Per risolvere la questione sottoposta, la Corte rammenta che l'obbligo imposto agli Stati membri dall'art. 6, n. 1, della Direttiva mira ad accordare un diritto al cittadino, in qualità di consumatore e pertanto di soggetto presuntivamente debole, e che il risultato che la direttiva intende conseguire, quello cioè di rafforzare la tutela dei consumatori, non potrebbe essere conseguito se i consumatori fossero tenuti a eccepire essi stessi l'abusività di una clausola contrattuale. Il raggiungimento dello scopo è, infatti, indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità, in particolare per l'innalzamento del livello e della

clausola abusiva predisposta dal professionista non opera *ipso iure* ma, esclusivamente, nel presupposto che il consumatore impugni utilmente tale clausola abusiva mediante una specifica domanda in tal senso. 2) Se la tutela dei consumatori garantita dalla direttiva [93/13] imponga che il giudice nazionale - indipendentemente dalla natura del procedimento, sia esso o meno contraddittorio - anche senza una specifica domanda in tal senso, ossia senza un'impugnazione fondata sull'abusività della clausola, si pronunci d'ufficio sulla natura abusiva di una clausola contrattuale ad esso sottoposta e, in tal modo, verifichi d'ufficio, nel contesto dell'esame della sua competenza territoriale, le clausole stabilite dal professionista. 3) In caso di soluzione affermativa alla seconda questione, quali criteri debbano essere presi in considerazione e ponderati da parte del giudice del rinvio nell'ambito di tale esame».

(53) Tale pronuncia si iscrive in un filone giurisprudenziale coerente, orientato ad assicurare una protezione effettiva dei consumatori, facilitando, sul piano procedurale, l'accesso alla giustizia in caso di contenzioso. L'aspetto innovativo della pronuncia della Corte europea si fonda sul riconoscimento di un'obbligazione, posta a carico del giudice nazionale, di rilevare il carattere abusivo di una clausola contenuta in un contratto concluso da un consumatore. La Corte di Giustizia, nell'*iter* argomentativo della sentenza, pone a carico del giudice uno specifico dovere di rilevare l'eventuale abusività di una clausola contenuta in un contratto di consumo, andando ben oltre il dato normativo che attribuiva al giudice il potere di sindacare il contenuto di una clausola ritenuta abusiva. Le questioni sottese all'orientamento giurisprudenziale espresso dalla Corte di Giustizia in merito alla rilevanza officiosa di una clausola abusiva, pur in assenza di un'azione promossa dal consumatore, sembrano fugare ogni dubbio circa la qualificazione in termini di potere, e non di mera facoltà, del giudice nazionale, di applicare, *ex officio*, i diritti spettanti al consumatore, qualora questi si sia mostrato inerte sul piano processuale.

qualità della vita al suo interno. La Corte sottolinea, in proposito, che se si deve garantire tale facoltà al giudice nazionale, occorre escludere l'interpretazione dell'art. 6, n. 1, della direttiva nel senso che il consumatore non è vincolato da una clausola abusiva esclusivamente nel caso in cui egli abbia presentato una specifica domanda a riguardo, perché siffatta interpretazione escluderebbe, infatti, che il giudice nazionale, nell'ambito dell'esame della ricevibilità della domanda sottopostagli, possa valutare l'abusività di una clausola contrattuale d'ufficio e in assenza di un'esplicita richiesta del consumatore⁽⁵⁴⁾.

Relativamente agli effetti giuridici che devono essere connessi ad una clausola abusiva, la Corte ha precisato, nella sua sentenza 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, che l'importanza della tutela dei consumatori ha condotto il legislatore comunitario a stabilire, all'art. 6, n. 1, della direttiva, che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato tra un consumatore ed un professionista «non vincolano il consumatore». Essa ha sottolineato che si tratta di una norma imperativa che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse. Nella citata sentenza, la Corte ha osservato che la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori, giustificano che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, in tal modo ponendo un argine allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista.

Il giudice adito ha dunque il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva, di conseguenza il ruolo attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine⁽⁵⁵⁾. Se

(54) In dottrina, con particolare riferimento ai principi comunitari in tema di clausole abusive: M. EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/ Cee) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2007, p. 696 ss.; L. SALCE, *I principi delle clausole abusive nei contratti dei consumatori: interpretazione alla luce della dir. Ce 93/13*, in *P.Q.M.*, 2005, fasc. 1, p. 33 ss.; E. GRAZIOSO, *L'ultima giurisprudenza della Corte di Giustizia sul recepimento della direttiva 93/13/ Cee in materia di clausole abusive*, in *Dir. com. sc. int.*, 2002, p. 737 ss.; P. SIMONE, *Tutela del consumatore e rilevanza d'ufficio delle clausole abusive*, in *Contratti*, 2000, p. 943 ss.

(55) Il giudice è interdetto dal procedere a misure istruttorie fin quando: voglia porre

esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga⁽⁵⁶⁾.

La Corte di Giustizia, per la prima volta, sancisce testualmente l'obbligo per il giudice nazionale di pronunciarsi d'ufficio sull'eventuale natura abusiva di una clausola relativa ad un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore⁽⁵⁷⁾, anche se dalla pronunce precedenti era, bensì di un potere-dovere nel rilevare d'ufficio la nullità della pattuizione abusiva⁽⁵⁸⁾.

Ebbene, poiché nella pratica non è affatto detto che il consumatore dichiari espressamente, *sua sponte*, nei propri scritti difensivi, di non

a fondamento della propria decisione o un fatto rimasto estraneo al dibattito o una qualificazione di quel fatto, seppur dibattuto, differente ed originale; non sia dato registrare, a causa di un'oggettiva ambivalenza delle risultanze probatorie, un dubbio esemplare sulla vessatorietà della clausola predisposta. Se la Corte condiziona la rilevabilità al limite della facoltà del consumatore di opporsi, vuol significare che la questione della non vincolatività, stante l'ineludibile esigenza di rispettare il principio del contraddittorio, è rimessa all'allegazione o alla positiva verifica di un comportamento sanante; se è la condizione di inferiorità nella quale il consumatore versa a rendere obbligatoria la rilevabilità, va da sé che l'argomento non vale più allorché egli abbia maturato piena contezza di quali siano i rimedi opponibili. Il comportamento responsabilmente convalidativo del consumatore deve essere verificato giudizialmente in concreto, perché la nullità non è più soltanto giudizio di liceità ma criterio valutante la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti alla stregua dei valori di un ordinamento storicamente dato (art. 183, co. 4, e 101, co. 2, c.p.c.); il giudice non rileva la nullità della clausola abusiva ove abbia previamente accertato una responsabile volontà sanante. La nullità di protezione tutela sì l'interesse generale ad un mercato concorrenziale, ma questo interesse è frenato ogni qualvolta il suo inverarsi venga ad inficiare l'interesse privato che vi è sotteso. La convalida è il segno di un prolungamento del potere di autonomia, nel caso delle clausole vessatorie assume la veste di un riappropriarsi della libertà negoziale, attraverso un recupero *in executivis* della libertà di disconoscere oppure no una clausola non negoziata.

(56) La precisazione è opportuna e pienamente rispettosa dell'anima composita propria delle nullità di protezione: infatti, da una lato il qualificare l'esercizio dei poteri officiosi nel rilevare la nullità di un contratto o di una clausola di esso come un potere-dovere e non già una semplice facoltà del giudicante è congruente con l'interesse pubblico alla regolamentazione del mercato su cui si fonda la direttiva, nonché funzionale alla tutela effettiva di tale interesse (cd. effetto utile), dall'altro all'esercizio del potere-dovere in oggetto non è assoluto ed incondizionato, come nelle nullità cd. tradizionali, bensì trova un possibile limite, di tipo sostanziale, nel concorrente e prioritario interesse del consumatore a mantenere in vita la clausola abusiva. Da un punto di vista processuale, inoltre, la precisazione garantisce l'equilibrio del contraddittorio, consentendo ad entrambe le parti di affrontare il tema della nullità.

(57) M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 87 ss.; S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa secondo il canone delle Sezioni Unite: "eppur si muove"?*, *Cass. Civ., Sez. Un.*, 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, p. 874 ss.

(58) Capo 38 della nota a sentenza CGCE, 26 ottobre 2006, n. 168, *causa Mostaza Claro c/Centro Movil Milenium SL*, in *Riv. arb.* 2006, p. 673 ss., ed in *Foro it.*, 2007, p. 374 ss.

volersi avvalere del diritto ad impugnare la clausola vessatoria, sarà onere del giudicante, preliminarmente all'esercizio dei propri poteri d'ufficio, d'interpellare il consumatore per accertare se la mancata impugnativa della clausola costituisca il frutto di una scelta consapevole e non, piuttosto, di una carenza difensiva. Solo all'esito dell'interpello, ed in assenza di un'espressa dichiarazione del consumatore di non volere invocare la natura abusiva e non vincolante della clausola, il giudice nazionale dovrà dichiararne la nullità. Dunque, in definitiva, si tratta di un potere-dovere condizionato nell'esercizio anzitutto all'interpello del consumatore e, quindi, all'insussistenza di un'opposizione di questi. Nella ricorrenza di tale ultima ipotesi, il giudice non dovrà rilevare d'ufficio la nullità perché altrimenti tradirebbe lo spirito della legge privilegiando l'astratta tutela dell'interesse pubblico ai concreti e prioritari profili di protezione dell'interesse individuale del consumatore, che verrebbero addirittura sacrificati.

La procedimentalizzazione dell'esercizio dei poteri d'ufficio del giudicante, attraverso il preventivo necessario interpello del consumatore, li rende così pienamente funzionali e coerenti con l'obiettivo primario di tutela di questi che, da un lato, rimane arbitro del diritto a vedere caducata o meno la clausola abusiva, dall'altro si giova di quel ruolo attribuito al giudice di supplenza, proprio attraverso il potere-dovere conferitogli di rilevare d'ufficio la nullità, di una difesa che potrebbe essere carente non solo al momento della stipulazione del contratto ma, anche, nel processo⁽⁵⁹⁾.

Dalle parole della Corte si evince, in conclusione, che la nullità di protezione incorpora un controllo di meritevolezza funzionalizzato ai valori dell'equità, dell'equilibrio e della giustizia, ma che c'è rilevanza officiosa se e soltanto se il giudice può procedere ad una siffatta valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna e solo se si tratta di un potere/dovere officioso azionabile negli stretti limiti previsti dalle norme processuali vigenti nei singoli ordinamenti.

Tali precisazioni sono rafforzate dalla successiva sentenza *Eva Martín Martín*⁽⁶⁰⁾, nella quale la Corte ribadisce che un giudice nazionale ha il

(59) A. ORESTANO, *Rilevanza d'ufficio della vessatorietà della clausole*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1184 ss.

(60) Sent. 17 dicembre 2009 CGCE, causa C-227/08 *Eva Martín Martín* contro *EDP Editores SL*, relativa ad un contratto di acquisto di dischi e di un lettore dvd, concluso presso il domicilio del consumatore, il quale non era stato debitamente informato del suo diritto di revoca del consenso entro 7 giorni dal ricevimento della merce né delle condizioni e conseguenze dell'esercizio di tale diritto. Il consumatore non aveva mai fatto valere la nullità, né dinanzi al giudice di primo grado né con il ricorso in appello. Orbene, tenuto conto della circostanza che l'art. 4 della l. n. 26/1991 esige che fosse il consumatore a chiedere

potere dovere di rilevare d'ufficio la nullità di un contratto ancorché questa non sia mai stata opposta dal consumatore e che come limite opera la sola circostanza che il suddetto consumatore, debitamente interpellato dal giudice dichiararsi di non volersi avvalere di questa nullità, ed infine che il diritto comunitario non obbliga il giudicante nazionale a rilevare officiosamente l'infrazione a questa o quella direttiva consumeristica quando ciò possa importare un travalicare dei limiti della lite così come le parti li hanno definiti, oltretutto basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale ha posto a fondamento della propria domanda.

Come correttamente osservato già con riferimento alla sentenza *Pannon*⁽⁶¹⁾, ad oggi restano aperti alcuni interrogativi in merito ai poteri del giudice nazionale di rilevare la nullità. In particolare ci si è chiesti: 1) se il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità anche in caso di contumacia del consumatore; 2) se il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità nel caso in cui abbia interpellato il consumatore in merito alla possibilità di avvalersi della nullità di protezione disposta in suo favore, e il consumatore non si sia pronunciato; 3) se il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità nel caso in cui il consumatore abbia radicato la controversia in conformità della clausola abusiva che in ipotesi gli è sfavorevole.

Riguardo al punto 1) la dottrina più recente ha ritenuto che la contumacia non sia di per sé indice della volontà di non avvalersi della nullità e, pertanto, che il giudice sia libero di rilevare la nullità d'ufficio⁽⁶²⁾.

la dichiarazione di nullità del contratto concluso in violazione delle condizioni fissate all'art. 3 della stessa legge e che, nel diritto spagnolo, nei procedimenti civili di norma vige il cosiddetto principio «dispositivo», in forza del quale il giudice non può prendere in considerazione d'ufficio fatti, prove e domande non presentati dalle parti, l'*Audiencia Provincial de Salamanca* si chiede se, per potersi pronunciare sull'appello interposto avverso la decisione di primo grado, dovesse prendere in considerazione unicamente i motivi dedotti nell'ambito dell'opposizione e nel procedimento d'appello oppure se, invece, le disposizioni della direttiva consentissero di dichiarare d'ufficio l'eventuale nullità del contratto. In tale contesto l'*Audiencia Provincial de Salamanca* sottoponeva alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se l'art. 153 CE, letto in combinato disposto con gli artt. 3 CE e 95 CE, con l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GUL 364, pag. 1)], nonché con la [direttiva], e in particolare con l'art. 4 di quest'ultima, debba essere interpretato nel senso che consente al giudice investito del ricorso d'appello avverso la sentenza di primo grado di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto rientrante nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva, qualora risulti che tale nullità non è mai stata eccepita in alcun momento dal consumatore convenuto, né nell'ambito dell'opposizione al procedimento ingiuntivo, né in sede di udienza, né nel ricorso di appello».

(61) S. MILANESI, *Le pronunce Pannon ed Eva Martin Martin sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 801 ss.; P.F. PATTI, *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2011, p. 113 ss.

(62) L'interpretazione ora citata è stata accolta dalla decisione *Asturcom*. È, dunque,

Le questioni di cui ai punti 2) e 3), paiono invece più complesse. La dottrina più recente ammette che il comportamento processuale del consumatore rilevi nel senso di una rinuncia ad avvalersi della clausola; se dal punto di vista processuale l'opinione pare certamente corretta, oltre che condivisa dalla giurisprudenza interna, che ammette la possibilità di una rinuncia tacita ad avvalersi della nullità, resta tuttavia da capire se questo pensiero sia condiviso negli stessi termini dalla Corte di Giustizia, la quale richiede al giudice di non applicare la clausola nulla tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga, presupponendo così un intervento attivo al fine di evitare la declaratoria di nullità⁽⁶³⁾.

Ad ogni modo, sono presenti ancora ampie zone d'ombra. Le incertezze non riguardano tanto il contenuto del principio e le condizioni alle quali la sua applicazione è subordinata, ciò che resta ancora oggi imprecisato è se il principio della rilevabilità d'ufficio si imponga in quanto tale al giudice nazionale, indipendentemente da come l'ordinamento interno si attegga sul punto, ovvero se l'applicazione del principio sia subordinata alla verifica che l'ordinamento consenta o addirittura imponga che la violazione della direttiva sia rilevata dal giudice d'ufficio. La portata del principio sarebbe molto più ampia seguendo la prima opzione che seguendo la seconda.

4. La rilevabilità d'ufficio nel diritto interno

Le sentenze, che attestano l'intendimento del giudice comunitario di fare dell'obbligo di rilevare d'ufficio un fattore imprescindibile del sistema protettivo consumerista, come corollario dell'esigenza di ovviare alle distorsioni del mercato⁽⁶⁴⁾, esprimono principi che, pur nell'ambito

questa la ragione sottesa alla rilevabilità d'ufficio: l'ordinamento non può accettare un atto di consumo abusivo perpetrato a danno del consumatore e concretamente lesivo del suo interesse, non tanto o non solo perché parte debole del contratto da difendere, quanto perché consentendo l'abuso pregiudizievole verrebbe minacciata la correttezza dello scambio e, quindi, la stessa idea di libertà del mercato, che non consente di lasciare interamente la qualificazione di inefficacia nella disponibilità della parte contraente tutelata. La tutela effettiva del consumatore non può che passare anche attraverso l'intervento positivo e riequilibratore da parte del giudice.

(63) S. MILANESI, *Le pronunce Pannon ed Eva Martin Martin sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, cit., p. 810.

(64) Per un completo quadro degli istituti e del contesto di riferimento, si rinvia a S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettera da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, e a S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012.

della materia della tutela dei consumatori e delle nullità di protezione, paiono fare eccezione ad alcuni principi dell'ordinamento processuale interno⁽⁶⁵⁾, in particolare la Corte non chiarisce se l'applicazione d'ufficio delle direttive si imponga al giudice di per sé, cioè indipendentemente dal modo di essere del diritto interno⁽⁶⁶⁾.

Questa è la questione che ora si propone: la rilevabilità d'ufficio affermata nelle sentenze dovrebbe valere soltanto nei casi in cui tale potere già spetti al giudice in base alle norme interne d'attuazione delle direttive sui diritti dei consumatori ovvero sia ricavabile da norme interne di portata più ampia, applicabili anche alla materia coperta dalle direttive?

In alcune delle sentenze esaminate⁽⁶⁷⁾ la Corte ricorre allo strumento utilizzato dalla giurisprudenza per superare la mancanza di efficacia diretta orizzontale delle direttive, l'obbligo di interpretazione conforme, ricavato dal principio di leale collaborazione secondo cui i giudici, nell'applicare il proprio diritto nazionale, soprattutto se si tratta di norme adottate per l'attuazione di direttive, devono interpretarlo, quanto più possibile, conformemente alle esigenze del diritto dell'Unione.

Applicato alla questione della rilevabilità d'ufficio, l'obbligo di interpretazione conforme comporterebbe a carico del giudice l'obbligo di fare tutto il possibile, anche ricorrendo ai principi generali del proprio

(65) Sul principio di equivalenza, fondante uno dei filoni giurisprudenziali più significativi in funzione della produzione di pronunce pregiudiziali a rilevanza processuale negli ordinamenti processuali nazionali, G. RATTI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, p. 358 ss., che dedica attenzione alla questione della resistenza del giudicato civile nazionale nell'impatto con le asserite violazioni dell'ordinamento comunitario. Proprio la sentenza *Asturcom Telecomunicaciones*, sopra citata, ha escluso che il giudice spagnolo fosse tenuto a disattendere il giudicato già formatosi, a meno che non avesse accertato egli stesso di essere obbligato o quantomeno facultizzato a ciò dal sistema processuale del proprio ordinamento nazionale, facendosi così applicazione del c.d. principio di equivalenza nel trattamento processuale di analoghe posizioni di interesse sostanziale, indipendentemente dal loro sorgere negli ordinamenti nazionali o in quello comunitario. Argomentando al contrario, l'esigenza di affermazione del diritto comunitario sostanziale attraverso la rimozione di ostacoli processuali negli ordinamenti nazionali, ad esempio il superamento dei giudicati nazionali anti-comunitari quale immediato corollario della *primauté* dell'ordinamento comunitario su quelli nazionali, travolgerebbe fondamentali presidi di civiltà processuale, quali la certezza giuridica, confondendo inopportuno il piano delle riflessioni sull'istanza di effettività delle tutele con quello sul rapporto tra le fonti di produzione delle norme.

(66) L. DANIELE, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del Giudice nazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 683 ss.

(67) In questa logica si muove anche la sentenza *Oceano Grupo Editorial*, dove la Corte conclude che nell'applicare disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive a tale direttiva, il giudice nazionale deve interpretarle quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della stessa.

ordinamento, per leggere nelle norme interne la possibilità o persino l'obbligo di rilevare d'ufficio la violazione delle direttive a tutela dei consumatori, dal momento che ciò gli è richiesto dalle stesse direttive.

Ma, esistono casi in cui tale obbligo di interpretazione conforme non trova applicazione, esso vale, infatti, nei limiti del possibile e cessa quando l'interpretazione conforme porterebbe ad un'interpretazione *contra legem* delle norme interne. In tale contesto, è al giudice nazionale che, in ultima istanza, spetta valutare fin dove si può arrivare.

Tutto ciò spiega come mai nelle sentenze più recenti in cui si è posto il problema della rilevabilità d'ufficio, la Corte abbia ommesso ogni riferimento all'obbligo di interpretazione conforme, ed abbia percorso una strada più sicura: valorizzando la natura procedurale del principio della rilevabilità d'ufficio e qualificando le norme delle direttive come norme imperative o d'ordine pubblico.

La prima via consente alla Corte di sganciare il problema della rilevabilità d'ufficio dallo scoglio dovuto all'assenza di effetti diretti orizzontali delle direttive. Se, infatti, la rilevabilità d'ufficio è questione procedurale, essa ricade, come tutte le questioni di questa natura, nell'autonomia procedurale degli Stati membri⁽⁶⁸⁾ e rimane pertanto soggetta al diritto processuale nazionale salvo il rispetto dei principi di effettività e d'equivalenza. L'altra, invece, permette alla Corte di richiamarsi al secondo di questi principi, poiché affermando che le norme delle direttive hanno la natura di norme imperative o d'ordine pubblico, la Corte può pretendere che esse ricevano lo stesso trattamento processuale sotto il profilo della rilevabilità d'ufficio delle norme di pari natura ma di origine puramente interna⁽⁶⁹⁾.

(68) L'ampiezza del potere officioso del giudice va considerato tenendo conto del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, fissato dalla Corte stessa, in virtù del quale, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, compete al singolo Stato dettare le modalità processuali per garantire la salvaguardia dei diritti di cui i soggetti godono ai sensi dell'ordinamento comunitario.

(69) Così, nella sentenza *Mostaza Claro*, la Corte ha affermato che, se in un giudizio sull'annullamento di un lodo arbitrale, il diritto nazionale prevede che il giudice competente possa *ex officio* annullare il lodo per motivi di ordine pubblico, altrettanto deve poter fare in caso di violazione delle norme della direttiva. E nello stesso senso la Corte giudica nel caso *Asturcom* che, se secondo il diritto processuale interno il giudice, nell'ambito di un giudizio d'opposizione contro l'esecuzione di un lodo arbitrale non impugnato, deve o almeno ha la facoltà di sollevare d'ufficio la violazione di una norma di ordine pubblico, ugualmente deve poter rilevare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria in base alla quale il lodo è stato emesso.

Anche in questi casi, pertanto, la soluzione da dare alla questione della rilevabilità d'ufficio viene fatta dipendere dal diritto interno e non dalle stesse direttive. Tuttavia, a differenza delle sentenze in cui essa ricorre all'obbligo di interpretazione conforme, nelle sentenze

Mentre in Italia la giurisprudenza ha da sempre tentato di restringere notevolmente il potere di rilevare d'ufficio la nullità del contratto, disposto dall'art. 1421 c.c., le pronunce della Corte di Giustizia in materia di clausole abusive si muovono in senso opposto, tendendo ad estendere il più possibile il potere officioso del giudice di valutare la natura abusiva della clausola e dunque di rilevarne la nullità. Ma, fino a che punto può spingersi il giudice? Anche al limite di sostituirsi al consumatore che non si attiva nel far valere i propri diritti e di travalicare i principi processuali interni, ed in particolare il vincolo posto dal principio della domanda di cui agli artt. 2097 c.c., 99 e 112 c.p.c. e dal principio del contraddittorio di cui all'art. 101, co. 2, c.p.c.?

L'art. 1421 c.c. attribuisce la legittimazione a far valere la nullità del contratto a chiunque sia portatore di un interesse ed al giudice, il quale può rilevarla d'ufficio. L'intervento giudiziale nell'orizzonte della nullità dell'atto di autonomia privata, si spiega guardando alla natura dell'interesse protetto e dunque alla funzione pubblicistica che in tale ambito è chiamato a svolgere il giudice.

Affinché non si pongano problemi di coordinamento della disciplina con i principi del diritto processuale, l'art. 1421 c.c. deve essere letto nel senso di lasciare alle parti il compito di offrire al giudice l'*input* per l'esercizio del potere di rilevare d'ufficio la nullità, cosicché il rilievo officioso della nullità può avvenire anche in assenza di un'espressa domanda di parte, ma solo qualora la valutazione venga resa possibile dagli atti processuali⁽⁷⁰⁾.

Il giudice, quindi, ha l'obbligo di condurre la valutazione di abusività, ma ha pure l'obbligo di garantire il contraddittorio sulla specifica questione, perché il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora tale motivo li obblighi ad esorbitare dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti, basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda⁽⁷¹⁾.

più recenti la Corte determina autonomamente che alle direttive debba essere riconosciuto rango di norme imperative o d'ordine pubblico; ciò impone ai giudici nazionali, passando per il principio di equivalenza, di mobilitare a favore delle direttive tutte le potenzialità che il diritto interno offre in termini di rilevanza d'ufficio.

(70) R. SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 835 ss.

(71) Occorre, comunque, considerare quell'atteggiamento della giurisprudenza europea che guarda con sospetto le categorie processuali conosciute dai diritti nazionali, le quali possono rappresentare un ostacolo all'implementazione della disciplina comunitaria.

In tal modo il consumatore diviene il sovrano della valutazione relativa alla caducazione o meno della clausola, può decidere se paralizzare l'esercizio dei poteri officiosi o se manifestare il proprio interesse alla nullità della regola contrattuale.

Negli ultimi anni si è assistito anche ad un fiorire di studi riguardo alla sanabilità e rinunziabilità della nullità di protezione, ed in particolare alla questione se con riguardo ad essa sia ammissibile la convalida in deroga a quanto previsto dall'art. 1423 c.c.⁽⁷²⁾.

Una recente dottrina ha ritenuto di dover leggere il dato della relatività proprio in termini di sanabilità, nel senso che ove la legge prevede che l'unico soggetto legittimato ad invocare il difetto del negozio o di una sua clausola sia il contraente debole, allora si deve conseguentemente ammettere che questi sia anche in grado di consolidare la medesima fattispecie e sia l'unico a ciò abilitato. Per altri, invece, dal comportamento processuale del consumatore che preferisce non far valere la nullità, per quanto stimolato sul punto dal giudice nel rispetto del principio del contraddittorio, non possono conseguire effetti sostanziali, ma effetti circoscritti al processo, con la conseguenza che lo stesso consumatore ove, relativamente allo stesso rapporto sia successivamente chiamato in un diverso giudizio, potrà optare per una diversa scelta difensiva e, se del caso, far valere la nullità.

Invero, la nullità di protezione, per quanto relativamente eccepibile, coinvolge interessi anche generali quale la tutela del mercato, della concorrenza, dei traffici giuridici, e se il legislatore non avesse voluto perseguire un interesse generale avrebbe optato per l'annullabilità, pertanto la scelta del consumatore dovrebbe essere considerata come una mera scelta processuale e così la scelta del contraente debole di non eccepire la nullità posta a suo favore non dovrebbe comportare una convalida⁽⁷³⁾, che urterebbe con le finalità della norma posta a tutela del contraente debole e comporterebbe effetti dismissivi di diritti non ancora sorti e, perciò indisponibili⁽⁷⁴⁾, in ciò violando l'art. 143 c. cons. In questa maniera, l'inerzia del soggetto legittimato ad intentare l'azione

Anche nella sentenza *Pannon* i giudici affermano, infatti, che «le caratteristiche specifiche del procedimento giurisdizionale, che si svolge nel contesto del diritto nazionale tra il professionista e il consumatore, non possono costituire un elemento atto a limitare la tutela giuridica di cui deve godere il consumatore in forza delle disposizioni della direttiva».

(72) S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, spec. p. 195 ss.

(73) G. PAGLIANTINI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 409.

(74) S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Not.*, 2009, p. 186.

di nullità, come la spontanea esecuzione del contratto nullo ad opera del medesimo, non determinano la convalida del contratto. Certamente potranno darsi ipotesi in cui tale comportamento assuma rilevanza in sede processuale e determini la reiezione dell'eventuale domanda o eccezione volta ad ottenere la declaratoria di nullità, ma ciò avverrà sulla base delle regole processuali quante volte la situazione complessiva palesi in capo al richiedente la mancanza di un interesse attuale e concreto.

La relatività dell'azione e la convalida, anche nelle ipotesi in cui conducano al medesimo risultato di conservare la piena efficacia del contratto, attengono a piani differenti: la convalida opera sul piano sostanziale confermando come effettiva una scelta *ab origine* compiuta in modo non del tutto libero e consapevole a causa di incapacità o vizi del consenso; la relatività dell'azione di nullità integra esclusivamente uno strumento processuale mediante il quale la formazione del giudicato (anche implicito) sulla validità del contratto rende completa e stabile l'efficacia allo stesso, *ab origine* vincolante solo per uno dei contraenti. Nello specifico, in sede processuale, il mancato rilievo dell'eccezione di nullità e l'inibizione del rilievo officioso, più che convalidare il contratto sul piano sostanziale, consentono sul piano processuale che si formi il giudicato sulla validità, che lungi dal determinare una sanatoria, semplicemente preclude ulteriori indagini sulla medesima questione⁽⁷⁵⁾.

La nullità di protezione è, piuttosto, una nullità che può semplicemente non essere eccepita dall'interessato per espressa scelta difensiva né rilevata d'ufficio se non a beneficio del contraente nei cui confronti è prevista, ma che rimane in ogni caso tale, tanto da poter essere successivamente fatta valere in un diverso giudizio, considerata l'imprescrittibilità dell'azione, ovvero da essere oggetto di un'inibitoria⁽⁷⁶⁾.

L'opzione difensiva in questione, dunque, va interpretata come un mero accadimento che si attua tutto nel processo e resta nel processo, ambito nel quale esclusivamente si consumano i suoi effetti⁽⁷⁷⁾. Essa, perciò, avrà la valenza sia d'impedire l'esercizio dei poteri officiosi, in quanto altrimenti esercitati in contrasto con l'interesse del consumatore come esternato nel contegno processuale, sia di non consentire al consu-

(75) A. LA SPINA, *op. cit.*, p. 346-351.

(76) R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 859; in giurisprudenza, Corte di Giust., sez. IV, 4 giugno 2009, causa C-243/08, in *Contratti*, 2009, p. 1115 ss., con nota di S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, ed anche S. NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 201 ss.

(77) E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817 co. 2 e 829 n. 1 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 693 ss.

matore, vincolato dal principio del non venire *contra factum proprium*, un gravame incentrato sulla *quaestio nullitatis*.

5. I poteri del giudice

Nel caso *Pannon GSM Zrt c. Sustiknè Gyorf* la Corte ha decretato che il giudice ha l'obbligo di rilevare d'ufficio la vessatorietà di una clausola, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari a tal fine. La formula non chiarisce se questi elementi sono da intendere come condizione preliminare per la rilevabilità ovvero ne costituiscono l'oggetto, legittimando così degli autonomi poteri di iniziativa istruttoria del giudice ad integrazione delle prove che le parti non hanno dedotto⁽⁷⁸⁾.

Due sono le letture possibili dell'art. 115 c.p.c.: per la prima, il sintagma « disponibilità delle prove » sta per « monopolio delle parti » sul materiale probatorio della decisione⁽⁷⁹⁾, pertanto il diritto europeo non obbliga i giudici nazionali a procedere ad un'istruttoria d'ufficio; per la seconda, se l'articolo proibisce al giudice di ricorrere alla sua scienza privata, non statuisce anche un dovere per costui di decidere esclusivamente sulla scorta di quanto provato dalle parti, poiché il fatto che si riconosca come ammissibile un potere istruttorio del giudice non compromette di per sé il diritto alla prova delle parti, almeno se si legge questa istruttoria d'ufficio nella cornice di un diritto alla prova integralmente tutelato⁽⁸⁰⁾, come un potere volto ad assumere proprio quelle prove, rilevanti per il *decisum*, non dedotte dalle parti.

Il riparto dell'attività probatoria pone essenzialmente una “questione di tecnica del processo”, senza quindi alcuna diretta connessione col principio dispositivo in senso proprio ed anzi, l'espansione delle misure istruttorie officiose potrebbe essere il correlato processuale o il completamento di un'interpretazione ormai indirizzata unicamente a

(78) S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 291 ss.

(79) E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, *Contributo al chiarimento del dibattito*, I, Napoli, 2008, p. 567 ss.

(80) M. TARUFFO, *L'istruzione probatoria*, in *La prova nel processo civile* (a cura di), in *Trattato dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e M. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 2012, p. 93; Id., *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, num. speciale, *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, p. 120; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 411 ss.; ed ancora, S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, num. speciale, p. 81 ss.

conseguire un effetto utile, da identificarsi in una tutela preferenziale per il consumatore quale soggetto attore del mercato⁽⁸¹⁾.

Vista la confusione di questo panorama interpretativo, non si poteva non avere la sentenza *Penzugyi Lizing Zrt*, Corte di Giust. 9 novembre 2010, causa C-137/08⁽⁸²⁾, ove viene statuito un obbligo imposto al giudice dal diritto dell'Unione, di adottare misure istruttorie⁽⁸³⁾.

Diviene facile avvertire come il medio di un convincimento del giudice, che deve svolgere valutazioni sostanziali concrete sulla particolarità del singolo caso e sull'intera operazione economica, occasionato da non contestazioni (od ammissioni) delle parti, «diventa decisivo per dare ingresso, nel processo, a quei fatti che sovvertono (o rendono diversa dall'abituale) la configurazione del contesto tipico di ogni rappor-

(81) N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 721 ss; V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti ed argomentazione giuridica*, Torino, 2008, p. 83 s; diffusamente, M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011, p. 273 ss.

(82) Controversia relativa ad un contratto di mutuo destinato a finanziare l'acquisto di un autoveicolo, contenente una clausola attributiva di giurisdizione che designava un organo giurisdizionale avente la propria sede più prossima a quella del professionista che al domicilio del consumatore, sebbene le norme di procedura civile prevedessero che il giudice territorialmente competente a conoscere di quella controversia fosse quello nella cui circoscrizione si trova la residenza del convenuto. Il *Budapesti II. és III. kerületi bíróság* (Tribunale dei distretti II e III di Budapest) sottoponeva, perciò, alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: «1) Se la tutela dei consumatori garantita dalla direttiva (...) richieda che il giudice nazionale valuti d'ufficio - indipendentemente dalla natura del procedimento, sia esso o meno contraddittorio - anche senza una specifica richiesta al riguardo, nell'ambito dell'esame della sua competenza territoriale, il carattere abusivo di una clausola contrattuale ad esso sottoposta. 2) In caso di risposta positiva alla prima questione, quali aspetti possa prendere in considerazione il giudice nazionale nel contesto di tale esame, in particolare quando una clausola contrattuale non attribuisce la competenza territoriale all'organo giurisdizionale nella cui circoscrizione si trova la sede del professionista ma a un altro organo giurisdizionale, sebbene ubicato nelle vicinanze di tale sede. 3) Se, ai sensi dell'art. 23, primo comma, dello [Statuto della Corte], sia esclusa la possibilità che il giudice nazionale informi d'ufficio relativamente al procedimento pregiudiziale il Ministro della giustizia del suo stesso Stato membro, contemporaneamente all'avvio del procedimento in questione».

(83) F.P. PATTI, *Oltre il caso Pannon: poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, cit., p. 122. In giurisprudenza, per la vessatorietà della clausola di deroga al foro del consumatore Cass. 26 aprile 2010, n. 9922, in *Rep. F. it.*, 2010, voce *Competenza civile*, n. 47 e soprattutto Cass. 8 febbraio 2012, n. 1875, in *Dir. e Giust.*, 2012, fasc. 2, per l'interessante statuizione che il consumatore può adire un giudice diverso dal foro riservatogli *ex lege*, competente per territorio in virtù di uno dei criteri di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., «senza che, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dal professionista ovvero d'ufficio, questo diverso giudice possa dichiararsi incompetente anche a svantaggio e cioè in pregiudizio dell'interesse, del consumatore»; v. anche, F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, p. 118 e E. GABRIELLI e A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Digesto, disc. priv.*, sez. civ., Agg., IV, Torino, 2000, p. 250 ss.

to di consumo»⁽⁸⁴⁾. In questa direzione spinge d'altronde il nuovo co. 2 dell'art. 101 c.p.c. perché nel fatto che il giudice, a condizione che solleci il contraddittorio delle parti, possa «indicare una diversa via decisionale»⁽⁸⁵⁾ è implicita un'attività officiosa completiva (e correttiva) dell'istruttoria di parte.

Anche la Grande Camera si è così pronunciata sul tema, stabilendo che il giudice nazionale ha l'obbligo di procedere all'adozione di tutte le misure istruttorie necessarie ad accertare se una data clausola rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13, non in forza dell'argomento, già esposto nella *Pannon*, che un obbligo di rilevabilità officiosa della vessatorietà, se assoggettato alla pre-condizione di una deduzione probatoria delle parti, troppo si verrebbe ad appannare fino a degradare al rango di un dovere evanescente in caso di contumacia del consumatore, ma dal rilievo principale che se l'art. 6, n. 1 della direttiva 93/13, quanto alla non vincolatività delle clausole vessatorie, è norma imperativa di ordine pubblico (par. 47), allora il giudice ha il dovere di acquisire la prova funzionale al compiersi di questo accertamento.

Quindi, un potestà che origina direttamente dal diritto dell'Unione. La Corte muove, infatti, dall'assunto che, se l'accertamento della vessatorietà è rilevante ai fini della decisione, epperò non sono state dedotte prove o lo si è fatto in maniera insufficiente, ove il giudice appuri autonomamente il ricorrere di una clausola sospetta di abusività, allora dovrà procedere *ex se* a determinare se “la clausola controversa sia stata o meno oggetto di un negoziato individuale” tra professionista e consumatore, poiché solo se il giudice acquisisce la prova, rende per ciò stesso possibile l'accertarsi “della verità del fatto”⁽⁸⁶⁾.

In generale, però, al giudice è interdetto procedere a misure istruttorie fin quando:

«- stante il potere riconosciutogli di indicare la previsione di legge da applicarsi nella fattispecie concreta dedotta in giudizio, questi voglia porre a fondamento della propria decisione, sempre osservando a

(84) M. FARNETI, *Sub art. 34*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2010, p. 346; ma anche, A.M. AZZARO e P. SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in E. GABRIELLI e E. MINERVINI (a cura di), in *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005, I, p. 44 ss e A. FICI, *Sub art. 34*, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta ed A. Orestano, IV, p. 800 ss.

(85) S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, p. 256, secondo il quale, il giudice conosce i fatti secondo quanto esposto e prodotto dalle parti, le quali hanno l'esclusivo interesse al riconoscimento della propria posizione e non già all'applicazione del diritto oggettivo.

(86) M. TARUFFO, *L'istruzione probatoria*, cit., p. 131; negli stessi termini A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 410-412.

pena di nullità quanto disposto nell'art. 101, comma 2° c.p.c., o un fatto rimasto fino ad allora estraneo al dibattimento o una qualificazione di quel fatto, seppur dibattuto, "differente ed originale"; oppure - non sia dato registrare, a causa di un'oggettiva ambivalenza delle risultanze probatorie, un dubbio esemplare sulla vessatorietà di una clausola predisposta: un dubbio così tanto stringente che, se non si desse ingresso ad una potestà (integrativa) di impulso probatorio *ex officio*, verrebbe ad ingenerarsi il risultato di una decisione avulsa da un accertamento veritiero dei fatti perché imperniata sulla qualificazione di una clausola, forse da intendere come vessatoria, ma rimasta allo stato valutativamente incerta (per motivi di fatto o di diritto).

Sicché, ferma rimanendo l'esclusività dell'autonomia delle parti nell'allegazione dei fatti o delle circostanze principali, quel che sembra prospettabile è un potere istruttorio officioso di tipo completo (e non sostitutivo), per prove che si rendono indispensabili a cagione dell'insufficienza (o parzialità) di quelle raccolte, dando così luogo ad un potestà concorrente finalizzata a governare quella corposa "zona grigia di incertezza" posizionata tra le fattispecie opposte di una mancata (dove il rigetto della domanda) ed una per contro piena dimostrazione della vessatorietà ai sensi degli artt. 33 e 34, co. 1. Una potestà che, lungi dal venire orientata in un senso o nell'altro da un "principio quantitativo - proporzionale", si lascia poi evidentemente direzionare tanto da quel bisogno di tutela differenziata che è tipico di situazioni soggettive semindisponibili (artt. 143 c. cons. e 25 dir. 2011/83 UE) quanto, se compiuta nel rispetto del principio del contraddittorio, da una modificabilità della qualificazione del fatto rispetto alle "prospettazioni dibattimentali" »⁽⁸⁷⁾.

Così, il giudizio di vessatorietà si sostanzia in una disamina complessa condotta non soltanto sulla scorta di risultanze documentali, più o meno evidenti, ma svolgendo una "minuziosa indagine"⁽⁸⁸⁾ su di un contesto situazionale per altro difforme da quello cui rimanda l'art. 1362, comma 2° c.c sui criteri di interpretazione dei contratti.

In sostanza, al fine di garantire la convivenza di due elementi apparentemente configgenti, quali la rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola abusiva e la legittimazione all'azione limitata, s'impone al giudice un esercizio ragionato e non acritico del potere di rilevare *ex officio* la

(87) S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, cit., p. 291.

(88) F.P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 65; v. inoltre V. ZENO ZENCOVICH - M.C. PAGLIETTI, *Globalizzazione, delocalizzazione, europeizzazione orientata alle conseguenze*, in *Id. Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Saggi, Milano, 1996, p. 91 ss.

nullità del contratto, così a conformare il potere officioso in modo da non essere contrastante rispetto agli interessi del consumatore⁽⁸⁹⁾, essendo le nullità di protezione il principale mezzo tecnico di gestione e controllo del regolamento contrattuale⁽⁹⁰⁾.

Abstract

The dogmatic configuration of the nullity of protection, based on a clear aim of protecting the weaker party, requires a comparison of the regulations contained in the consumers' protection law and the rules of contractual legal disability. In particular, strenghtly comes to light the issue of the role of judge in the relative nullity field. This paper, retracing the steps of the academical jurisprudence and cases law in this area, aims to illustrate the current framework.

(89) S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers. merc.*, 2009, p. 26 ss.; S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 cc e le nullità contrattuali*, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, III, Milano, 2006, 604.

(90) V. SCALISI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., richiamato da M.P. MANTOVANI, *Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 444 ss.