

UNIVERSITÀ CA' FOSCARI VENEZIA

Dottorato di ricerca in

DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI CIVILI, COMMERCIALI E  
DEL LAVORO

24° CICLO

(a.a. 2008/2009 – a.a. 2010 – 2011)

## **IMPERATIVITÀ DEL CODICE DEL CONSUMO**

Settore scientifico-disciplinare di afferenza: IUS/01 Diritto Privato

Tesi di dottorato di  
GIOVANNA RUPNIK (955622)

Coordinatore del dottorato  
Prof. LUIGI BENVENUTI

Tutore della dottoranda  
Prof. GIANLUCA SICCHIERO

## INDICE SOMMARIO

<b>Introduzione</b>	1
<b><i>CAPITOLO I: LE NORME IMPERATIVE E LA NULLITÀ</i></b>	
PAR. I: La norma imperativa e la nullità ex art. 1418 codice civile	4
PAR. II: La nullità relativa	
1) Premessa	17
2) Evoluzione della nullità relativa	18
2a) La nullità di protezione	20
3) Autonomia della nullità relativa	23
4) La rilevabilità d'ufficio	26
5) Nullità relativa virtuale e rilevabilità d'ufficio	29
6) Evoluzione giurisprudenziale della rilevabilità d'ufficio	32
7) Riflessioni sulle conseguenze derivanti dal nuovo orientamento	36
8) Il nuovo art. 101 c.2 codice procedura civile	38
PAR. III: Art. 28 legge notarile	42
<b><i>CAPITOLO II: LA RINUNCIA E L'INDISPONIBILITÀ</i></b>	
Premessa	48
PAR. I: La rinuncia	49
1) Oggetto e forma della rinuncia	55
PAR. II: L'indisponibilità	61
1) La disponibilità e i diritti patrimoniali	65
<b><i>CAPITOLO III: LA NULLITÀ DI PROTEZIONE NEL CODICE DEL CONSUMO</i></b>	
PAR. I: Introduzione	67
1) Educazione ed informazione	69
2) Coordinamento artt. 134 e 143 Codice del Consumo	74
PAR. II: Il carattere imperativo delle disposizioni; art 134 Codice del Consumo	76
1) Ambito di applicazione. Le fattispecie colpite dal nullità	80
1a) Il patto	
2) Le conseguenze della violazione del divieto	81
2a) La legittimazione attiva	
2c) La rilevabilità d'ufficio	83
2d) La nullità parziale necessaria	87
PAR. III: L'irrinunciabilità dei diritti; art 143 Codice del Consumo	
1) Introduzione	91
2) Nullità	93
2a) Nullità relativa	96

2b) Nullità parziale	98
3) Rilevabilità d'ufficio	100

***CAPITOLO IV: IMPERATIVITÀ NEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS – REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE***

PAR. I: Introduzione	119
PAR. II: Consumatore e utente	124
PAR. III: Imperatività della legge. Art. 10	128
1) La rinuncia preventiva	131
PAR. IV: La nullità	137
<b>Conclusioni</b>	139
<b>Bibliografia</b>	146

## **INTRODUZIONE**

La dimensione costituzionale dei diritti dei consumatori ha ottenuto consacrazione definitiva con l'approvazione della Carta di Nizza nel dicembre del 2000, e con l'approvazione della Costituzione europea, nell'ottobre del 2004, subordinata, quest'ultima alla ratifica di tutti i paesi membri. La Carta di Nizza, ora resa autonoma dal testo della Costituzione, sotto forma di Carta europea dei diritti fondamentali, è utilizzata non più solo come un documento politico, ma anche come documento giuridico, e su di esso si incentrano ormai molte decisioni nazionali e della stessa Corte.

L'elevazione dei diritti della persona - intesa come "consumatore" - al rango costituzionale europeo ha, dunque, una duplice valenza: vincola gli organi comunitari e gli Stati membri, ma vincola anche i giudici nazionali<sup>1</sup>. Nello svolgimento della loro attività i professionisti non possono violare i diritti fondamentali<sup>2</sup>, non possono, cioè, esercitare

---

<sup>1</sup> ALPA, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, NGCC, 2009, pag. 241

<sup>2</sup> Art. II-114 Costituzione europea.

un'attività o compiere atti che mirino a distruggere diritti e libertà riconosciuti dalla Costituzione. Sul punto vi è unicità di intenti e di azioni.

Più complessa è invece la individuazione dei rimedi posti a favore del consumatore: in ogni ordinamento nazionale i *rimedi* sono disciplinati in modo diverso.

Il Codice del Consumo, introdotto con il D. Lgs. 6 settembre 2005, n.206, costituisce una delle innovazioni più significative della legislazione civile e commerciale dell'ultimo decennio ; esso si presenta come una sorta di “manifesto”<sup>3</sup> dei diritti dei consumatori, perché in esso sono raccolte tutte, o quasi tutte, le regole che istituiscono i diritti in capo al consumatore ed i rimedi concessigli dall'ordinamento per farli valere.

\*\*\*\*\*

La prospettiva che verrà adottata nell'affrontare il tema dell'imperatività del Codice del Consumo è quello del *c.d private enforcement*.

Si tratta, cioè, di verificare se, in aggiunta e ad integrazione del *public enforcement*, ovvero della regolazione

---

<sup>3</sup> ALPA, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, op. cit., pag. 244.

pubblicistica del mercato, vi sia spazio, ed in che misura, per un controllo diffuso dell'attività dell'impresa, promosso da privati che esercitano rimedi affidati alla loro iniziativa<sup>4</sup>.

In questa prospettiva, come si dirà, acquista valenza nuova la distinzione tra interessi generali ed interessi particolari, e così anche la nozione di norma imperativa, dalla quale, comunque, occorre prendere le mosse.

---

<sup>4</sup> ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in AA VV. *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2009, pag. 9 seg.

## CAPITOLO I

### LE NORME IMPERATIVE E LE NULLITÀ

**SOMMARIO:** PAR. I: La norma imperativa e la nullità *ex art.* 1418 cod. civ. – PAR. II: La nullità relativa - 1) Premessa - 2) Evoluzione della nullità relativa - 2a) La nullità di protezione - 3) Autonomia della nullità relativa - 4) La rilevabilità d’ufficio - 5) Nullità relativa virtuale e rilevabilità d’ufficio - 6) Evoluzione giurisprudenziale della rilevabilità d’ufficio - 7) Riflessioni sulle conseguenze derivanti dal nuovo orientamento - 8) L’art. 101 c.2 codice procedura civile - PAR. III: Art. 28 legge notarile

#### **PARAGRAFO I: La norma imperativa e la nullità ex art 1418 cod. civ.**

Le norme imperative costituiscono, unitamente all’ordine pubblico ed al buon costume, i criteri alla stregua dei quali l’ordine giuridico valuta l’agire autonomo dei privati ed in funzione dei quali appresta o nega tutela giuridica agli interessi concretamente perseguiti e applica le sue sanzioni<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1970, pag. 2

La funzione economico individuale del negozio – l’interesse concretamente perseguito dalle parti – non può essere contraria alle norme imperative; vi è, perciò, un limite all’autonomia privata, intesa come strumento per la realizzazione di interessi particolari. Esse si caratterizzano rispetto alle altre norme inderogabili (riassumibili nella più ampia categoria dello *ius cogens*) per questa loro particolare e comune incidenza.<sup>6</sup>

È nozione comunemente accolta che sia norma inderogabile dall’autonomia privata in quanto posta a tutela di un interesse generale<sup>7</sup>; il contratto contrario a tali norme è, perciò, nullo in quanto la violazione della legge comporta un giudizio di dannosità sociale<sup>8</sup>. La nullità viene, quindi, intesa

---

<sup>6</sup> FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, op. cit., pag.156

<sup>7</sup> Definizione comunemente accolta. Cfr. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Giovanni Iudica - Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, II ed., p.747; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Rivista critica del diritto privato*, a. III, n. 3-4, 1985, p.441; VILLA, *Contratto e violazione di norma imperative*, Giuffrè, Milano, 1993, p.88

<sup>8</sup> BIANCA, *Il contratto*, Giuffrè, 2000, pag.618

quale strumento di controllo che permette all'ordinamento di intervenire e sindacare le scelte contrattuali dei privati<sup>9</sup>.

Occorre prima di tutto verificare che si tratti effettivamente di norma imperativa - la cui applicazione è imposta dall'ordinamento prescindendo dalla volontà dei singoli – anziché di norma dispositiva e come tale derogabile; solo la prima comporterà nullità, essendo, invece, esclusa nella seconda (es. il mutuatario deve corrispondere gli interessi, ma le parti possono disporre diversamente ed escluderli).

---

<sup>9</sup> Interessante è la breve ricostruzione dell'evoluzione della dottrina fatta da DI MARZIO, in *Le nullità del contratto*, Padova, 2008, pag. 17 ss.: "la tradizionale dottrina volontaristica individua l'essenza del contratto nella volontà privata diretta a produrre effetti giuridici, come tali garantiti dall'ordinamento. (...) L'atto frutto della volontà viziata era come tale improduttivo di effetti". Mentre oggi "la nuova forma assunta dallo scambio economico e la disparità di forza contrattuale, hanno fatti sì che alla esigenza, avvertita dalla dottrina classica, di assicurare formale parità alle individualità contraenti evitando ingerenze pubblicistiche nel traffico privato, si sia affiancata e poi sostituita la diversa esigenza di controllo esterno dell'equilibrio dello scambio". E soprattutto: "l'esercizio dell'autonomia privata non è più, dunque, assolutamente libero, ma è riconosciuto come legittimo nei limiti della sua compatibilità con interessi che l'ordinamento considera meritevoli: così l'art. 1322 cod. civ." In tal senso anche ALPA e BESSONE in *Elementi di diritto privato*, Milano, 2001, pag.294 seg.

Da ciò si evince che non è la sanzione ad identificare il tipo di norma, bensì la sua *ratio*: anche in assenza di una espressa comminatoria di legge o in presenza di sanzioni di altro genere, una norma può essere identificata come appartenente alla specie delle imperative, in forza degli interessi che con essa si vuole tutelare e che si vuole sottrarre alla disponibilità delle parti<sup>10</sup>.

La nullità *ex art.* 1418 è sanzione e rimedio di tutti quei contratti che si discostino dal modello contrattuale astrattamente configurato. Definito lo scopo, occorre soffermarsi sulla problematica relativa alla completezza dell'articolo stesso, ovvero chiarire se le ipotesi elencate nell'art. 1418 siano esaustive (alcuni richiamano, per esempio, l'art. 1471 - divieti speciali di comprare<sup>11</sup>). Incertezze di

---

<sup>10</sup> ALBANESE, *Violazione delle norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003, pag.118 seg.

<sup>11</sup> Una previsione testuale della nullità ha proprio lo scopo di rendere certa una nullità che altrimenti sarebbe dubbia e controversa. Ne è esempio l'art. 1471 cod. civ. il quale prevede speciali divieti di comprare: il secondo comma prevede esplicitamente che se il divieto di comprare viene violato dai soggetti ai punti 1 e 2 l'acquisto sarà nullo, ma se la violazione colpisce i soggetti indicati ai punti 3 e 4 il contratto sarà annullabile. In questo caso, è la legge che prevede espressamente la nullità; quindi non sorgono problemi di ipotesi non menzionate dall'art. 1418 cod. civ. il cui ultimo comma stabilisce che il contratto sia nullo in tutti quei casi in cui sia la legge a sancirlo.

ordine applicativo traggono origine dal modo in cui lo stesso articolo “confeziona” l’elenco delle cause di nullità<sup>12</sup>.

La norma contiene due proposizioni, quella del 1° comma e del 3° comma che si pongono in apparente antitesi: il 1° comma, infatti, ammette la possibilità che il contratto sia nullo tutte le volte che esso violi una norma inderogabilmente posta a tutela di interessi ritenuti fondamentali dal nostro ordinamento, salvo casi specifici in cui la nullità è esclusa; il 3° comma, però, racchiude ipotesi specifiche di nullità. Quello che resta oscuro è la volontà del legislatore, che inizialmente sembra, quindi, ammettere ipotesi di nullità non sancite espressamente, salvo poi ritrarre, individuando nel dettaglio queste ipotesi.<sup>13</sup>

Dottrina (De Nova) afferma che la grande confusione che si crea intorno all’art. 1418 cod. civ. è dettata dal bisogno di disciplinare le cause di nullità del contratto preoccupandosi di non trascurare nessuna ipotesi; per lo stesso autore la lettura

---

<sup>12</sup> MARICONDA, in *Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale* diretta da Guido Alpa e Mario Bessone, *I Contratti in generale*, IV, 1, Torino, Utet, 1991, pag. 367 seg.

<sup>13</sup> SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, pag. 521; TOMMASINI, voce *Nullità*, in *Enciclopedia del diritto* vol. XXVIII, Milano, 1978, pag 172.

dell'art. 1418 cod. civ. sarebbe facilitata se si invertisse l'ordine dei comma,<sup>14</sup> ed il 1° comma, al di là della sua collocazione in apertura costituisce un'ipotesi residuale: apre la via alla nullità virtuale (v. *infra*) e copre il settore dei contratti che non sono nulli perché illeciti.

Dall'analisi del terzo comma risulta come esso presenti cause di nullità cd. "testuali" perché ricorrono tutte le volte che un contratto od una singola regola contrattuale siano dichiarati nulli da una norma<sup>15</sup>.

Accanto ad esse vi sono, però, ipotesi di nullità non espressamente previste dal legislatore; ipotesi in cui il contratto è pacificamente riconosciuto come non valido, ma tale conseguenza non è testualmente dichiarata: essa viene ricavata dall'interprete.

La dottrina ha elaborato un criterio cd. del minimo mezzo<sup>16</sup> elaborato per decidere la nullità del contratto in presenza di norme imperative di condotta, in ipotesi nelle

---

<sup>14</sup> DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Rivista critica del diritto privato*, a. III, n. 3-4, 1985, pag. 446 seg.

<sup>15</sup> ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Giovanni Iudica - Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, II edizione, pag.695

<sup>16</sup> DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, op. cit. pag. 440 seg.

quali la nullità testuale manca, poiché le previsioni normative appartengono a rami del diritto che non disciplinano i rapporti contrattuali tra i privati: il criterio sopra citato prevede che oggetto della valutazione dell'interprete sia lo scopo perseguito dalla norma imperativa (di condotta)<sup>17</sup>.

Per es. un contratto che persegua interessi non meritevoli di tutela non è valido: non lo dice espressamente l'art 1418 cod. civ. e neppure l'art 1322 cod. civ. Ancora: se in un contratto vengono dedotte prestazioni non suscettibili di valutazione economica, esso è nullo. Gli esempi ricorrenti sono dati anche dal contratto simulato (inefficace secondo l'art. 1414 cod. civ.), da alcuni ritenuto valido<sup>18</sup>, da altri nullo<sup>19</sup> (per la giurisprudenza anche il contratto simulato è nullo).

Si desume, quindi, che l'elenco delle cause di nullità stabilite dall'art. 1418 cod. civ. non sia completo, e non lo si

---

<sup>17</sup> NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro - norme imperative e autonomia individuale*, Milano, 2009, Giuffrè, pag. 85

<sup>18</sup> GALGANO, in Galgano, Peccenini, Franzoni, Memmo, Cavallo Borgia, *Simulazione, Nullità del contratto, annullabilità del contratto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna - Roma, I, 1998, pag 432

<sup>19</sup> CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1946, pag. 636 seg.

può ritenere tale neppure sotto il profilo della cd. nullità virtuale – contrapposta alla nullità testuale. La nullità virtuale - inespressa – ricorre quando il legislatore non dichiara espressamente che un particolare atto di autonomia privata sia nullo, ma tale conseguenza viene ricavata dall'interprete sulla base della norma <sup>20</sup>.

Un contratto contrario a norme imperative può, perciò, essere dichiarato nullo anche in mancanza di una espressa previsione del legislatore<sup>21</sup>.

Questa cd. nullità virtuale deve, però, essere circoscritta, altrimenti si potrebbe affermare che tutti i contratti contrari a norme imperative siano affetti da nullità virtuale. Il limite si ricava dallo stesso c.1 dell'art. 1418 cod. civ. il quale, dopo

---

<sup>20</sup> Es. cfr. il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 cod. civ. Esso, a rigore, sarebbe dettato in materia di garanzie reali (pegno ed ipoteca): viene tuttavia reputato applicabile anche alle ulteriori negoziazioni quali la alienazione di un diritto effettuata per concrete finalità di garanzia (Cass. Civ. Sez. Unite, 3 aprile 1989, n. 1611). Non importa che si tratti di un contratto tipico o atipico: ciò che conta è l'effetto coercitivo della volontà del debitore in relazione alla predetta dinamica, nella quale il trasferimento del diritto sul bene dipende dall'inadempimento (Cass. Civ. Sez. II, 15.05.2004, n.9466)

<sup>21</sup> OPPO, *Ordinamento valutario e autonomia privata*, in *Rivista di diritto Civile*, I, 1981, pag. 495; FERRI, *Appunti sulla invalidità del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, Milano, 1970, pag. 166

aver sancito la nullità del contratto contrario a norme imperative, conclude “*salvo che la legge disponga diversamente*”.

La lettura di questa espressione comporta una riflessione sul significato da attribuirle. Si può pensare ad una espressa esclusione della nullità: per es. fino al D. Lgs 507/99 (che ha disposto la depenalizzazione di condotte) l’emissione di un assegno a vuoto era sanzionato penalmente (art.116 n.2 L. ass.), ma la validità dell’assegno era espressamente stabilita dalla legge (art.3 c.2 L. ass.)<sup>22</sup>; oppure può essere la legge a disporre diversamente, per esempio prevedendo un’altra sanzione, quale l’annullamento o l’applicazione di una sanzione amministrativa.

Più precisamente le ipotesi che si possono verificare in relazione al primo comma dell’art. 1418 cod. civ. sono tre:

- la violazione di una norma imperativa può essere espressamente sanzionata con la nullità: il c.3 individua alcune di queste ipotesi (in questo caso vi è parziale coincidenza tra il 1° ed il 3° comma) in cui il contratto sarà certamente nullo;

---

<sup>22</sup> DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1985, pag. 35 seg.

- la violazione di una norma imperativa può essere espressamente sanzionata, ma non con la nullità: se il legislatore commina la annullabilità o la rescindibilità, la nullità è certamente esclusa. (v. *infra*) (Se, invece, vengono comminati altri tipi di sanzioni quali quelle penali o amministrative, non si può a priori escludere la nullità);
- la violazione di una norma imperativa può non essere espressamente sanzionata.

E' proprio in relazione a questo ultimo caso specifico che, sia in dottrina che in giurisprudenza, è ormai opinione dominante ritenere l'ammissibilità nel nostro ordinamento delle nullità virtuali (v. *supra*) come conseguenza delle norme imperative non espressamente sanzionate; da ciò discende che se la sanzione della nullità non è espressamente prevista, non si può confidare che il legislatore intendesse escluderla.

Come detto, occorre, perciò, distinguere tra casi in cui la violazione di una norma imperativa dia luogo a nullità a casi in cui la conseguenza sia diversa: il contratto resta valido, ma vi saranno altre conseguenze. Vi è certamente la violazione di una norma imperativa ma, nel silenzio della legge, non si è certi se la sanzione sia la nullità.

---

Non ci si troverà di fronte ad una automatica comminatoria di nullità, ma spetterà all'interprete valutare caso per caso se la sanzione alternativa, eventualmente stabilita, sia coerente con lo scopo che la norma si prefigge<sup>23</sup>. Se la sanzione prevista è idonea alla tutela degli interessi contenuti nella norma, non ci sarà bisogno di alcuna sanzione civilistica aggiuntiva, in caso contrario potrà essere applicata anche la nullità.

Si tratta, quindi, di individuare in quali ipotesi la nullità è esclusa:

- 1) è sicuramente esclusa tutte le volte in cui venga comminata una sanzione diversa, sia che si tratti di annullabilità, sia che si tratti di risoluzione del contratto (es. art 71 legge 10.06.78 n.295 per i contratti stipulati da imprese non autorizzate, abrogata dal D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209, Codice delle assicurazioni private. Ora l'art. 167 prevede la nullità dei contratti conclusi con imprese non assicurate.)

---

<sup>23</sup> Cfr. DE NOVA: "Una volta detto che l'interprete deve valutare caso per caso se la violazione di una norma imperativa - che non preveda espressamente la nullità - comporti la nullità, il rapporto tra la prima e la seconda parte del c.1 dell'art. 1418 cod. civ. non è più un rapporto di regola - eccezione" in *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, 2011, pag. 280

- 2) è esclusa tutte le volte in cui il legislatore la escluda espressamente (es. l'emissione di un assegno a vuoto era sanzionato penalmente, ma la validità dell'assegno è espressamente stabilita dalla legge; con l'entrata in vigore del D. Lgs. 507/99 il reato è stato depenalizzato e sostituito con una sanzione pecuniaria)
- 3) è esclusa quando è la *ratio* stessa della norma a prevederlo (es. la frode fiscale in cui la sanzione pecuniaria è sanzione adeguata a tutelare gli interessi protetti dalla norma)<sup>24</sup>

Un'ipotesi a parte si verifica nell'eventualità in cui la norma stabilisca una *poena adiecta* a fronte della violazione della stessa: se è prevista una sanzione amministrativa o penale non è assolutamente esclusa la nullità - in sede civile - del contratto: questo, cioè, potrebbe essere nullo, ma non dovrà esserlo necessariamente.

Il 1° comma assume poi un significato ulteriore se ad esso si fa riferimento per esaminare il settore delle norme imperative di protezione, perché all'interprete si aprono più vie per individuare conseguenze coerenti con la finalità protettiva di un contraente che è ciò che caratterizza la norma

---

<sup>24</sup> Crf., però, art. 62 Decreto Del Presidente Della Repubblica 26 aprile 1986 , n. 131 - *Testo Unico Imposta di Registro*, il quale prevede la nullità dei patti contrari alla legge.

imperativa: nella dottrina recente si è, infatti, posto in dubbio che la nullità tuteli esclusivamente interessi generali, sostenendosi che a volte è posta a presidio di interessi privati, come quelli di determinate categorie di contraenti cd. deboli<sup>25</sup>.

Ed è così che la nozione di nullità è entrata in crisi con l'affacciarsi di nuove situazioni che rendono labile il confine tra interessi generali ed interessi particolari o “seriali”<sup>26</sup> (riferibili, appunto, a categorie di contraenti cd. deboli).

Come si è detto in premessa, il tema è se le norme c.d. di protezione siano finalizzate alla sola tutela dei beneficiari di tali regole, o invece anche (se non soprattutto) alla tutela di interessi generali, quale, per esempio, l'integrità del mercato.

---

<sup>25</sup> PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, 1995, pag. 59

<sup>26</sup> GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo) I contratti*, A.11, n.2, febbraio 2003, pag. 202.

## PARAGRAFO II: La nullità relativa

### 1) Premessa

Inizialmente le ipotesi di nullità relativa, intesa come limite alla legittimazione a farla valere, erano molto poche, tanto che all'entrata in vigore del codice civile all'art. 1421 cos. civ. si prevedeva la legittimazione generale salvo diversa disposizione di legge.

In pratica i casi in cui si riteneva che la legge disponesse diversamente erano pochissimi: contratti di edizione (L. n.633 del 22/04/1941 artt. 120 – 122 Contratto di edizione a termine: sancisce la nullità del contratto nella misura in cui non sia determinato il numero minimo di esemplari da tirare per ciascuna edizione, e che si ritiene possa essere dichiarato nullo unicamente su iniziativa dell'autore.<sup>27</sup>) e dote (abrogata) tanto che addirittura alcuni autori negarono la configurabilità della stessa, considerando la legittimazione generale un requisito connaturale della nullità<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. PECCENINI, *Commentario del codice civile* Scialoja - Branca a cura di Francesco Galgano, Zanichelli editore, Bologna, Soc. Ed. del Foro italiano, Roma, 1998, pag. 843.

<sup>28</sup> Così SANTORO PASSATELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1986, p.247

Ogni riflessione sulla nullità relativa finiva, quindi, con l'assumere inevitabilmente il sapore di "un'escursione nel limbo delle eccezioni"<sup>29</sup>, riportando l'interprete ad un'idea di limitabilità della legittimazione soltanto espressa, con una marginale portata applicativa.

## **2) Evoluzione della nullità relativa**

Di recente, invece, i casi di nullità relativa si sono moltiplicati. La più recente legislazione speciale, in particolar modo quella di derivazione europea, ha radicalmente innovato la dogmatica tradizionale della nullità negoziale<sup>30</sup>: la nullità così introdotta risponde, infatti, ad esigenze differenti rispetto alla nullità assoluta di stampo codicistico.

Lo scopo è quello di riequilibrare le asimmetrie di potere contrattuale tra le parti, concedendo al contraente "debole", e a lui solo, la possibilità di far valere la nullità del contratto,

---

<sup>29</sup> PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 178

<sup>30</sup> Cfr. PUTTI, *La nullità parziale*, 2003, pag. 369: "Il legislatore comunitario, potendo la nullità, nella fattispecie concreta ed ai fini della soddisfazione dell'interesse del soggetto protetto, risultare più dannosa della validità, circoscrive, o meglio limita l'area della legittimazione ad agire e conferisce proprio al soggetto protetto dalla norma la facoltà di decidere se avvalersi o meno di essa".

negando tale azione sia all'altra parte, sia ai terzi estranei al rapporto stesso, in quanto la finalità di protezione della norma verrebbe vanificata se la legittimazione fosse concessa anche ad altri soggetti, diversi da quelli destinatari della tutela<sup>31</sup>.

Si può, per esempio ricordare il T.U. in materia bancaria e creditizia (D.lgs. n. 385 del 1° settembre 1993) all'art. 127 c. 2, rubricato "regole generali", il quale prevede che tutte le nullità previste nel titolo VI, relativo alla trasparenza delle condizioni contrattuali, possano essere fatte valere solo dal cliente; il T.U. in materia di intermediazione finanziaria (D.Lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998) stabilisce che i contratti relativi alla prestazioni dei servizi di investimento e accessori sono nulli, e la nullità può essere fatta valere solo dal cliente (art.23 c.3), nel caso non siano redatti per iscritto e un esemplare non è stato consegnato al cliente (art. 23 c. 1). Sono altresì nulle – e tale nullità può essere fatta valere solo dal cliente – le pattuizioni di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni suo carico (art. 23 c.2)<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Rivista diritto privato*, 2004, pag. 868

<sup>32</sup> Occorre qui menzionare anche l'art. 36 c. 3 del Codice del Consumo (D.lgs. 206 del 6 settembre 2005)

Ne è, perciò, conseguita una revisione della legittimazione a far valere la nullità e il rilievo è stato<sup>33</sup> che non ha più ragione d'essere la nullità sanzionatoria del comportamento di entrambe le parti, in nome di un astratto ordine pubblico, o di una norma imperativa.

### **2a) La nullità di protezione**

Il rinnovato sistema si estrinseca in un “ordine pubblico di protezione” alla cui attuazione meglio risponde il concetto di nullità relativa<sup>34</sup>, intesa proprio come legittimazione attiva ristretta al solo contraente il cui interesse è tutelato dalla norma, e non rivolto, quindi in modo indifferenziato a tutti i consociati<sup>35</sup>.

---

che riforma i precedenti art. 1469 *quinquies* c. 3 e art 1519 *octies* c. 1 cod. civ.

<sup>33</sup> GUARNERI, voce *Ordine pubblico* in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.* Torino, 1995, XIII, pag.154

<sup>34</sup> ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1981, pag. 164

<sup>35</sup> La nullità di protezione dovrebbe essere, quindi, intesa come una *species* del più ampio *genus* delle nullità relative. Contro questa tesi cfr A. GENTILI *La nullità di protezione*, Europa dir. priv., 2011, pag.77, secondo cui: “la nullità di protezione non è una nullità speciale, ma solo la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono tra loro l’interesse del privato e l’interesse generale; [...] la nullità di protezione non è una categoria unitaria, se non nella misura in cui è un genere comune, che accoglie però diverse specie e quindi diverse

La nullità di protezione<sup>36</sup> può perciò, qualificarsi, come espressione di un'esigenza, sempre più fortemente avvertita non solo a livello comunitario ma anche a livello nazionale, di riequilibrare le asimmetrie di potere contrattuale tra le parti<sup>37</sup>, compensando lo stato di inferiorità e debolezza di alcuni contraenti, così da contenere gli effetti delle posizioni dominanti e gli abusi che ne potrebbero conseguire.

Sul punto, però, è necessario un approfondimento, altrimenti si rischierebbe di pensare che la nullità sia posta esclusivamente a tutela di un interesse individuale riferibile al singolo contraente.

---

discipline; [...] in ciascuna specie di nullità di protezione, attese le caratteristiche del caso, la disciplina dipende dalla possibilità di realizzare l'interesse generale senza detrimento dell'interesse private protetto"

<sup>36</sup> In tema di nullità di protezione cfr. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, pag.816 seg.; PASSAGNOLI, *Nullità di protezione*, Codice del consumo a cura di G. Vettori, Padova, 2007, pag.370 seg.; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2007, pag.145 seg.; PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010; MANTOVANI, *Le nullità ed il contratto nullo*, Trattato Roppo, IV, Rimedi, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, pag. 155 seg.

<sup>37</sup> BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, op. cit, pag.861. MONTICELLI, *Rilevabilità d'ufficio*, in *Rivista Diritto Privato* 2002, pag. 685 seg.

Così non è. Se è vero che l'intento del legislatore è quello di proteggere il contraente debole, è anche vero che questa tutela si affianca alla tutela di interesse pubblico di ordine generale, che può essere identificato nell'interesse al corretto funzionamento del mercato nelle sue più svariate rappresentazioni: garantire una corretta concorrenza, evitare abusi e sopraffazioni della parte economicamente più forte, tutelare il risparmio come basilare elemento della economia nazionale.

Questi obiettivi possono essere raggiunti attraverso forme di controllo complementari tra loro: nel campo della protezione del consumatore si può ritenere che la combinazione di un controllo amministrativo con un *enforcement* giudiziale meglio permetta di controllare il rischio associato a prodotti o servizi destinati ai consumatori ovvero l'inserzione di clausole vessatorie o l'adozione di pratiche commerciali sleali<sup>38</sup>.

Nella legislazione di protezione, il legislatore comunitario prima e quello nazionale poi, tendono a far sì che alla declaratoria di nullità del patto o della clausola

---

<sup>38</sup> CAFAGGI MICKLITZ, "Enforcement" pubblico e privato nel diritto dei consumatori, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2010, pag. 328.

pregiudizievole per il soggetto destinatario della norma di protezione, non debba far seguito l'invalidazione dell'intero contratto. Il fine è quello di evitare che il consumatore sia stretto tra due alternative comunque negative, determinate o dall'esecuzione della fattispecie viziata, con la rinuncia implicita a far valere la nullità, pur di assicurarsi i beni od i servizi oggetto del contratto, oppure dalla rinuncia piena al negozio, a seguito della declaratoria di nullità, con la conseguente "perdita" del contenuto contrattuale.

### **3) Autonomia della nullità relativa**

Come sopra detto parte della dottrina riteneva l'istituto inammissibile e contraddittorio, non ammettendo la possibilità che un contratto fosse nullo per alcuni soggetti e valido per altri<sup>39</sup>.

La nullità relativa ha trovato difficoltà ad avere una sua autonoma collocazione nel campo delle invalidità negoziali<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> FEDELE, *Le invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1943, pag. 326

<sup>40</sup> Per una panoramica sui casi di nullità relativa nella nostra legislazione v. anche PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, 2007, Giappichelli, pag 34 seg.

Da una prima analisi parrebbe collocarsi fra la annullabilità e la nullità: il fatto che la legittimazione sia concessa soltanto a determinati soggetti la avvicinerrebbe all'annullabilità<sup>41</sup> ma da un più attento studio non può sfuggire la sua collocazione nell'ambito delle nullità: la *ratio* del rimedio risiede in un intreccio molto stretto tra interesse particolare di una delle parti e interesse generale, avvicinandosi, come detto, più a quest'ultimo<sup>42</sup>. Per meglio chiarire si è affermato che queste fattispecie si porrebbero, come la nullità classica, a garanzia di valori fondamentali dell'ordinamento, con la particolarità che, nel caso di specie, sarebbe più corretto parlare di interessi "di serie o di massa", dei quali "la parte"<sup>43</sup> è portatrice in forza di una propria

---

<sup>41</sup> Cfr. SACCO, *Il contratto*, IV, Utet, 1995, pag. 362, secondo il quale ogni restrizione del numero dei legittimari a far valere la nullità significa un avvicinamento della nullità all'annullabilità.

<sup>42</sup> Talvolta la migliore realizzazione di interessi fondamentali (quali sono nell'interpretazione tradizionale quelli tutelati dalla nullità) può essere affidata all'intervento di determinati soggetti che di quegli interessi sono nella fattispecie data gli occasionali depositari" TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enciclopedia Diritto*, XXVIII, Giuffrè, 1978, pag. 899.

<sup>43</sup> Ove la "parte" si identificherebbe con la figura del consumatore, del cliente, o comunque del contraente istituzionalmente debole.

condizione oggettiva”: è dunque il riflesso di un interesse generale<sup>44</sup>.

Salvo l’assolutezza dell’azione di legittimazione ci si chiede se gli altri effetti tipici della nullità siano applicabili anche alla nullità relativa. Tendenzialmente si ritengono applicabili gli effetti della imprescrittibilità<sup>45</sup> dell’azione; maggiormente dibattute sono, invece, le ipotesi della insanabilità e della rilevabilità d’ufficio.

Nel caso specifico del mancato rilascio di fideiussione per gli immobili da costruire il precetto della insanabilità incontra un limite<sup>46</sup> nel caso in cui la fideiussione stessa, originariamente mancante, venga consegnata all’acquirente in

---

<sup>44</sup> ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, pag. 790

<sup>45</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV ed., 2009, pag.996 seg.; POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. Dir. civ.*, 2003, pag. 931 seg., afferma che la nullità relativa si differenzia dall’annullabilità per la circostanza di essere caratterizzata dalla imprescrittibilità dell’azione (art. 1422 cod. civ.)

<sup>46</sup> Vedi anche Cass. sez. III 6 luglio 2006, : in tema di notificazioni, l’incompetenza per territorio dell’ufficiale giudiziario precedente costituisce motivo di semplice nullità relativa dell’atto, con conseguente ammissibilità della relativa sanatoria (nella specie realizzatasi per effetto della presentazione del ricorso).

un momento successivo alla stipula del contratto<sup>47</sup>. Parimenti si può ragionare nell'ipotesi in cui il contratto abbia avuto regolare esecuzione con trasferimento della proprietà in favore dell'acquirente<sup>48</sup>.

#### **4) La rilevabilità d'ufficio**

L'interesse della parte protetta (intesa come categoria sociale) corrisponde in questo caso, come già ricordato, all'interesse dell'ordinamento generale. Su questo piano si

---

<sup>47</sup> DE NOVA, *L'acquisto degli immobili da costruire*, 2005, Ipsoa, Milano, pag.16.

<sup>48</sup> PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Ipsoa, 2005, pag. 251.

Cfr. anche, in tema di contratti relativi all'acquisto di un diritto di godimento ripartito di beni immobili (art. 69 e seg. Codice del Consumo), BULGARELLI, *Contratti relativi all'alienazione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: note in tema di tutela dell'acquirente*, in *Riv. Not.*, 2000, pag. 554 e seg., il quale ha prospettato la possibilità di una sanatoria *ex post* della nullità nel caso in cui la fideiussione sia stata effettivamente prestata, ma ne manchi la menzione nel contratto. Così pure, tra gli altri, ERMINI, *Commento all'art 76 in Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro, pag.334, SIRGIOVANNI, *Commento all'art 76 in Codice del Consumo*, Commentario a cura di Alpa e Rossi Carleo, pag. 540.

Contra BARELA, *Commento all'art 76 in Commentario al Codice del Consumo*, a cura di Stanzione - Sciancalepore, pag.622 seg., il quale ritiene la nullità dell'art. 76 una nullità assoluta ed insanabile, anche quando di fatto sia stata prestata la garanzia.

colloca anche il problema della rilevabilità d'ufficio<sup>49</sup> la cui funzione è sia di evitare il consolidarsi degli effetti dei contratti nulli, sia, come afferma Filanti, eliminare un atto idoneo a “suscitare affidamenti precari salvaguardando così l'ordinato svolgimento del traffico giuridico”<sup>50</sup>.

Per quanto precedentemente detto ritengo che essa possa essere applicata alla nullità relativa, in quanto l'intervento del giudice soddisfa le esigenze di protezione del contraente “debole”: si pensi all'ipotesi del contraente non particolarmente informato, assistito, accorto, o addirittura contumace.

Ragionare solo in questi termini è, però, riduttivo perché il problema è rilevante e delicato, come meglio si vedrà in tema di contratti dei consumatori. In particolare si potrebbe ritenere che se la nullità è relativa e non rilevabile d'ufficio, potrebbe essere sanabile, avvicinandosi nuovamente

---

<sup>49</sup> Per un ampio inquadramento dottrinale per ciò che attiene alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, v. DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, nel *Trattato Bessone*, XIII, 7, Giappichelli, 2002, 153 ss.; MARICONDA, *La nullità*, in *I contratti*, a cura di ALPA-BESSONE, nella *Giurisprudenza Bigiavi*, IV, Utet, 1990, 308 ss.; IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, pag. 541 seg.

<sup>50</sup> FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Jovene, 1983, pag. 135

all'annullabilità<sup>51</sup> (es. sanerebbe la nullità il consumatore che – una volta emersa la nullità – non la facesse valere).

Il legislatore si pone il problema della rilevanza d'ufficio della nullità relativa in tema di contratti dei consumatori: nel caso in cui il consumatore non eccepisca la nullità il giudice può rilevarla d'ufficio ex art. 36.3 Codice del Consumo. Questa è un'importante statuizione, soprattutto nell'ipotesi in cui il consumatore rimanga contumace in un giudizio. L'efficacia di questa normativa è accresciuta proprio dal fatto che se, per ipotesi, il consumatore convenuto in un giudizio per essere condannato ad eseguire un contratto, non si costituisca ed il professionista invochi la clausola, è lo stesso giudice che può rilevare d'ufficio la nullità delle clausole abusive.

Si afferma che la disuguaglianza fra consumatore e professionista possa essere riequilibrata solo grazie all'intervento positivo di soggetti estranei al rapporto

---

<sup>51</sup> Si è sostenuto, ancora, che la nullità assoluta è quella insanabile, mentre la nullità relativa è sanabile. Tuttavia va riflettuto che la sanatoria è conseguenza possibile solo di annullabilità ed inefficacia, mentre la nullità, quale forma più grave di invalidità, non ammette sanatoria. La nullità sanabile integra, nelle varie ipotesi, ora l'annullabilità ora l'inefficacia. Così DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, pag. 49.

contrattuale, e ciò avverrebbe principalmente per il tramite dell'esercizio del potere del giudice che può dichiarare nullo un contratto dedotto in giudizio, anche in assenza di una apposita domanda od eccezione di parte<sup>52</sup>.

### **5) Nullità relativa virtuale e rilevabilità d'ufficio**

Occorre, inoltre, chiedersi se la nullità relativa possa essere virtuale, possa, cioè esistere anche in assenza di una espressa previsione legislativa. In giurisprudenza si riscontrano posizioni contrastanti: accanto a pronunce che ne sottolineano l'esistenza come per esempio Cass. 10920/2005<sup>53</sup> in tema di alienazione e trasmissione delle cose d'interesse

---

<sup>52</sup> Corte di giustizia ce 26.10.06 n.168

<sup>53</sup> È il caso della nullità comminata dall'art. 61, Legge 1° giugno 1939, n. 1089, ora trasfuso nell'art. 164 D. Lsg. 42/04 - Codice dei beni culturali. Cass. Sez. II, 24 maggio 2005, n. 10920: "La nullità prevista, a tutela delle cose di interesse storico ed artistico, dall'art. 61, Legge 1° giugno 1939 n. 1089 per le alienazioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalla legge stessa o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esse prescritte, è di carattere relativo, essendo stabilita nell'interesse esclusivo dello Stato e non può, quindi, essere dedotta dai privati o essere rilevata d'ufficio dal giudice. (V. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 923; Cass. Sez. III, 12 ottobre 1998, n.10083; Cass. Sez. un., 9 dicembre 1985, n.6180)

artistico, vi sono posizioni contrarie che negano il carattere relativo della nullità se non espressamente stabilito dalla legge Cass. 19223/2007<sup>54</sup> in tema di disdetta della locazione priva di specifici motivi.

Dibattuta in dottrina è, invece, l'ipotesi della conciliabilità della rilevanza d'ufficio della nullità con il carattere relativo della stessa in mancanza di espressa previsione legislativa, sul presupposto che l'intervento

---

<sup>54</sup> Si è ritenuto trattarsi di nullità assoluta, non ricorrendo alcuna previsione normativa che fissi limiti alla legittimazione a dedurla. In tema di locazione di immobili ad uso diverso da quello abitativo, nella comunicazione del diniego di rinnovazione del contratto alla prima scadenza, ai sensi dell'art. 29 legge 27 luglio 1978 n. 392, deve essere specificata quale particolare attività il locatore (o chi per lui intenda svolgere). A tale specificità è attribuito rilievo non soltanto per la soddisfazione delle esigenze di informazione e di controllo spettanti al conduttore, ma anche per consentire al giudice di verificare la conformità della pretesa alla fattispecie legale delineata dagli artt. 28 e 29 della citata legge, implicante una disdetta caratterizzata da un ben preciso contenuto, e ciò in considerazione, peraltro, della esigenza di tutela della stabilità delle locazioni non abitative, consentendone la cessazione alla prima scadenza del periodo legale di durata solo nelle tassative ipotesi previste per il diniego di rinnovazione. Cass. Sez. III, 14 settembre 2007, n. 19223. V. anche Cass. 24 maggio 1993, n. 5827; Cass. 13 aprile 1989, n. 1776

officioso del giudice vanificherebbe di fatto, smentendola, la riserva di legittimazione in favore del contraente debole<sup>55</sup>.

A chi nega la rilevabilità d'ufficio escludendo che possa dirsi esistente un principio generale secondo cui in ogni caso di nullità relativa questa possa essere rilevata d'ufficio, si risponde che l'intervento del giudice non è incondizionato. La declaratoria si avrà solamente nel caso in cui ciò non risulti pregiudizievole per la parte che il legislatore intende proteggere. Questa valutazione viene effettuata tenendo conto anche del comportamento processuale della parte, la quale potrà sempre esprimere la volontà di accettare gli effetti della clausola nulla. Se così non fosse, si afferma, verrebbero vanificate le finalità di tutela perseguite dal legislatore e la nullità relativa da strumento di protezione, diverrebbe uno strumento pregiudizievole<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> CIAN, *Il nuovo capo XIV bis (Titolo II, libro I del Codice Civile), sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium Iuris*, 1996, pag. 417; GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, I, pag. 428.

<sup>56</sup> MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. Dir. priv.*, 2005, pag. 685 seg.; BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, pag. 884 seg.

## 6) Evoluzione giurisprudenziale della rilevanza d'ufficio

Importante, nell'analisi in oggetto, è sapere se la nullità sia rilevabile d'ufficio o meno perché altrimenti si potrebbe sostenere che se la nullità è relativa e non rilevabile d'ufficio allora è anche sanabile (e, dunque, si approssimerebbe molto alla annullabilità). Per es. sanerebbe la nullità il consumatore che, una volta emersa la nullità, non la facesse valere.

La Cassazione è di recente intervenuta in merito. In particolare prima della sentenza Cass. n. 6170 02/03/2005 la giurisprudenza<sup>57</sup> di gran lunga dominante tendeva a considerare la nullità rilevabile d'ufficio solo a due condizioni:

- i) la nullità doveva emergere dalla materia probatoria sottoposta al giudice, il quale decide sulla base degli atti<sup>58</sup>.

Parlare della rilevanza d'ufficio non vuol, quindi, dire che la parte non debba provare la nullità; in altri termini,

---

<sup>57</sup> Da ultimo Cass. 23 dicembre 2004 n. 23929

<sup>58</sup> V. per il principio della necessaria risultanza della questione sulla base degli atti di causa, altresì, da ultimo, Cass., 28.1.2004, n. 1552; Cass., 23.10.1998, n. 10530.

l'onere della prova a carico delle parti resta fermo. Tuttavia il giudice dichiara la nullità del contratto – senza che ciò gli venga chiesto con la domanda attorea o con l'eccezione del convenuto – se dal materiale probatorio a sua disposizione, e che le parti hanno prodotto ad altri fini, emerge la nullità del contratto.

- ii) la parte attrice chiedeva l'esecuzione del contratto ed il convenuto resisteva sostenendo di avere già adempiuto o, comunque, non eccepiva la nullità.

La rilevabilità d'ufficio era, invece, preclusa se oggetto della domanda attorea era la risoluzione del contratto o un'altra domanda volta a privarlo di effetti<sup>59</sup>. Nel delibare la domanda di esecuzione dell'attore il giudice si deve prima chiedere se il contratto sia valido o meno, e nel caso sia invalido deve respingere la domanda stessa. Per contro, nel caso di domanda di risoluzione o, più in generale, di

---

<sup>59</sup> Il principio della Giurisprudenza maggioritaria era quello per cui "la nullità del contratto può essere rilevata ex officio ogniqualvolta, acquisiti gli elementi idonei ad evidenziarla, sia stata invocata in giudizio l'applicazione del contratto stesso o il riconoscimento dei diritti che presuppongono la validità di quest'ultimo; osta pertanto alla rilevabilità la proposizione di una domanda che prescindendo dalla validità ed efficacia" Cass., 14.1.2003, n. 435, Cass., 17.5.2002, n. 7215, che seguono l'orientamento tradizionale (a partire da Cass., 18.4.1970, n. 1127)

privazione degli effetti del contratto per una certa ragione, il giudice non può, in ossequio al principio della domanda, accogliere sulla base di ragioni differenti a pena di cadere nel vizio di ultrapetizione. Tutto questo perché il giudice non deve sostituirsi alle parti nell'individuazione delle ragioni.

La dottrina era di diverso avviso e sosteneva che se il contratto è nullo non c'è nessun effetto da eliminare e non avrebbe senso privare di effetti un contratto che non li ha mai prodotti.

Principio di diritto che sintetizza l'orientamento consolidato: il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto ex art. 1421 cod. civ. va coordinato con il principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 cod.<sup>60</sup> proc. civ., sicché solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice è tenuto a rilevare, in qualsiasi stato e grado del giudizio, l'eventuale nullità dell'atto, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti.

---

<sup>60</sup> MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Cedam, 1995, pag. 279, il quale afferma che, sia che venga chiesto l'adempimento del negozio, sia che venga chiesto l'annullamento, la rescissione, la risoluzione, la nullità rappresenta sempre una questione pregiudiziale sulla quale non dovrebbe estendersi il giudicato senza che vi sia stato il preventivo dibattito tra le parti, pena la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa.

Al contrario, qualora la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, la deduzione di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda (nella prima ipotesi), e di una qualsiasi causa di nullità o di un fatto costitutivo diverso dall'inadempimento (nella seconda ipotesi) sono inammissibili, né tali questioni possono essere rilevate d'ufficio<sup>61</sup>, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra petita*.

Principio di diritto a seguito della sentenza n. 6170 02/03/2005<sup>62</sup>: “a norma dell'art. 1421 cod. civ. il giudice deve rilevare d'ufficio le nullità negoziali, non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione, di annullamento, o di rescissione, procedendo ad un accertamento incidentale

---

<sup>61</sup> Si discostano gradualmente dall'opinione diffusa, nel senso che viene ammessa la dichiarazione officiosa di nullità in seno ad una risoluzione del contratto: Cass. 2 aprile 1997, n. 2858; Cass. 18 luglio 1994, n. 6710; Cass. 28 gennaio 1986.

<sup>62</sup> Cfr. MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art 1421 e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. Giur. 2005*, pag. 957.

relativo ad una pregiudiziale in senso logico giuridico, idoneo a diventare giudicato”<sup>63</sup>.

### **7) Riflessioni sulle conseguenze derivanti dal nuovo orientamento**

- cosa cambia, dal punto di diritto sostanziale, tra dichiarare la nullità e pronunciare la risoluzione, l’annullamento o la rescissione?
- Se il giudice d’ufficio dichiara la nullità, a fronte di domanda di risoluzione, l’attore ottiene lo stesso bene della vita che ha chiesto?

Nel sistema italiano se si chiede la nullità, ed il giudice la accoglie, si ottiene solo una dichiarazione di nullità e niente altro; ciò significa che – a differenza di quanto avviene per es. in Francia – se si vuole ottenere la restituzione delle prestazioni indebitamente eseguite, occorre altresì chiedere la condanna alle restituzioni.

---

<sup>63</sup> Sul punto v. anche Cass. 27 aprile 2006, n. 9642, in cui si riconosce genericamente il formarsi del giudicato implicito sulla validità di un contratto preliminare del quale era stata promossa ed esaminata la domanda di risoluzione, e Cass. 12 aprile 2006, n. 8612.

Colui che agisce in risoluzione, per definizione non chiede la restituzione, ma chiede lo scioglimento del contratto a cui può aggiungere una domanda di risarcimento del danno derivante dall'inadempimento che tra le voci potrà prevedere anche la restituzione della prestazione eseguita.

Applicando il principio di diritto della sentenza ultima al caso di un giudizio in cui l'attore domanda la risoluzione del contratto per inadempimento e il risarcimento dei danni, a fronte di un contratto che *ex actis* emerge essere nullo, il giudice dovrà d'ufficio dichiarare la nullità del contratto e tale accertamento sarà idoneo a passare in giudicato. Il giudice può e deve solo dichiarare la nullità, non può anche condannare alle restituzioni, né accogliere la domanda di risarcimento.

L'attore, avuta in primo grado la dichiarazione di nullità, non può in appello chiedere le restituzioni per il principio di divieto di domande nuove. Può invece promuovere un nuovo giudizio a meno che il diritto alla restituzione di quanto indebitamente pagato non sia prescritto: nel momento in cui viene pronunciata la nullità potrebbe, infatti, essere già prescritta l'azione di ripetizione decorrente dal momento dell'esecuzione della prestazione non dovuta (dubbio è l'orientamento di parte della giurisprudenza di merito che fa

decorrenza della prescrizione dalla dichiarazione di nullità *ex* art.1422 cod. civ.)

Egli non può chiedere il risarcimento dei danni per inadempimento perché essendo nullo il contratto, non vi è alcun inadempimento. Un profilo diverso – anche per quanto riguarda il *quantum debeatur* – è quello della risarcibilità del danno per conclusione di contratto nullo. Si potrebbe pensare che il giudice oltre a dichiarare la nullità del contratto condanni in qualche modo alle restituzioni, essendo queste ultime una voce della domanda di risarcimento del danno che accompagna la risoluzione.

#### **8) *Il nuovo art. 101 c.2 codice procedura civile.***

La recente riforma<sup>64</sup> del processo civile del 18 giugno 2009 n. 69, all'art. 45, ha innovato l'art 101 cod. proc. civ.<sup>65</sup>,

---

<sup>64</sup> Tra i tanti interventi, cfr. CONSOLO - GODIO, *La riforma del 2009*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO e DE CRISTOFARO, Milano, 2009, sub art. 101; RICCI G.F., *La riforma del processo civile. L. 18 giugno 2009, n.69*, Torino, 2009, pag. 21; VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2010, pag. 101.

<sup>65</sup> L'art. 101 c.2 cod. proc. civ. (Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni

inserendo coordinate più precise in merito ad una questione soggetta a frequenti interventi dottrinali e giurisprudenziali.

Si è sempre discusso se l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio costituisca l'oggetto di un obbligo<sup>66</sup> o di una mera facoltà<sup>67</sup> discrezionale di chi giudica. L'apparato della legge poteva far propendere per la facoltà: l'assenza di ogni espressa previsione imperativa nell'art. 183 c. 4 cod. proc. civ., il cui contenuto non è stato intaccato dalle recenti

---

dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione) va coordinato, in particolare, con l'art. 183, comma 4°, c.p.c., che impone al giudice, nell'udienza di trattazione, di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, e con l'art. 384, comma 3°, cod. proc. civ., che (con previsione molto simile a quella adesso contenuta nell'art. 101, comma 2°, cod. proc. civ.) prevede la riserva di decisione in cassazione, con l'assegnazione di un termine per il deposito di osservazioni, quando la corte rileva d'ufficio una questione su cui fondare la decisione.

<sup>66</sup> Ritengono che l'art. 183 c.4 sia espressione di un obbligo del giudice, per es. MONTESANO, ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Torino, 1991, pag.36; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile di cognizione*, Milano, 1996, pag. 163; LANFRANCHI, *Giusto processo (processo civile, in Enc. Giur. Treccani, X, Roma, 2001 (agg.), pag. 11*

<sup>67</sup> Sono favorevoli alla tesi della facoltà: CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, pag. 334; ROCCO U., *Trattato di diritto processuale civile*, III, Torino, 1966, pag. 79; TARUFFO, *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, in *Riv. Dir. proc.*, 1992, pag. 296

riforme e la mancanza di una sanzione espressa, facevano ritenere che si trattasse di una “moralità positiva”, piuttosto che di un diritto cogente<sup>68</sup>.

Si può ritenere che la riforma ultima rafforzi la tesi dell’obbligo<sup>69</sup>: non avrebbe senso la nullità testuale, né la predisposizione di una tecnica rimediale *ad hoc* se si intendesse l’apertura del dibattito alla stregua di una mera facoltà<sup>70</sup>.

Dunque il giudice deve, a pena di nullità della sentenza, sottoporre al contraddittorio delle parti la questione rilevata d’ufficio. Il legislatore ha fotografato ciò che accade nella prassi: il giudice studia il fascicolo di causa e le risultanze processuali - in particolare quando deve emettere la sentenza - ed è soltanto allora che rileva la presenza di una questione, rimasta silente, su cui le parti non hanno discusso nei loro atti;

---

<sup>68</sup> GIORDANO, *Sull’art. 101, comma 2, c.p.c.: un dispositivo recente su una questione antica*, in *Giustizia Civile*, 3/2012, II, pag. 142.

<sup>69</sup> La dottrina che, da ultimo, si è occupata del tema ha espresso opinione favorevole a questa interpretazione: RICCI G.F. *La riforma del processo civile. L. 18 giugno 2009, n.69, op. cit.*, pag. 21, FABIANI E. *Contraddittorio e questioni rilevabili d’ufficio*, in *Foro It*, 2009, V, pag. 266.

<sup>70</sup> GIORDANO, *Sull’art. 101, comma 2, c.p.c.: un dispositivo recente su una questione antica, op. cit.*, pag. 142

in base al nuovo art. 101 cod. proc. civ., prima di decidere, è obbligato a sollecitare le parti a presentare “osservazioni” sulla questione.

**La rilevabilità d’ufficio nei contratti dei consumatori:  
*rinvio.***

Nel capitolo relativo alla disciplina dei consumatori verrà approfondita l’analisi sopra compiuta, domandandosi se le acquisizioni cui la dottrina e la recente giurisprudenza sono pervenute valgano anche per le ipotesi di nullità di protezione, tipiche della legislazione a tutela dei consumatori.

### **PARAGRAFO III: Art 28 lex notarile**

Un problema sul quale la dottrina ha posto di recente la propria attenzione è quello relativo all'art 28 della legge notarile il quale vieta al notaio rogante di ricevere atti “espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico” con la conseguente applicazione a carico dello stesso delle sanzioni previste dall'articolo 138 comma 6 della legge stessa<sup>71</sup>. È dunque sanzione particolarmente grave: la seconda per gravità dopo la destituzione<sup>72</sup>.

Il compito dell'interprete è quello di individuare quali siano tali atti la cui ricezione da parte del notaio configuri un comportamento grave al punto tale da giustificare la sanzione della sospensione: la gravità è un predicato del ricevere l'atto<sup>73</sup>.

Accettato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui l'articolo predetto sia applicabile soltanto in caso

---

<sup>71</sup> “è punito con la reclusione da sei mesi ad un anno il notaio che contravviene alle disposizioni degli art. (...) 28 (...)”

<sup>72</sup> Art. 135 legge notarile.

<sup>73</sup> DE NOVA, *Gravità del comportamento del notaio e sanzione disciplinare: a proposito dell'art 28 della legge notarile*, in *Rivista di Diritto Privato*, anno X, n.2, Ipsoa, aprile-giugno 2005, pag.281.

di nullità dell'atto posto in essere, ci si domanda se la responsabilità sussista anche nelle ipotesi di nullità relativa.

Lo sforzo maggiore è quello di appurare se la nullità relativa sia vizio strutturale del negozio, oppure uno strumento posto a tutela del contraente debole, allo scopo di consentirgli di recuperare una parità negoziale posta in discussione, in linea di principio, in considerazione della diversa qualità soggettiva dei contraenti. Come precedentemente evidenziato la nullità relativa può giocare un ruolo di equilibrio contrattuale piuttosto che di conflitto per i contraenti, nel senso che il contraente "debole" può comunque decidere di non avvalersi del rimedio della nullità (per calcoli di equilibrio contrattuale, per evitare i costi di un procedimento, per lo scarso valore della clausola...) trovando soddisfazione proprio nella rinuncia a tale soluzione.

Il notaio assume il ruolo di strumento neutrale di sicurezza e antilitigiosità. La valutazione sulla convenienza o meno dell'atto spetta alle parti stesse con un giudizio di merito che coinvolge l'intero contratto: tale valutazione esula dalla competenza del notaio.

Egli dovrà sì svolgere il proprio compito tenendo conto della disciplina tutta del codice deontologico, ma si può ritenere che non possa ammettersi un obbligo professionale di

rilevare la nullità della clausola, sanzionabile ai sensi dell'art. 28 della legge notarile.

Eventuali manchevolezze notarili (per esempio superficialità nella stesura dell'atto; una mancanza di approfondimento dell'esistenza della clausola presuntivamente abusiva e della compita spiegazione di essa nei confronti del contraente debole) potrebbero incidere sotto altri aspetti – violazione del codice deontologico con conseguente sanzione disciplinare ex art. 147 legge notarile o eventuale responsabilità civile – ma non certamente sotto il profilo dell'applicazione dell'art. 28 della legge notarile<sup>74</sup>.

Questa opinione è stata espressa per la prima volta dalla Corte di Cassazione nel 1997<sup>75</sup> trovando poi successive

---

<sup>74</sup> CASU, *Funzione notarile e controllo di legalità*, in *Riv. Not.*, 1998, n.4

<sup>75</sup> Cass. 11 novembre 1997, n. 11128. Con questa sentenza la Corte di Cassazione ha radicalmente mutato l'indirizzo giurisprudenziale fino ad allora seguito aderendo alla tesi secondo la quale il divieto di cui all'art. 28 L.N., riguarda soltanto le ipotesi di nullità assoluta inequivoca, precisando che esse sono sia quelle comprese nel comma 1 dell'art 1418 cod. civ., sia quelle indicate nei commi successivi, poiché anche gli atti affette da queste ultime nullità sono, a ben vedere, atti contrari a norme imperative. PROTETTI' - DI ZENZO, *La legge notarile - Commento con dottrina e giurisprudenza delle leggi notarili*, V Ed., Giuffrè, Milano, pag.157-158.

conferme nel corso degli anni<sup>76</sup>: nella locuzione “atti espressamente proibiti dalla legge” ex art. 28 della legge notarile, vanno, dunque, ricompresi soltanto gli atti inequivocabilmente nulli, quelli per i quali la sanzione della nullità è prevista a livello testuale oppure deriva dall’applicazione della norma di cui all’art. 1418 cod. civ. comma 1<sup>77</sup>, anche se per effetto di un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>78</sup>; in questo ultimo caso l’irricevibilità dell’atto è ammessa nel caso in cui il divieto si possa desumere in via del tutto pacifica ed incontrastata, senza imporre al notaio difficili compiti ermeneutica, in presenza di incertezze interpretative. Restano fuori i vizi che comportano

---

<sup>76</sup> Cfr. Cass Sez. III 14 febbraio 2008, n. 3526/08. La sanzione di cui all’art. 28 L. N. non è applicabile a carico del notaio che abbia allegato ad un atto pubblico di compravendita un certificato di destinazione storico-urbanistica non riportante la destinazione attuale della particella compravenduta, trattandosi di atto di cui l’art. 30, comma 4 bis del D.P.R. 380/2001 non prevede la nullità assoluta ma una invalidità sanabile, stante la possibilità di una sua “conferma” o “integrazione” anche ad opera di una sola delle parti o dei suoi aventi causa.

<sup>77</sup> In questo ultimo caso l’irricevibilità dell’atto si giustifica qualora il divieto possa desumersi in via del tutto pacifica ed incontrastata. Cfr. Cass. 19 febbraio 1998 n. 1766

<sup>78</sup> Cfr. DE NOVA, *op.cit.*, il quale afferma che ciò significherebbe fa dipendere la sospensione del notaio dall’esistenza o dall’assenza di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

annullabilità, inefficacia e nullità relativa dell'atto, anche se in questi casi al notaio incombe l'obbligo ex art. 1 legge notarile di avvertire le parti dell'esistenza di detti vizi.

Per completezza occorre segnalare che parte della dottrina ritiene che questa interpretazione dell'art. 28 legge notarile non sia appagante, in quanto si suole guardare alla sanzione civilistica che accompagna l'atto stipulato e non alla gravità di ricevere un determinato atto. Non può non essere giudicato grave il comportamento del notaio che riceva l'atto nella consapevolezza delle circostanze che lo hanno determinato.

Per l'autore non ha alcun senso affermare che sia comportamento più grave per un notaio ricevere un contratto nullo, che non un contratto annullabile o inefficace.

Non essendo, perciò, la sanzione civilistica che accompagna il contratto concluso ad essere rilevante, un criterio per identificare i comportamenti del notaio (che riceve un atto) che meritino la sanzione della sospensione si può ricavare dalla ricostruzione della *ratio* dell'art. 135 in collegamento con l'art 28 legge notarile.

L'art 28 legge notarile sanziona il notaio che mette in circolazione contratti che, grazie al suo intervento, hanno

*chances* aggiuntive di vincolare i contraenti: sanziona il notaio che tradisce il suo ruolo in qualità di “custode” del contratto. Per il notaio che commette un errore nel ricostruire il diritto imperativo dei contratti, opera, invece, la responsabilità del professionista.

## **CAPITOLO II**

### **LA RINUNCIA E L'INDISPONIBILITÀ**

**SOMMARIO:** PAR. I: La Rinuncia - 1) Oggetto e forma della rinuncia –  
PAR. II: L'indisponibilità - 1) La disponibilità e i diritti patrimoniali

#### **PREMESSA**

La nullità di protezione trova una specifica disciplina nell'art. 143 del Codice del Consumo, dove nella prima parte del 1° comma il legislatore sancisce l'irrinunciabilità dei diritti del consumatore. I diritti attribuiti al consumatore sono irrinunciabili, ed è nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice (art. 143 c.1). Questo principio generale della normativa di tutela si esprime sotto due profili: 1) il consumatore non può rinunciare ai propri diritti 2) Il patto contrario alle norme del codice del consumo è nullo.

Da ciò si evince con estrema chiarezza testuale che le norme del Codice del Consumo sono norme imperative tanto è vero che è nullo ogni patto contrario, ma l'attenzione va posta su cosa si intenda quando si afferma che i diritti del

consumatore sono irrinunciabili, sottolineandone la differenza rispetto ai diritti indisponibili.

### **PARAGRAFO I: La Rinuncia**

Nel nostro ordinamento manca una disciplina generale della rinuncia: nel codice civile non si trova una definizione dell'istituto, ma vengono individuate alcune ipotesi di atti di rinuncia e ne vengono disciplinati i profili. Un esempio è costituito dall'art 1350 (atti che devono farsi per iscritto) n. 5 cod. civ. il quale impone l'atto pubblico o la scrittura privata, sotto pena di nullità, per gli atti di rinuncia in tema di trasferimento di beni immobili e di costituzione, modifica o trasferimento di altri diritti reali.

Stante l'impossibilità di delineare un unico profilo della fattispecie si può ritenere di individuare una proposta di definizione nell' "atto unilaterale mediante il quale un soggetto titolare di una posizione di vantaggio se ne spoglia volontariamente"<sup>79</sup>. Tratto comune è quello, quindi, di

---

<sup>79</sup> MOSCARINI, *Rinuncia*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1991, pag 1 seg.

costituire un modo di esercizio del diritto da ammettersi in linea generale salvi i divieti posti dall'ordinamento<sup>80</sup>.

Esistono essenzialmente due gruppi di casi in cui non è consentito rinunciare:

- perché è in gioco un interesse altrui, è attribuita una funzione, cioè un potere nell'interesse di un altro soggetto che la legge vuole tutelare: per es. potestà parentale dei genitori;
- perché è attribuita ad un soggetto una posizione di vantaggio nel suo interesse ed il legislatore vuole evitare che il titolare rinunci ad essa giacché presume che la rinuncia non sarebbe libera e spontanea: es. lavoratore subordinato (art. 2113 cod. civ.), consumatore. In tali casi sotto la specie rinuncia ci sarebbe in realtà un accordo vietato.

---

<sup>80</sup> Per es. cfr. art. 1956 comma 2 cod. civ. in tema di estinzione della fideiussione, il quale stabilisce che non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione; art.1118 comma 2 prevede che i condomini non possano sottrarsi al contributo nelle spese per la conservazione delle cose comuni, rinunciando al diritto sulle stesse.

Il problema attiene sostanzialmente alla natura di atto giuridico unilaterale della rinuncia, e più precisamente come negozio unilaterale abdicativo<sup>81</sup>, di cui non pare potersi dubitare ove si osservi che le fattispecie non subordinano l'efficacia della rinuncia stessa ad una approvazione o al consenso di terzi<sup>82</sup>.

Più complessa è, invece, la questione attinente alla natura di atto recettizio o meno dell'istituto: la tesi prevalente della dottrina è in senso negativo<sup>83</sup>, ma non pare che ciò possa considerarsi valido per tutte le fattispecie di rinuncia, almeno

---

<sup>81</sup> LIPARI, *Obbligazioni, Vol.3, Il rapporto obbligatorio*, in *Diritto Civile*, diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, Giuffrè, 2009, pag. 276

<sup>82</sup> CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag.129 ss. CARMINE DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, pag. 354 seg.

<sup>83</sup> BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, vol. I, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1962, pag. 341.

Cfr. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, pag. 923, il quale motiva con l'irrilevanza strutturale dell'eventuale acquisto da essa (rinuncia) prodotto a favore dei terzi, posto che eventuali effetti diretti non consentirebbero altrimenti di qualificare come rinuncia l'atto di volontà.

Anche GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1959, pag. 111, ha ritenuto di dover escludere siffatto carattere nella rinuncia, sulla base della considerazione dell'irrilevanza strutturale dell'eventuale acquisto da essa prodotto a favore di terzi.

quando questa debba essere accettata, come sembra presupporre l'art. 1240 cod.civ. in tema di rinuncia ad una garanzia verso corrispettivo; o anche secondo l'art. 306 del codice di procedura civile, il quale subordina l'efficacia della rinuncia agli atti del giudizio, all'accettazione dell'altra parte. La recettività è, inoltre, insita al rapporto in cui la rinuncia medesima opera: così se ponga fine ad un accordo contrattuale, come per la rinuncia al mandato, o più in particolare per le rinunce alla comunione al muro (art. 882 cod. civ.) od alla quota di comproprietà (art. 1104 cod. civ.) o ancora alla rinuncia al fondo servente (art. 1070 cod. civ.)<sup>84</sup>.

Pare dunque potersi rilevare come il carattere recettivo o meno sia da individuare caso per caso, con un punto fermo costituito dall'atto che produca conseguenze nella sfera giuridica dei terzi (anche quando da essi non debba essere espressa una volontà positiva) rimanendo sempre riservata la facoltà di rifiuto, che presuppone, appunto, la ricezione della dichiarazione<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> In questi ultimi casi la recettività produce l'effetto di sottrarre il rinunciante - ancorché solo *de futuro* - agli obblighi derivanti dalla titolarità del diritto, accollandoli all'altro comunista che, salvo il rifiuto, acquista la proprietà della quota rinunciata per accrescimento.

<sup>85</sup> SICCHIERO, *Rinuncia* in *Digesto*, XVII, 1998, pag. 655.

Il fatto che la rinuncia venga considerata come non recettizia, porta, per alcuni, alla conseguenza che la stessa sia anche irrevocabile; si avrebbe, quindi, l'effetto immediatamente estintivo del diritto, causato dalla pura e semplice emissione della dichiarazione<sup>86</sup>.

Pare più corretto seguire un ragionamento più ampio ed articolato: il più delle volte con la rinuncia opera, subito o quando giunga al destinatario se recettizia, la cessazione del diritto del rinunciante ed il contemporaneo acquisto del diritto da parte di altri soggetti (salvo il loro rifiuto)<sup>87</sup>. In queste ipotesi, in cui la modifica della situazione creatasi in forza della rinuncia non sarebbe più limitata alla sola sfera del rinunciante, sembra non possa ritenersi prospettabile una revoca pura e semplice, dovendo piuttosto verificarsi nel contempo i presupposti per l'acquisto del diritto rinunciato.

---

Cfr. anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, dir. da Vassalli, Torino, UTET, 1960, pag. 301, per il quale, ogniqualvolta "oggetto di rinuncia è un diritto con soggetto passivo determinato, l'accettazione di questo è necessaria, poiché si tratta di modificare, sia pure a suo favore, un suo rapporto giuridico".

<sup>86</sup> MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, pag.940

<sup>87</sup> SICCHIERO, *Rinuncia* in *Digesto*, XVII, 1998 pag. 656 così per esempio la rinuncia alla servitù, evidentemente irrevocabile allorché giunga a conoscenza del proprietario del fondo servente perché estinto il diritto cui si riferisce.

Ritengo, invece, da preferire la tesi secondo la quale se a seguito della rinuncia si crei una situazione di vacanza della titolarità (esclusa solo per i beni immobili dall'art 827 c.c.), la revoca sia ammissibile: infatti, in questi casi, il diritto non verrebbe trasferito ad alcun titolare.

Parimenti in tutte le ipotesi in cui si rilevi il carattere recettizio di una rinuncia, questa potrà essere ritirata purché il ritiro giunga a conoscenza del destinatario prima della rinuncia medesima: qui l'effetto estintivo non sorge dalla pura dichiarazione ma, *ex art. 1344 cod. civ.*, dal momento in cui perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata. Naturale conseguenza del principio è che ove la rinuncia sia soggetta ad accettazione, sarà sempre possibile il ritiro prima che l'effetto estintivo del diritto del rinunciante si sia prodotto, così come sono revocabili proposta ed accettazione prima della conclusione: ciò accade per la rinuncia agli atti del giudizio *ex art. 306 cod. proc. civ.* prima che risulti accettata dalle controparti, valendo fino a quel momento come proposta di rinuncia.

La rinuncia potrà, inoltre essere parziale, salvo i casi contrari stabiliti dalla legge (art. 520 cod. civ. vieta la rinuncia parziale dell'eredità, principio correlato a quello dell'art. 475

---

ultimo comma cod. civ., che vieta l'accettazione parziale dell'eredità. Si ha rinuncia parziale non solo quando il chiamato per intero dichiara di rinunciare ad una quota, o il chiamato *pro quota* rinuncia ad una parte di essa, ma anche quando si rinuncia a determinati beni o a determinate passività ed oneri<sup>88</sup> ).

### **1) Oggetto e forma della rinuncia**

Premesso che sono i diritti - cui vengono ricondotti i c.d. diritti potestativi - e non i beni ad essere oggetto della rinuncia, la questione centrale attiene all'esistenza di diritti che la legge qualifica come non rinunciabili ed alla conseguente necessità di verificare se per le ipotesi in cui il legislatore non dispone, possa ugualmente risultare un limite alla libera rinunciabilità del diritto stesso.

In linea generale si può affermare che tutte le situazioni giuridiche soggettive attive possono formare oggetto di rinuncia, siano esse di natura sostanziale o processuale, ed

---

<sup>88</sup> Interessante il dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo al fatto se sia possibile accettare al quota di eredità dovuta per legge, rifiutando quella devoluta per testamento, e viceversa. Dottrina e giurisprudenza prevalenti seguono la tesi negativa. Vedi CAPOZZI - FERRENTINO, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2009, pag. 236.

anche un potere giuridico, quale per es. quello spettante al rappresentante in virtù dell'atto di conferimento<sup>89</sup>. Quello che deve escludersi è soltanto la possibilità di dismissione di poteri generici e non qualificati, che sono manifestazioni non autonome del diritto soggettivo e pertanto ne seguono strettamente le vicende<sup>90</sup>.

Ciò che inerisce anche alla disponibilità o meno dei diritti nell'ambito della normativa sui consumatori – e che verrà nello specifico analizzata - è che se la rinuncia è atto di esercizio di un diritto, solo i diritti attualmente in patrimonio possono essere rinunciati, valendo altrimenti la rinuncia come esercizio di un diritto di cui non si è titolari<sup>91</sup>. In questo caso

---

<sup>89</sup> PETRELLA, *Commentario al codice del Consumo*, IPSOA, 2006, pag. 1078

<sup>90</sup> Deve negarsi la rinunciabilità della situazione soggettiva giuridica attiva ogniqualvolta essa sia intimamente correlata e quindi inscindibile rispetto ad una situazione giuridica passiva in capo al medesimo soggetto: per es. la potestà non è rinunciabile in ragione della stretta connessione del potere con il dovere, esercitabile nell'interesse altrui. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I Parte generale, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, pag. 191

<sup>91</sup> Cfr. BOZZI, *Rinuncia*, *Nuovo digesto italiano*, XV, 1968, pag.1141 ss, in tema di accordi preventivi sui rapporti patrimoniali nascenti dalla crisi coniugale: l'autore afferma che il nostro ordinamento giuridico non consentirebbe la rinuncia ad un diritto futuro - qual è quello della corresponsione, ad esempio, dell'assegno divorzile - e che un soggetto non può

assumerebbe la natura di rifiuto del diritto medesimo, configurandosi come opposizione a che quel particolare diritto possa entrare nel patrimonio del dichiarante<sup>92</sup>.

La Suprema Corte ha più volte ribadito questo principio<sup>93</sup> in particolare in tema di locazione: per es. non sarebbe preventivamente rinunciabile il diritto relativo alla durata

---

abdicare in via preventiva ad un diritto non entrato nel suo patrimonio.

<sup>92</sup> La "possibilità di rinunciare a situazioni che non siano già in patrimonio", come ad esempio i c.d. diritti futuri (così SICCHIERO, in *Digesto delle discipline privatistiche*, voce *Rinuncia*, Torino, 1998), ha suscitato notevole dibattito in dottrina. La disciplina positiva in materia non è di grande aiuto perché "indica due soluzioni opposte, vietando ogni atto di disposizione dell'eredità non ancora devoluta (art 458 cc), ad ipotesi in cui vengono accostate la rinuncia ad una successione non ancora aperta o, anche, ex art. 557 cc, all'azione di riduzione negli stessi termini e la rinuncia alla prescrizione non maturata (art 2937 cc) o la liberazione del fideiussore nel caso previsto dall'art. 1956 cc: ma consentendo l'alienazione di un diritto soggettivo a condizione sospensiva (art. 1357 c.c.)" (SICCHIERO *ivi*). E così accanto ad opinioni di segno positivo (BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino 1962; MOSCARINI, *Rinuncia*, in *Enc. Giur.* XXVII, 5 Roma, 1991; SACCO, *Il contratto*, Torino, 1993, II, pag. 288), vi sono voci contrarie (ad esempio BOZZI, *Rinuncia*, in *N.N.D.I.*, XV, Torino, 1968, pag. 1140, v. nota 13)

<sup>93</sup> Orientamento contrario risalente agli anni '70; si ammetteva la rinuncia a diritti futuri ed eventuali, purché determinati o determinabili. Cass. 3 luglio 1968, n.2221, Cass. 1 giugno 1974, n.1573, Cass. 5 aprile 1975, n. 1222.

minima della locazione, ove contenuta nel contratto, coerentemente con la regola generale che è invalida anche per le locazioni la rinuncia preventiva a diritti non ancora sorti<sup>94</sup>. La rinuncia all'ulteriore durata del contratto potrebbe essere contenuta in una transazione o comunque essere effettuata dopo la conclusione del medesimo.

Sempre la Cassazione ha, invece, ritenuto ammissibile la rinuncia preventiva del fidejussore a valersi della decadenza di cui all'art. 1957 cod. civ. (Cass., Sez. III, 22 giugno 1993, n.6897); in materia di contratto di lavoro subordinato si è reputata legittima la clausola di stabilità relativa, che consiste in una rinuncia preventiva del diritto di recesso da parte del

---

<sup>94</sup> La sanzione di nullità prevista dall'art. 79 della legge 27 luglio 1978, n.392 si riferisce alle pattuizioni che preventivamente tendono a limitare i diritti attribuiti al conduttore e non esclude, quindi, la facoltà del conduttore di rinunciare a questi diritti dopo che essi siano sorti; conseguentemente è valida la rinuncia del conduttore di immobile destinato per uso non abitativo, al diritto di rinnovazione, alla prima scadenza previsto dall'art. 28 della legge sull'equo canone, ove sia stata compiuta dal conduttore successivamente alla conclusione del contratto. Cass. 29 aprile 1991, n.4709. Sullo stesso tema Cass. 14 gennaio 2005, n.675; Cass. 12 novembre 2004 n. 21520; Cass. 22 aprile 1999 n. 3984.

datore di lavoro (Cass. Sez. Lavoro, 15 novembre 1996, n. 10043)<sup>95</sup>.

È pacificamente accettato che la forma della rinuncia possa essere libera salvo casi stabiliti dalla legge: per es. l'art. 1350 n. 5 cod. civ., per il quale le rinunce ai diritti reali sui beni immobili<sup>96</sup> devono avere la forma scritta a pena di nullità<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Come sopra detto, secondo parte della dottrina (SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Enc. dir.*, p. 659) queste ultime sarebbero fattispecie di rifiuto e non propriamente di rinuncia: Si tratterebbe infatti di diritti non ancora entrati nella sfera di disponibilità; attraverso il rifiuto il dichiarante impedirebbe che possano entrare nel suo patrimonio.

<sup>96</sup> Cass. sez. Unite, 29 marzo 2011, n.7098, un legato avente ad oggetto beni immobili in sostituzione di legittima, qualora intenda conseguire la legittima, deve rinunciare al legato stesso in forma scritta ex art. 1350 cod. civ. n.5, risolvendosi la rinuncia in un atto dismissivi di beni già acquisiti nel suo patrimonio: infatti l'automaticità dell'acquisto non è esclusa dalla facoltà alternativa attribuita al legittimario di rinunciare al legato e chiedere la quota di legittima, tale possibilità dimostrando soltanto che l'acquisto del legato a tacitazione della legittima è sottoposto alla condizione risolutiva costituita dalla rinuncia del beneficiario, che, qualora riguardi immobili, è soggetta alla forma scritta, richiesta dall'esigenza fondamentale della certezza dei trasferimenti immobiliari.

<sup>97</sup> Es. la rinuncia alla servitù, se la stessa non può risultare indirettamente da altri elementi; la rinunci al diritto di pretendere l'osservanza della distanza legale tra le costruzioni, che può essere contenuta anche nel verbale di assemblea condominiale firmata dal denunciante.

Al di fuori dei casi prescritti è ammessa la rinuncia che si desume da un comportamento che sia incompatibile con la volontà di conservare il diritto, dal che si ammette anche la rinuncia tacita: la volontà di rinunciare deve, infatti, risultare da comportamenti concludenti, chiaramente ed univocamente<sup>98</sup>.

---

Per la rinuncia alla servitù Cass. Sez. II, 12 maggio 2011, n.10457, stabilisce che non siano necessarie forme sacramentali o specifiche espressioni, purché l'atto contenga una chiara ed univoca espressione di volontà incompatibile con il mantenimento del diritto reale.

<sup>98</sup> Cass. Civ. Sez. III, 16 novembre 1979, n. 5967. Cfr. anche Cass. sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1882 "quando la rinuncia abdicativa ha la struttura di atto unilaterale non recettizio è sufficiente al suo perfezionamento che la volontà di rinuncia venga esteriorizzata, senza necessità che sia portata a conoscenza dei soggetti interessati"; Cass. 18 giugno 1990, n. 6116, "la rinuncia tacita ad un diritto può desumersi soltanto da un univoco comportamenti del titolare, incompatibile con la volontà di avvalersi del diritto medesimo".

## **PARAGRAFO II: L' indisponibilità**

L'indisponibilità<sup>99</sup> è intuitivamente connessa ad una restrizione dell'autonomia, intaccando la libertà di privati e, quando associata ad un diritto, ne contrasta la cessione, l'abbandono, il rifiuto od il distacco dal titolare, comportandone l'irrinunciabilità e l'intrasmissibilità.

L'aggettivo indisponibile si ritrova in alcuni articoli del codice civile: così per es. l'art. 5 del cod. civ. relativo al divieto degli atti di disposizione del proprio corpo in presenza di particolari circostanze, l'art. 1966<sup>100</sup> cod. civ. sulla intransigibilità dei diritti indisponibili, diverse disposizioni del libro VI (artt. 2733, 2739, 2934, 2968 cod. civ.) che

---

<sup>99</sup> Per una lettura sull'indisponibilità v. tra i tanti: BINNI, voce *Potere di disposizione*, in *Noviss. Digesto*, XIII, Utet, Torino, 1966, pag. 450 seg; G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, in *Studi in memoria di Edoardo Tommasone*, negli *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, Cedam, Padova, 1937; MENGONI, REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)* in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, pag. 189 seg; MORO *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2004; OLIVERO, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 50 seg.

<sup>100</sup> L'art. 1966 cod. civ. per transigere richiede ai contendenti "la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite" (c.1) e colpisce con la nullità la transazione su diritti "sottratti alla disponibilità delle parti" (c.2).

sottraggono a giuramento, confessione e prescrizione i “diritti” non disponibili delle parti. Ancora in relazione all’art. 806 cod. proc. civ. che esclude dalle controversie arbitrali quelle sui diritti indisponibili<sup>101</sup>.

Da queste e da altre norme traspare che la disponibilità<sup>102</sup> sembra garantire un uso pieno della cosa o un esercizio libero del diritto, così libero da consentirne il sacrificio con atti di cessione o di rinuncia, mentre l’indisponibilità si palesa come un freno, come un ostacolo alla dismissione del bene o del diritto<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Per chiarezza si possono enunciare anche: artt. 2934 c.2 i diritti indisponibili non si prescrivono, non consentono inversione dell’onere della prova (2968), la decadenza è rilevabile d’ufficio (2969; chi è incapace o comunque è impossibilitato a disporre del diritto non può rendere efficace confessioni (2731) né deferire o riferire giuramenti (2737), rinunciare alla prescrizione (2937 c.1) o alla decadenza o alterarne la disciplina legale (2968).

<sup>102</sup> La *disponibilità* esprime l’idea di una signoria sul diritto che include il potere ultimo di liberarsene: immediatamente viene alla mente l’art. 832 cod. civ., relativo alle facoltà dispositive del proprietario “piene ed esclusive”, o le norme concernenti la cessione del credito e del contratto (art. 1260 e seg. e 1406 e seg.). Il *favor* legislativo per la circolazione della ricchezza e le numerose sfaccettature dell’autonomia contrattuale, avvicina l’aera della disponibilità a quella della patrimonialità.

<sup>103</sup> OLIVIERO, *L’indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, op. cit, pag. 25.

Vi sono diritti che una tradizione consolidata<sup>104</sup> assegna abitualmente all'area delle indisponibilità, e tra i quali possono essere ricompresi i diritti della personalità<sup>105</sup>, gli alimenti e le posizioni dello *status familiare*<sup>106</sup>: così per es. il diritto alla libertà personale; il contratto di schiavitù sarebbe nullo perché avrebbe ad oggetto un diritto indisponibile. Lo stato personale è diritto indisponibile: una persona non può

---

<sup>104</sup> Tra i tanti v. MORO, *I diritti indisponibili, presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, 2004, pag. 172

<sup>105</sup> Secondo la comune interpretazione della dottrina, l'indisponibilità dei diritti deriverebbe dalla loro intima connessione con la persona del titolare, fino a comportare l'inseparabilità del soggetto dall'oggetto. Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato Cicu - Messineo*, IV, Giuffrè, Milano, 1982, pag. 32 e seg; RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005, pag. 333 seg.

<sup>106</sup> L'indisponibilità dei diritti coniugali, sancita dall'art. 160 cod. civ. , è radicata nel nostro ordinamento tanto "sottrarre alla disponibilità delle parti, per una superiore esigenza di tutela del coniuge più debole, la regolamentazione in via preventiva ed autonoma degli effetti del divorzio, sulla base del *principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti matrimoniali*". Cfr. Cass. 28 settembre 2001, n.12130; Cass. Sez. I, 8 novembre 2006 n.23801, n., Cass. I Sez. 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass. Sez. I 20 marzo 1998, n. 2955.

per es. concordare con un'altra la rinuncia al proprio stato di figlio. Lo stesso dicasi per i diritti dei lavoratori<sup>107</sup>.

Le norme del codice spesso trattando il diritto indisponibile, senza, però, specificare i criteri per la sua individuazione, rimettendo all'interprete il compito di definirne l'ambito ed i caratteri<sup>108</sup>; neppure il fatto di riferirsi ai caratteri di intransigibilità, imprescrittibilità e insuscettibilità di confessione e giuramento, può essere di aiuto, perché - si pensi all'imprescrittibilità della proprietà - tali caratteri possono appartenere anche ai diritti disponibili. In diritto civile, comunque, l'ambito in cui l'indisponibilità è maggiormente presente è quello della vita, della integrità fisica, dell'identità personale, ecc., mentre i diritti patrimoniali appaiono per loro natura disponibili.

---

<sup>107</sup> Cass. Sez. lavoro, 23 settembre 2010, n. 20146; Cass. Sez. Lavoro, 28 maggio 2010 n. 13172; Cass. Sez. lavoro, 13 agosto 2009, n. 18285. Sul tema v. in dottrina FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1978.

<sup>108</sup> Cfr. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 50, il quale sottolinea la "difficoltà di trovare *de jure condito* un catalogo - anche incompleto - di diritti indisponibili" aggiungendo che "la maggior parte delle regole codicistiche in cui compare l'indisponibilità non contiene attribuzioni sostanziali di tale qualificazione".

### 1) La disponibilità e i diritti patrimoniali

Se, come detto, i diritti personali presidiano, con la loro incedibilità, l'individuo come singolo e nei suoi rapporti sociali, i diritti patrimoniali introducono in quei rapporti l'elemento dello scambio.

I problemi sono legati all'individuazione del concetto "patrimoniale" il quale va oltre la definizione "suscettibilità di una valutazione economica"<sup>109</sup>: è condivisibile l'opinione che l'autonomia dei privati abbia libero corso non solo nel campo patrimoniale, ma anche al di fuori da quel terreno, posto che pure "l'extrapatrimoniale è negoziabile"<sup>110</sup>.

Questa libertà incontra, tuttavia, numerosi limiti, che generalmente derivano dalla legge in ragione della natura della cosa o delle vicende che l'hanno soggiogata ad un determinato vincolo. Si pensi ad alcune categorie di beni pubblici e a numerosi beni privati sottratti alla negoziazione, come i terreni abusivamente lottizzati, per i quali il testo unico sull'edilizia (art. 46 ss. D.p.r. 380/2001) pone il divieto di

---

<sup>109</sup> Sul concetto di patrimonialità del rapporto cfr. SACCO (G. De Nova), *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, II, UTET, Torino, 2004, pag. 27 seg.

<sup>110</sup> SACCO, *Il fatto, l'atto illecito, il negozio, con la collaborazione di CISIANO*, in *Trattato Sacco*, UTET, Torino, 1992, pag. 381.

disporre per atto tra vivi; ai divieti di commercializzazione di prodotti per motivi di salute pubblica, delle opere d'arte contraffatte, delle aree circostanti ai fabbricati destinati a parcheggio. Ancora, i divieti speciali di comprare<sup>111</sup> dettati da ragioni di convenienza ed imparzialità (degli amministratori pubblici rispetto ai beni amministrati, dei mandatari rispetto ai beni che hanno incarico di alienare...). Quindi anche diritti per natura disponibili (e tra i *più* disponibili la proprietà privata ed il credito) possono patire vincoli d'indisponibilità.

---

<sup>111</sup> DELOGU, *Limiti soggettivi: i divieti legali*, in *La vendita*, a cura di M. Bin, I, Cedam, Padova 1999, pag. 6 seg., sui divieti di comprare *ex art. 1471 cod. civ.*

## **CAPITOLO III**

### **LA NULLITÀ DI PROTEZIONE NEL CODICE DEL CONSUMO**

**SOMMARIO:** PAR. I: Introduzione - 1) Educazione ed informazione - 2) Coordinamento artt. 134 e 143 Codice del Consumo – PAR. II: Il carattere imperativo delle disposizioni; art. 134 Codice del Consumo - 1) Ambito di applicazione. Le fattispecie colpite dal nullità - 1a) Il patto - 2) Le conseguenze della violazione del divieto - 2a) La legittimazione attiva - 2c) La rilevabilità d’ufficio - 2d) La nullità parziale necessaria – PAR. III: L’irrinunciabilità dei diritti; art. 143 Codice del Consumo - 1) Introduzione - 2) Nullità - 2a) Nullità relativa - 2b) Nullità parziale - 3) Rilevabilità d’ufficio

#### **PARAGRAFO I: Introduzione**

Le norme di derivazione comunitaria introdotte nel nostro ordinamento a tutela del consumatore ordinate nel Codice del Consumo sono organizzate attorno alle figure del professionista e del consumatore, presunto contraente debole. Il Codice rappresenta un potente strumento di controllo e di indirizzo della autonomia privata espressa nei singoli modelli

contrattuali tipici, con la finalità dichiarata di riequilibrare il negozio in favore del consumatore.

Il “sostegno” al contraente debole, inteso come soggetto dotato di minore capacità di influire sul contenuto del contratto, risponde ad un principio già presente nel codice civile: basti pensare all’approvazione espressa di determinate clausole contrattuali che si presumono imposte dal contraente forte, allo scopo di farne oggetto di meditata accettazione (artt. 1341 e 1342 cod. civ.). Questa tutela - tuttora rimasta in vigore per i contratti che non coinvolgono i consumatori - si è, però, rivelata tale solamente sotto il profilo formale: la doppia firma determina un’acettazione definitiva del contratto.

Vi sono altri casi, seppur abbastanza desueti, di rimedi straordinari a situazioni di estrema debolezza, quali l’azione per la rescissione del contratto concluso in stato di pericolo e per lesione *ultra dimidium* (artt. 1447 – 1448 cod. civ.), commisurati ad una situazione di debolezza conseguente alla diversa natura delle esigenze che ognuna delle parti si propone di soddisfare con il contratto.

L’ordinamento riconosce, inoltre, rimedi specifici, quali l’inserimento nei modelli contrattuali tipici di norme imperative o la istituzione di un sistema normativo speciale

largamente inderogabile come quello delle locazioni urbane<sup>112</sup>, con comminatoria di nullità delle clausole difformi.

Strumenti altrettanto tradizionali di tutela, che non agiscono, però, sulla disparità di peso contrattuale dei contraenti, ma ne correggono gli effetti, sono per esempio i prezzi amministrati e i calmieri.

Occorre, invero, considerare che la disparità di forza contrattuale è comunque il motore del mercato; la legge deve porsi l'obiettivo delle pari opportunità tra i soggetti di acquisire forza contrattuale, ma non di realizzare una stessa forza contrattuale. Se così fosse i mercati si paralizzerebbero.

La protezione del consumatore è, dunque rivolta a riequilibrare le posizioni contrattuali in modo tale da evitare sopraffazioni da parte del contraente più forte, a tutto vantaggio di un corretto ed utile svolgimento dell'azione economiche, con un innegabile vantaggio per la società.

### **1) Educazione ed informazione**

L'evoluzione di questi principi ha trovato affermazione prima che nel Codice del Consumo, all'art. 169<sup>113</sup> del Trattato

---

<sup>112</sup> Legge 431/98, art. 27 legge 392/78

sul funzionamento dell'Unione europea (già art 153 Trattato CEE), dove è stabilito che la finalità dell'azione comunitaria è quella di assicurare un *elevato livello di protezione dei consumatori* e, all'art. 38<sup>114</sup> della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è sancito che nelle politiche dell'Unione è garantito un *livello elevato di protezione dei consumatori*.

Questi principi sono tradotti nel Codice del Consumo, il quale innova anche nel fissare le coordinate della debolezza del contraente – consumatore, attribuita non solo a fattori economici ma anche sociali e culturali.

Tra le finalità della disciplina vi è anche quella della “educazione” del consumatore<sup>115</sup> e dell'obbligo del contraente professionista alla informazione<sup>116</sup> precontrattuale, vista quale

---

<sup>113</sup> Versione consolidata del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in *Gazzetta ufficiale n. C 83 del 30.3.2010* Articolo 169 (ex articolo 153 del TCE)

<sup>114</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (2000/C 364/01)  
Articolo 38 Protezione dei consumatori

<sup>115</sup> Art. 2 c.2 lett. d : Art. 2. Diritti dei consumatori. Il diritto all'educazione del Consumo è stato definito un diritto sociale. Cfr. ALPA *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, 2008, pag. 38.

<sup>116</sup> Cass. Sez. unite 19 dicembre 2007 n.26725, relativa ai contratti di vendita di prodotti finanziari.

rimedio alla asimmetria strutturale delle conoscenze e delle competenze dei contraenti relative alla natura del prodotto e del servizio, alle sue proprietà ed ai suoi effetti. A questo scopo il Codice afferma il diritto del consumatore alla educazione ed alla informazione<sup>117</sup>, altrimenti genericamente incluso nel dovere delle parti di reciproca correttezza precontrattuale di cui all'art. 1337 cod. civ.<sup>118</sup>

---

La Suprema Corte ha stabilito che la violazione dei doveri di informazione del cliente e del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interesse con il cliente o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente stesso, posti dalla legge a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, non danno luogo ad una nullità del contratto di intermediazione finanziaria per violazione di norme imperative. Le suddette violazioni, se realizzate nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto, danno luogo a responsabilità precontrattuale con conseguente obbligo di risarcimento del danno; se riguardano, invece, le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto, danno luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento (o inesatto adempimento), con la conseguente possibilità di risoluzione del contratto stesso, oltre agli obblighi risarcitori secondo i principi generali in tema di inadempimento contrattuale.

Così anche Cass. Sez. Unite 19 dicembre 2007 n. 26724.

<sup>117</sup> Il ruolo centrale che assume l'informazione all'interno del Codice del Consumo emerge in modo chiaro dalla lettura delle molteplici norme in esso contenute. In particolare l'art. 2 che riconosce ai consumatori il diritto "ad una adeguata informazione ed ad una corretta pubblicità", l'art. 5

<sup>118</sup> Il carattere generale ed aperto della previsione contrattuale dell'art. 1137 cod. civ. da un lato, ed

Informazione ed educazione sono connesse: l'educazione è inserita nel Codice del Consumo tra le tutele di carattere preventivo e finalizzata alla riduzione delle asimmetrie informative, assieme all'obbligo, previsto dall'art. 5 del Codice di fornire informazioni chiare e comprensibili. La semplice messa a disposizione del consumatore di una serie di dati ed informazioni non sarebbe, infatti, sufficiente ad assicurare la razionalità e la consapevolezza delle sue scelte, in assenza della capacità di interpretare i dati e di confrontarli correttamente. L'educazione, in sostanza, dovrebbe trasformare le informazioni in conoscenza, rendendo percepibile il funzionamento del mercato<sup>119</sup>.

---

il collegamento con l'art. 1175 cod. civ. (*comportamento secondo correttezza*) dall'altro, hanno consentito di estendere il quadro di delle fattispecie di illecito precontrattuale, sino a ricomprendervi la reticenza o l'inesatta comunicazione, con riferimento a circostanze che, se ignorate, precludono o quantomeno ostacolano la possibilità per le parti di formarsi una rappresentazione corretta dell'oggetto delle trattative e di quello che potrebbe essere il contenuto del futuro contratto. Il rispetto del principio di buona fede impone alle parti, dunque, di non omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto che si intende concludere. Cfr. Cass. Sez. I, 29 settembre 2005 n. 19024, Cass. Sez. II, 27 novembre 2009, n. 25047.

<sup>119</sup> ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. Dir. priv.*, 2, 2004, pag. 356.

La disinformazione<sup>120</sup> può derivare tanto da carenza totale o parziale, quanto da eccesso di informazione: viene fornita una mole elevata di dati al fine di rendere difficile la percezione di quelli concretamente rilevanti. L'eccesso di informazione evidenzia un comportamento subdolo del contraente che si nasconde dietro una tecnica informativa apparentemente innocua e che, viceversa, può essere idonea a viziare il consenso<sup>121</sup>.

Dietro l'eccesso dunque, si nasconderebbe il “disordine”: infatti, fornire una vasta messe di informazioni in modo disorganico può portare ad occultare quelle veramente utili<sup>122</sup>. Altrettanto pericolosa risulta essere la tecnica tesa ad enfatizzare le informazioni fornite: è il caso per es. delle pubblicità commerciali, dove, in alcuni casi, le informazioni possono essere enfatizzate, alterate o addirittura taciute, turbando la percezione della realtà ed incidendo in modo determinante sulla valutazione di utilità dello scambio.

---

<sup>120</sup> GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. Dir. priv.*, 2004, pag. 559 seg.

<sup>121</sup> ROMEO, *Dovere d'informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla procedimentalizzazione dell'informazione*, in *La responsabilità civile*, marzo 2012, pag. 176.

<sup>122</sup> GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, *op. cit.*, pag. 560.

L'informazione deve, pertanto essere trasparente: trasparenza finalizzata a rendere edotto il consumatore ed a permettergli possibili scelte maggiormente consapevoli<sup>123</sup>. Non a caso nell'ultimo decennio il termine trasparenza<sup>124</sup> è emerso prepotentemente nei testi normativi<sup>125</sup> ed è penetrato nel linguaggio giurisprudenziale<sup>126</sup>.

## **2) Coordinamento artt. 134 e 143 Codice del Consumo**

L'analisi che segue verterà sugli articoli 134 e 143 del Codice del Consumo rispettivamente relativi alla vendita dei beni di consumo ed al carattere imperativo delle disposizioni (comma 1, nullità che può essere fatta valere solo dal consumatore e rilevata d'ufficio dal giudice), ed alla

---

<sup>123</sup> MINERVINI, *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel Testo Unico Bancario*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2001, pag. 660.

<sup>124</sup> MARCATAJO, *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2000, pag. 776, per il quale la trasparenza non significa solo conoscibilità, ma soprattutto consapevolezza. In altri termini la regola della trasparenza non si traduce in un onere di conoscibilità ma in un obbligo di informazione.

<sup>125</sup> MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova 2006, pag.118 seg.

<sup>126</sup> Cass. Sez. I, 28 settembre 2010, n. 22147

irrinunciabilità dei diritti dei consumatori con il contestuale rimedio della nullità delle pattuizioni in contrasto con le norme del Codice del Consumo.

E' ragionevole cercare di coordinare le due norme<sup>127</sup>, interpretando anche l'una per mezzo dell'altra: l'art. 134 è norma speciale la quale deroga<sup>128</sup> all'art. 143 (norma generale) in riferimento ai diritti del consumatore acquirente di beni di consumo. La differenza tra i due precetti consiste nel fatto che l'art. 143 stabilisce che i diritti del consumatore sono irrinunciabili in assoluto, mentre l'art. 134 non prevede una irrinunciabilità in assoluto, ma solo se anteriore alla comunicazione del difetto.

---

<sup>127</sup> Per un'analisi dettagliata dei problemi di coordinamento v. ZACCARIA - DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 134*, in *La vendita dei beni di Consumo*, Commentario a cura di Bianca, Padova, 2000, pag. 562.

<sup>128</sup> MINERVINI *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappicchelli, 2011, pag. 82.

**PARAGRAFO II: Il carattere imperativo delle disposizioni;**  
**art. 134 Codice del Consumo**

**1) Ambito di applicazione. Le fattispecie colpite da nullità.**

Il principio contenuto nell'art. 134 Cod. Cons.<sup>129</sup> è centrale all'interno dell'intero Codice, in quanto impedisce che i rimedi e le disposizioni previste in favore del consumatore possano essere derogati: si tratta, infatti, della disposizione che più di ogni altra rispecchia le finalità della legge, divenendone lo strumento pratico che impedisce facili forme di abuso da parte del professionista. Questo, si ribadisce, nell'ottica di contemperare gli interessi del consumatore con quelli della libera concorrenza all'interno del mercato europeo<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> La norma riproduce il contenuto dell'art.1589 *octies* cod. civ. (abrogato); vi sono norme del Codice del Consumo correlate: in particolare, artt. 33 e seg. in materia di clausole vessatorie. Per una visione d'insieme di questo sistema normativo v. anche NUZZO, in *Codice del Consumo*, Commentario a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pag. 255 seg.

<sup>130</sup> La norma risente, infatti, anche del principio contenuto nella direttiva 1999/44/CE relativa alla tutela del mercato (parte della dottrina ritiene che questa doppia anima - tutela del consumatore, tutela del mercato - finirebbe per indebolire la tutela del consumatore. Cfr. PISCIOTTA, "Scambio di beni di consumo e modelli civilistici di protezione

Sarà, dunque, nullo per es. l'accordo con il quale il professionista pattuisca con il consumatore che il prezzo del bene oggetto della compravendita venga ridotto a condizione che l'acquirente rinunci alle garanzie del consumatore, perché si colloca nel momento della conclusione del contratto, quindi in un momento anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità.

Situazione differente si ha nel caso in cui l'acquirente scopra il difetto di conformità e chieda la sostituzione o la riparazione. L'offerta di una somma di denaro da parte del venditore a fronte della rinuncia del consumatore ai rimedi, è valida.

Si può, quindi, ritenere che l'accordo anteriore alla comunicazione<sup>131</sup> del difetto di conformità sia nullo mentre l'accordo successivo è valido<sup>132</sup>. Questo perché l'accordo

---

dell'acquirente", Collana della Rivista critica del Diritto privato, Napoli, Jovene, 2003, pag. 8

<sup>131</sup> Intesa come qualsiasi condotta dichiarativa idonea a portare a conoscenza del venditore l'esistenza e la natura del difetto di conformità scoperto dal consumatore nel bene ricevuto in esecuzione del contratto di vendita. Così PARISI, *Commentario al Codice del Consumo*, IPSOA, 2006, pag. 1006.

<sup>132</sup> ZACCARIA - DE CRISTOFARO, in Bianca, *La vendita di beni di consumo, op.cit.*, pag. 554. "la scelta di circoscrivere la sanzione di nullità ai soli patti anteriori si giustifica in ragione della esigenza di non negare spazio in modo eccessivo irragionevole e

anteriore è una rinuncia astratta ai rimedi per tutti i possibili difetti; l'accordo successivo, invece, è una rinuncia in concreto alla tutela per uno specifico difetto. E' una rinuncia fatta con maggiore consapevolezza.

Inoltre, limitando la nullità ai patti conclusi anteriormente alla comunicazione del difetto di conformità, si contemperano gli interessi di entrambe le parti del rapporto in una visione che, come già evidenziato, mira non solo a tutelare il consumatore, ma anche il mercato. Da ciò discende, inoltre, che una volta denunciato il difetto di conformità opererebbe una riespansione dell'autonomia privata<sup>133</sup>.

Il ragionamento può essere analizzato anche in termini di politica del diritto: se si partisse dall'idea che il diritto del consumatore è rinunciabile, si abbasserebbe il livello di "diligenza produttiva" da parte del professionista.

La preoccupazione di fondo del legislatore è che se si ammettesse la rinunciabilità, la clausola di rinuncia dei rimedi a fronte di corrispettivo sarebbe sempre contrattualmente

---

non rispondente agli interessi di entrambi i contraenti (...) a qualsivoglia possibile esplicazione dell'autonomia privata."

<sup>133</sup> CENDON, *Commentario al Codice Civile*, D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del Consumo*, Giuffrè, 2010, pag. 1209.

prevista<sup>134</sup> (se al professionista convenisse operare uno sconto sul prezzo a fronte di una non sussistenza dei rimedi, ed al consumatore, tutto sommato, pagare meno – pure rinunciando ai rimedi - ogni contratto conterrebbe una siffatta clausola).

Se così fosse, questa normativa finirebbe per essere lettera morta perché da una parte il legislatore impone una norma severa per i difetti di conformità e poi conclude: *“sempre che le parti non pattuiscano diversamente”*.

Si avrebbe, allora, una contraddizione in termini: c'è una normativa imperativa come quella della tutela del consumatore considerato il contraente debole, ma poi viene concessa la possibilità che la rinuncia a questa tutela venga monetizzata con uno sconto. Non è consentito perché sarebbe una contraddizione.

Attenzione, però: una cosa è la rinuncia della tutela data dalla normativa imperativa, rinuncia nulla; altra cosa è l'accordo tra due soggetti per evitare magari una controversia,

---

<sup>134</sup> Sul rapporto tra autonomia privata e tutela del consumatore v. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, pag. 26, il quale sottolinea come in presenza di interventi diretti a tutelare il contraente debole non vi è negoziazione dell'autonomia contrattuale (...) ma correzione o anche integrazione, proprio a tutela del suo essenziale, immancabile fondamento: la parità di posizioni tra le parti.

facendosi reciproche concessioni. La transazione è sempre possibile. Il consumatore - che ha l'onere di provare il difetto di conformità - onde evitare il ricorso alla via giudiziale per la tutela dei suoi diritti può, d'accordo con il professionista, decidere di transigere la controversia. Egli rinuncerà per es. all'azione di sostituzione a fronte del pagamento da parte del venditore di un somma di denaro.

Questa è una chiara ipotesi nella quale altro è la rinuncia preventiva ai propri diritti contenuti in norme imperative, altra cosa è la transazione. L'articolo in esame mette in evidenza questa diversa situazione: è nullo il patto fatto prima che sorga la concreta controversia, se poi sorge la controversia, la transazione è sempre possibile.

### **1a) Il patto**

In merito al contenuto della pattuizione<sup>135</sup>, volta ad escludere o limitare i diritti del consumatore, ci si riferisce

---

<sup>135</sup> Il Codice utilizzata il termine "patto"; la dottrina (Cfr. PUTTI, in Aa.Vv., *L'acquisto dei beni di consumo*, Milano, 2002, pag. 80; SPAGNOLO, in *Comm. alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, in Garofalo, Mannino, Moscati, Vecchi, pag. 655) non ritiene vi siano grandi problemi interpretativi: esso andrà inteso in senso ampio, così da ricomprendere tutti gli accordi stipulati dal consumatore con il professionista che abbiano un collegamento con il contratto di vendita. V. ZACCARIA - DE CRISTOFARO in *La vendita dei beni di consumo*, op.cit, pag.355.

non soltanto ai patti il cui contenuto sia stato unilateralmente predisposto dal professionista, ed ai quali il consumatore si sia limitato ad aderire, ma anche a quelli oggetto di vera e propria trattativa condotta a livello di parità<sup>136</sup>. In questi casi, però, al professionista è preclusa la facoltà di invocare la declaratoria di nullità fornendo la prova che la pattuizione ha costituito oggetto di trattativa individuale tra le parti<sup>137</sup>.

## **2) Le conseguenze della violazione del divieto**

### **2a) La legittimazione attiva**

L'espressa sanzione di nullità riporta ad alcune considerazioni generali precedentemente affrontate, e a riflessioni sul tipo di rimedio prescelto, soprattutto per la

---

<sup>136</sup> In questi ultimi casi la norma trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il consumatore, a seguito della propria adesione al patto, abbia ottenuto una serie di vantaggi in termini giuridici (ad es. l'esclusione dei rimedi della sostituzione o della riparazione a fronte del prolungamento del termine biennale di responsabilità del venditore) o economici (la concessione di una riduzione dell'ammontare del corrispettivo a fronte dell'accettazione di limitazioni della responsabilità del venditore). Cfr. ZACCARIA - DE CRISTOFARO, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, CEDAM, 2010, pag. 134.

<sup>137</sup> Diversamente da quanto stabilito dall'art. 34 comma 4 Codice del Consumo, in materia di clausole vessatorie.

natura di consumatore di una delle parti del rapporto. L'interesse della dottrina<sup>138</sup> sul tema si è accresciuto, soprattutto in seguito ai numerosi interventi di natura comunitaria che hanno introdotto un concetto di nullità come rimedio tipico a favore del contraente debole. Questi interventi - confluiti nel Codice del Consumo - hanno adottato un particolare tipo di nullità, relativa e parziale necessaria, azionabile solo da alcuni soggetti e invalidante la singola clausola affetta da nullità e non l'intero contratto.

Nei contratti di consumo, quindi, unico legittimato attivo all'azione di nullità è il consumatore, non chiunque vi abbia interesse, come previsto dall'art. 1421 cod. civ.<sup>139</sup>. Questo vuol dire che per es. il professionista non potrà invocare la nullità dell'accordo per chiedere la restituzione dello sconto concesso all'atto della vendita per la rinuncia alle garanzie da parte del consumatore. Il venditore non ha la legittimazione attiva; essa è in capo solo al consumatore, il quale potrà

---

<sup>138</sup> Sull'inquadramento sistematico e sulla ricostruzione dogmatica delle quali la dottrina si è occupata cfr. tra i tanti FILANTI, *Nullità speciali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, op. cit., pag. 111.

<sup>139</sup> SINISCALCHI, *Limitazioni di responsabilità nella "vendita" dei beni di consumo*, *Danno e responsabilità*, 2005, IPSOA, pag. 390.

chiedere la nullità del patto relativo alla rinuncia preventiva alla garanzia – che pure ha stipulato.

Il legislatore, ancora una volta, parte dal presupposto che le decisioni del consumatore non siano sempre perfettamente consapevoli: egli viene tutelato in quanto soggetto non completamente in grado di gestire i propri affari.

### **2c) La rilevabilità d'ufficio**

Può accadere anche che il giudice d'ufficio<sup>140</sup> rilevi la nullità del fatto; un approfondimento è necessario per comprendere i limiti e le modalità di esercizio di questo potere<sup>141</sup>.

Se il consumatore agisse in giudizio chiedendo la sostituzione ed il venditore opponesse il fatto senza eccepire

---

<sup>140</sup> L'art 134 c.1 Cod. Cons. prevede espressamente che la nullità del patto possa essere rilevata d'ufficio dal giudice, così come l'art 36 c.3 Cod. Cons. (in tema di clausole vessatorie), ma diversamente ad es. dall'art. 78 Cod. cons. (in tema di contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili) e dall'art. 124 Cod. Cons. (in tema di responsabilità per danno da prodotti difettosi) e soprattutto diversamente dall'art. 143 c. 1 Cod. Cons. - vedi *infra* - in tema di Disposizioni finali.

<sup>141</sup> Cfr. *infra*, nell'analisi della rilevabilità della nullità relativa all'art. 143. Cod Cons., gli ultimi orientamenti di derivazione comunitaria.

la nullità del patto, questa potrebbe essere accertata d'ufficio dal giudice.

Sul punto una considerazione è importante stante il tenore delle norme in tema di nullità contenute nel codice civile. Non c'è una regola generale secondo cui la nullità relativa è rilevabile d'ufficio: questo vale solo per la nullità assoluta (art. 1421 cod. civ); come più volte evidenziato la nullità relativa non è, quindi, soggetta all'art 1421 cod. civ.

Nella nullità relativa l'aggettivo *relativa* significa che non può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, ma soltanto da alcuni particolari soggetti nell'interesse dei quali il legislatore ha posto la nullità. Le nullità di tutela sono nullità relative<sup>142</sup> proprio perché possono essere fatte valere solo da certi soggetti, nel caso in esame il consumatore.

Occorre, perciò, riflettere sul punto della rilevabilità d'ufficio della nullità relativa.

Il problema può essere impostato e analizzato da due divergenti posizioni: si può dire che la nullità relativa è una nullità e la nullità per definizione può essere rilevata d'ufficio. Oppure dire: la nullità relativa è relativa, quindi potendo

---

<sup>142</sup> Tra i tanti: ZACCARIA - DE CRISTOFARO, in Bianca, *La vendita di beni di consumo, op.cit., pag. 557*

essere fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse è posto non può essere rilevata d'ufficio.

A seconda che venga sottolineato il profilo “nullità” o il profilo “relativa” si può concludere in modo opposto.

Si può affermare che non esista una regola generale: vi sono casi di nullità relativa nei quali la nullità è rilevabile d'ufficio e ve ne sono altri in cui non lo è. Sul punto si potrebbe sostenere che la nullità relativa è rilevabile d'ufficio quando il legislatore espressamente lo prevede, come nella fattispecie in esame; nel caso di silenzio del legislatore tendenzialmente si dovrebbe escludere la rilevanza d'ufficio.

Il complesso problema<sup>143</sup> deve essere analizzato anche nell'ottica per la quale la norma è stata pensata. Parte della dottrina ritiene, infatti, che una simile ipotesi di nullità sia rilevabile d'ufficio nel caso in cui il consumatore ne ricavi un

---

<sup>143</sup> Un riferimento all'art. 36 (nullità di protezione) è necessario per chi vede in esso una sorta di regime generale comune alle nullità di protezione rilevabili d'ufficio dal giudice ZACCARIA - DE CRISTOFARO, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, op. cit., pag. 891 (in senso contrario DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel "Codice del Consumo"*, in *Contratti*, 2006, pag. 393, il quale afferma che pur nella identità della interpretazione come nullità relativa rilevabile d'ufficio, la norma generale dovrebbe essere l'art. 143 Cod. Cons. e non l'art. 36 Cod. Cons.)

beneficio, quando, cioè, soddisfi un interesse dello stesso<sup>144</sup>. La valutazione dovrebbe essere compiuta guardando alle circostanze concrete del caso singolo di volta in volta preso in considerazione.

Questo, perché, le varie regolamentazioni comunitarie, confluite nel Codice del Consumo, hanno funzioni diverse da quella codicistica, in primo luogo perché rivolte verso l'attività di particolari soggetti più che al contratto<sup>145</sup>; si può quindi concordare nell'affermazione che questa disciplina abbandoni la qualificazione di "nullità - sanzione" per atteggiarsi come "nullità – rimedio", diretta alla soddisfazione dell'interesse che si intende proteggere<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> IURILLI, *Autonomia contrattuale e garanzie nella vendita di beni di consumo*, Giuffrè, 2004, pag.241 ss.

<sup>145</sup> PUTTI, *L'invalidità del contratto: a) l'invalidità nei contratti del consumatore*, a cura di N. Lipari, *Diritto privato Europeo, III, L'attività ed il contratto*, II ed., Padova, 2003, pag. 693 e ss.

<sup>146</sup> Così DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e diritto privato*, 2005, pag. 355.; V. SCALISI, *Nullità ed efficacia nel sistema europeo dei contratti*, pag. 490 e ss. il quale si riferisce alla "nullità funzione" o "nullità conformata" in relazione al tipo di operazione contrattuale posta in essere, valutata in ragione dello specifico assetto di interessi in gioco, della natura delle parti e della natura dei beni e dei servizi; VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, pag. 61; PUTTI, *L'invalidità del contratto: a) l'invalidità nei contratti del consumatore, op.cit.*, pag. 475, 612.

### 2d) La nullità parziale necessaria

Un ulteriore problema con il quale la dottrina si è dovuta confrontare è se la nullità debba considerarsi integrale, e quindi estendersi all'intero contratto, o se, al contrario, si limiti alla pattuizione invalida.

La soluzione, in sintonia con il percorso che la norma<sup>147</sup> cerca di tracciare, è quella di considerare questa un'ipotesi di nullità parziale necessaria<sup>148</sup>: si tutelerebbe così sia il consumatore il quale ha voluto quel tipo di contratto ma non quella particolare clausola, non sapendo, per ipotesi, che, nel caso di difformità del bene, non avrebbe avuto a disposizione tutti i rimedi previsti dall'ordinamento, sia il venditore che è maggiormente interessato a conservare il contratto, probabilmente riparando il bene, piuttosto che doverlo riconsegnare e restituire il prezzo corrisposto maggiorato degli

---

<sup>147</sup> PUTTI, *Art. 1519-octies*, in Alpa - De Nova, *L'acquisto dei beni di consumo*, IPSOA, 2002, pag. 82 seg.

<sup>148</sup> L'espressione si trova usata da PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, *op.cit.*, ma ha avuto un largo uso in dottrina; vi sono anche formule diverse per indicare la stessa figura: "nullità parziale speciale" cfr. DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, pag.475.

interessi<sup>149</sup>. Si osserva<sup>150</sup>, inoltre, che queste invalidità se per un verso si presentano più frequenti e pervasive rispetto a quelle di diritto comune, per altro verso risultano meno drammatiche ed irreversibili, complessivamente meno distruttive del vincolo contrattuale, di cui tendono a pregiudicare non la sussistenza ma solo i contenuti<sup>151</sup>.

Se è vero che riservare il rilievo della nullità al solo contraente protetto esclude “abusi” di controparte, è altrettanto vero che se alla legittimazione attiva<sup>152</sup> non si

---

<sup>149</sup> BOCCHINI, *La vendita di cose mobili* in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2004, pag. 584; RACHELI, *Profili problematici della vendita di beni di consumo*, in *Giust. Civ.*, II, 2005, pag. 201.

<sup>150</sup> ROPPO, *Il contratto del duemila*, *op. cit.*, pag. 28.

<sup>151</sup> Sul punto, però, non sembra esservi una visione unitaria: cfr. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, *op. cit.*, pag. 204 seg., secondo il quale “la dottrina che riduce tutta la specialità delle “nuove” nullità a legittimazione e protezione, sembra [...] semplificare troppo. La *ratio* delle previsioni del diritto privato europeo è nel governo delle dinamiche del mercato attraverso il più ampio riconoscimento degli strumenti con cui si restringe la concorrenza o si abusa di asimmetrie contrattuali”.

<sup>152</sup> Per il rapporto tra la *ratio* protettiva del contraente debole e la legittimazione relativa v. anche PUTTI, *La nullità parziale*, *op. cit.*, pag. 369, il quale afferma che: “Il legislatore comunitario, potendo la nullità, nella fattispecie concreta e ai fini della soddisfazione dell’interesse del soggetto protetto, risultare più dannosa della validità, circoscrive, o meglio limita l’area della legittimazione ad agire e conferisce proprio al

accompagnasse anche la necessaria parziarietà, il contraente protetto si troverebbe prigioniero della logica “prendere o lasciare”<sup>153</sup>.

Questa posizione può trovare conforto nella lettura dell’art 36 Cod. Cons.<sup>154</sup>, il quale riconosce la nullità parziale necessaria al fine di neutralizzare la realizzazione del patto abusivo senza ulteriori effetti per il contratto – “salvo per il

---

soggetto protetto dalla norma la facoltà di decidere se avvalersi o meno di essa”.

<sup>153</sup> Sul punto è interessante la prospettiva di MAZZAMUTO, *L’inefficacia delle clausole abusive*, pag. 46, per il quale disposta una nullità parziale necessaria, non sarebbe stato nemmeno necessario prevedere una legittimazione all’azione solo relativa (peraltro connessa alla rilevabilità d’ufficio). Se in astratto si ipotizzasse una nullità necessariamente parziale ma rilevabile da chiunque, la tutela del contraente protetto sarebbe comunque adeguata, poiché sembra difficile prospettare un utilizzo strumentale del rimedio ad opera della parte che finirebbe per veder modificato a proprio detrimento il regolamento negoziale. In altre parole, legittimazione relativa e nullità parziale, rispondono certo ad esigenze diverse (evitare esercizi abusivi dell’azione e perdita dell’affare), ma se questa regola, a rigore, sventa il rischio dell’abuso, la legittimazione relativa, da sola, non è sempre tranquillizzante per il contraente protetto che tema la perdita dell’affare intrapreso.

<sup>154</sup> Cfr. PASSAGNOLI, Commento sub artt. 36-38, in *Codice del Consumo, Commentario*, a cura di G. Vettori, Cedam, 2007, pag. 385, “vi è poi, sul piano del trattamento, il carattere della *necessaria parzialità*, della nullità che è sottratta alla applicazione tanto del primo quanto del secondo comma dell’art. 1419 cod. civ.

resto” – per assicurare una effettiva contrattazione non abusiva ad un consumatore che rischierebbe di perdere il bene cui mira; questo potrebbe essere affermato anche in tutte quelle ipotesi (come quella in commento) in cui indicazioni specifiche quanto all’estensione della nullità difettino, e tuttavia la ragione dell’intervento del legislatore ben si concili con la sopravvenienza di un contratto privato della clausola iniqua<sup>155</sup>.

Si può ritenere in generale che la nullità parziale necessaria vada intesa come una nullità che si realizzi “a prescindere tanto dall’apprezzamento dell’intento ipotetico delle parti, cui ordinariamente rinvia il primo comma dell’art. 1419 cod. civ., tanto dall’integrazione del contratto nullo con norme imperative sostituite, come previsto, invece, dal comma secondo del medesimo art. 1419 cod.civ.”<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, 2008, pag 165.

<sup>156</sup> PASSAGNOLI, *Nullità speciali, op.cit.*, pag.202 e seg.; Cfr. anche POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Ed. Scientifiche Italiane, 2001, pag. 201 seg., sulle differenti tecniche attraverso le quali la nullità parziale necessaria può operare.

**PARAGRAFO III: L'irrinunciabilità dei diritti; art. 143**  
**Codice del Consumo**

**1) Introduzione**

La norma<sup>157</sup> mira a delineare in via generale la soglia della tutela offerta al consumatore dal Codice del Consumo, sotto il profilo dei limiti entro i quali, nel diritto interno, siano ammesse pattuizioni contrastanti con lo stesso Codice.

Il 1° comma è di particolare rilevanza, sia sotto il profilo pratico, sia sotto il profilo sistematico. Esso prevede la regola generale - rubricato genericamente “irrinunciabilità dei diritti” - per garantire da una parte l’efficacia dei diritti stabiliti *ex lege* a beneficio dei consumatori e, dall’altra, il

---

<sup>157</sup> L’articolo riproduce, con lievi variazioni, il contenuto dell’art. 11 c.2 D.Lgs. n. 185/99 che dava attuazione alla direttiva 97/7/CE sulla protezione dei consumatori nei contratti a distanza. Tali contratti oggi sono regolati dagli art. 50-60 Codice del Consumo. Alla luce dell’art. 143 perde significato anche l’art. 10 D.Lgs. 50/92 relativo ai contratti stipulati fuori dai locali commerciali (c.1 irrinunciabilità del diritto di recesso; c.2 nullità di ogni pattuizione in contrasto con il decreto). La collocazione dell’art 143 tra le disposizioni finali del Codice del Consumo vale ad assorbire il significato di quelle previsioni. L’art 143 era sostanzialmente riprodotto anche nel D. Lgs. 190/05 art 17 in materia di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori. Poiché il Decreto è stato abrogato dal D. Lgs. 221/07 il contenuto dell’art. 17 è stato trasfuso nell’art. 67 *octies decies* Codice del Consumo.

compimento delle obbligazioni imposte per legge ai professionisti.

Il fondamento di questo imperativo, è quello di evitare che tra le parti di una relazione giuridica di consumo – soggetta a diseguaglianza (giuridica, economica, di conoscenza) – si crei una situazione in cui il consumatore sia costretto ad accettare una rinuncia ad un suo diritto, sia per sua disinformazione, sia per imposizioni da parte del professionista.

Viene, quindi, dichiarata l'irrinunciabilità dei diritti attribuitigli, sanzionando con la nullità le pattuizioni contrastanti con le disposizioni del Codice del Consumo; si può ritenere, perciò, che il precetto elevi tutte le previsioni del Codice al rango di norme imperative, fungendo al contempo da norma di chiusura del sistema di tutela del consumatore: essa rende, quindi, effettiva la tutela che ne ispira le singole disposizioni.

## 2) La nullità

Diversamente da altri articoli<sup>158</sup> del Codice del Consumo, l'art. 143 tace sulle caratteristiche della nullità ivi prevista; è necessario, perciò, come per il già citato art. 134, individuarne la disciplina applicabile, facendo anche qui ricorso, per esempio alle norme civilistiche, oppure alle norme consumeristiche – in particolare all'art. 36 Cod. Cons. (essendo quest'ultima norma la norma di maggiore generalità e recante la disciplina più completa), o ancora dal sistema complessivamente considerato.

---

<sup>158</sup> Art. 36 *Nullità di protezione*, in materia di clausole vessatorie, dispone che la nullità operi solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice (c.4) e che il contratto rimane valido per il resto (c.1 nullità parziale); art. 52 c. 3 (contratti a distanza); art. 67 c. 5 (disposizioni comuni ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza); art. 71 c. 1, art. 76 c. 3 e art. 78 (multiproprietà); art. 67 *septiesdecies*, c.4-5 dispone che la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore, art. 67 *octiesdecies* (commercializzazione a distanza di servizi finanziari) dispone che la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, art. 95 c.2 (servizi turistici), art. 124 (responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso), art. 134 c.1 (vendita) prevede che la nullità possa essere fatta valere solo dal consumatore e possa essere rilevata d'ufficio dal giudice (mentre la parzialità – come sopra detto – pur se non espressamente sancita si rileva agevolmente in via interpretativa).

In relazione al già citato art. 36 Codice del Consumo giova aggiungere che è una delle poche disposizioni del Codice del Consumo veramente innovative: pur riconoscendo alla legislazione speciale il merito di aver contribuito all'affermarsi di una lettura funzionale della nullità al posto di quella strutturale, è, senza dubbio, proprio grazie all'introduzione nel nostro ordinamento della normativa di origine comunitaria che si è potuto dare maggiore corpo alle interpretazioni dottrinali.

L'art. 36 ha introdotto la “nullità di protezione” quale sanzione della vessatorietà<sup>159</sup>; il legislatore, come meglio si vedrà, costruisce una nullità con finalità protettive, con legittimazione esclusiva del contraente debole, di modo che l'altro contraente in nessun modo possa paralizzare il contratto.

Si tratta di un dato significativo in quanto la nullità di protezione acquista rilievo positivo e non meramente dottrinale. La sua ampia portata applicativa e la sua completezza fanno propendere per un'estensione analogica alle ipotesi in cui una norma del Codice del Consumo, o

---

<sup>159</sup> L'art. 1469 *quinquies* prevedeva l'inefficacia quale conseguenza della vessatorietà e tale soluzione veniva considerata insoddisfacente. Cfr. per es. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, pag. 149 ss.

comunque specificamente dettata a tutela del consumatore, non stabilisca la disciplina della nullità<sup>160</sup>.

Il tentativo di attribuire ad una disposizione del Codice del Consumo la funzione e la natura di norma generale<sup>161</sup>, comune a tutte le fattispecie di nullità, incontra, però il limite della collocazione sistematica; una riflessione sulla collocazione dell'art. 143 del Codice – tra le disposizioni finali – e sull'ambito applicativo (generale e residuale) dovrebbe far propendere a considerare l'art. 143 e non l'art. 36 quale norma generale in materia di nullità<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> DI MARZIO *Codice del Consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, pag. 866 il quale sostiene doversi estendere la disciplina dell'art. 36 Codice del Consumo anche al caso dell'art. 143 c.1.

<sup>161</sup> Leggono l'art 143 in termini di nullità speciale, indicandone gli elementi peculiari che la differenziano rispetto alla nullità codicistica, ma senza soffermarsi specificamente sulla ricostruzione sistematica della figura, PETRELLA, *Commento all'art. 143*, in *Commentario al Codice del Consumo - inquadramento sistematico e prassi applicativa*, a cura di Stanzone - Sciancalepore, IPSOA, 2006, pag. 1079 seg.; LUCCHESI, *Commento all'art. 143 in Codice del Consumo*, a cura di Vettori, IPSOA, 2009, pag. 1112 seg.; SACCOMANNI, *Commento all'art. 143 in Codice del Consumo*, a cura di Alpa - Rossi Carleo, Ed. Scient. Ital., 2005, pag. 877 seg.

<sup>162</sup> Cfr. nota n. 16 DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di Consumo nel "Codice" del Consumo*, in *Contratti*, 2006, pag. 393, dove afferma che "la costruzione di una norma generale sulla nullità sembra doversi fare partendo dall'art. 143, non, come altri

### 2a) Nullità relativa

L'ampia analisi sulla nullità e sulla individuazione della disciplina applicabile a quelle contenute nel Codice del Consumo, trova anche nell'art. 143 spazio di discussione. Come già evidenziato per l'art. 134 Codice del Consumo, i confini e le certezze della nullità "tradizionale" contenuta nel codice civile, vengono stravolti e rielaborati alla luce del nuovo mercato costituito da soggetti giudicati strutturalmente diversi sia in termini di conoscenza che di capacità di muoversi all'interno del mercato stesso. Non si cerca un equilibrio di forza, ma si tende ad un equilibrio di conoscenza e di capacità di "gestirsi" nelle contrattazioni.

Il "percorso" per il contraente più debole (ed il consumatore è il più debole dei contraenti deboli) si articola anche attraverso il riconoscimento delle forme di protezione descritte, che nell'articolo sulla irrinunciabilità dei diritti trovano una forte espressione.

La dottrina, come già sottolineato, ritiene che la nullità di protezione sia sempre una nullità relativa a prescindere da

---

ha fatto, elevando a norma generale che disciplina la nullità di protezione l'art. 36 sulle clausole vessatorie".

specifica previsione<sup>163</sup>, e questo nell’ottica di una tutela concreta: il principio di protezione verrebbe “frustrato” se fosse consentito di dedurre la nullità anche a soggetti diversi dai destinatari della tutela. Si potrebbe, addirittura, affermare che non si è più in presenza di norme aventi il carattere della eccezionalità, stante l’introduzione nel nostro ordinamento di un numero sempre maggiore di nullità di protezione.

È stato, inoltre, osservato<sup>164</sup> che l’applicazione dell’art. 1421 cod. civ. sarebbe anche in contrasto con la *ratio* della norma protettiva: l’ostacolo costituito dall’espressa previsione di legge per legittimare la relatività della nullità può essere superato attraverso l’analisi delle finalità della imposizione. La riserva di legge dell’art. 1421 cod. civ. “trova il proprio referente storico nelle ipotesi tradizionali di nullità, coeve all’emanazione della regola codicistica, e non impedisce di conformar negli aspetti più specifici le modalità di tutela – e tra queste la legittimazione ad agire – agli scopi di riequilibrio e protezione del contraente debole, che nella *legislazione*

---

<sup>163</sup> BONFIGLIO, *La rilevabilità d’ufficio della nullità di protezione*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2004, pag. 868

<sup>164</sup> ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003, pag. 90

*nuova*, ispirano in maniera sempre più “sistematica” la previsione di tale forma di invalidità<sup>165</sup>”.

Riportando l’analisi dottrinale nei confini della nullità dell’art 143 Cod. cons. si può ritenere che si sia in presenza di nullità relativa, pur in assenza di specifica previsione, perché l’estensione della legittimazione svilirebbe la finalità protettiva della norma: la nullità, dunque, potrà essere fatta valere soltanto dal consumatore.

### **2b) Nullità parziale**

Ulteriore problema inespresso nella letteralità della norma riguarda le conseguenze della declaratoria di nullità della clausola (o delle clausole). Il problema esposto in relazione all’art 134 Codice del Consumo, necessita di chiarimenti in relazione all’articolo in esame<sup>166</sup>.

La previsione di salvataggio del contratto in presenza di singole clausole nulle è ritenuta possibile, *ex art. 1419 c.2 cod. civ.*, solo quando vi sia una espressa norma che imponga la

---

<sup>165</sup> ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, *op. cit.*, pag. 88

<sup>166</sup> L’espressione “nullità parziale” è comunemente utilizzato in dottrina - ed ora codificato nel Codice del Consumo art. 36 (v. *supra* pag. 89) - per esprimere proprio la finalità che la modifica alla disciplina generale della nullità assume in questi casi. Cfr. ROPPO, *Il contratto*, *op. cit.* pag. 753, 842

sostituzione delle clausole nulle con le norme imperative (artt.: 1339, 1354, 1500 e seguente, 1679, 1815, 1932, 2066, 2077, 2115) una simile dichiarata possibilità non risulta dalla lettura dell'art. 143 Cod. Cons.

Nel caso in cui la pattuizione del Codice del Consumo non sia automaticamente sostituita o integrata da una norma di legge, sorge un problema interpretativo in ordine alla sopravvivenza o meno del contratto. La questione viene risolta dalla dottrina<sup>167</sup> nel senso di ritenere che la propagazione della nullità all'intero contratto non sia la soluzione in linea con la *ratio* della norma. Si è più volte visto che si cerca di privilegiare e consentire una conservazione del contratto rispetto ai rimedi invalidanti, valutando nel caso concreto quale sia l'interesse del consumatore: alla conservazione o alla propagazione della nullità.

La specialità di questo principio emerge anche dalla considerazione che in caso contrario si darebbe alla parte "forte" del rapporto di caducare l'intero contratto, dimostrando che non lo avrebbe stipulato senza la clausola

---

<sup>167</sup> V. per es. SACCO, *Il contratto, op. cit.*, pag. 556, il quale afferma che la regola della parzialità sarebbe addirittura sottointesa ed implicita nel carattere accentuatamente protettivo della norma; cfr. anche MANTOVANI, *Le nullità ed il contratto nullo, op. cit.* pag. 131.

nulla<sup>168</sup>; penso che il professionista, sapendo di avere una via di fuga dal contratto, potrebbe – in ogni caso - inserire una clausola dubbia e, per così dire, fortemente a suo vantaggio, con la *chance* di decidere in un secondo momento, nell'ipotesi in cui venisse rilevata la nullità della clausola stessa, di ritenere vantaggioso o meno per lui richiedere la nullità dell'intero contratto.

Quanto sopra ricordando di leggere queste disposizioni non come semplici “sanzioni”, ma come “rimedi che la parte protetta può far valere a sua discrezione ed a suo vantaggio per dare concretezza alla tutela che l'ordinamento a lei garantisce ed offre”<sup>169</sup>.

### **3) Rilevabilità d'ufficio**

La problematica, già analizzata nella parte generale sulla nullità, merita ancora un approfondimento. Il tema della rilevabilità d'ufficio è un tema delicato; il giudice non ha un potere di indagine autonomo, la pronuncia di nullità deve

---

<sup>168</sup> SACCOMANI, Commento all'art. 143 in *Codice del Consumo. Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, pag. 881

<sup>169</sup> SACCOMANI, Commento all'art. 143 in *Codice del Consumo, op.cit.* pag. 882.

fondarsi sul materiale probatorio acquisito su iniziativa delle parti *ex art.* 99 c.p.c. (principio della domanda), art. 112 c.p.c. (corrispondenza tra chiesto e pronunciato), art. 115 c.p.c. (disponibilità delle prove): giurisprudenza maggioritaria<sup>170</sup> ritiene, infatti, che la norma dell'art. 1421 cod. civ., pur autorizzando il giudice alla declaratoria officiosa della nullità del negozio, non configuri eccezioni al principio dell'onere e della disponibilità della prova, affermando la piena rilevabilità giudiziale del vizio solo se essa sia legittimamente acquisita agli atti del processo<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Cfr. Cass. 28 gennaio 2004 n. 1552: «La rilevabilità d'ufficio della nullità di un contratto prevista dall'art. 1421 c.c. non comporta che il giudice sia obbligato ad un accertamento d'ufficio in tal senso, dovendo invece detta nullità risultare *ex actis*, ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, essendo i poteri officiosi del giudice limitati al rilievo della nullità e non intesi perciò ad esonerare la parte dall'onere probatorio gravante su di essa».

Analogamente, Cass. 6 agosto 2002 n. 11772: «Nella controversia promossa per far valere diritti che presuppongono la validità del contratto o di una clausola di esso, la nullità dell'uno o dell'altra è rilevabile d'ufficio se sono acquisiti al processo elementi idonei a porla in evidenza, in considerazione del potere - dovere del giudice di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione» (Cfr. tra le moltissime, Cass. 25 ottobre 1996, n. 10530, *idd.*, 19 marzo 1996 n. 2294, 15 febbraio 1996 n. 1157, 7 luglio 1988 n. 4469, 23 aprile 1981 n. 2413).

<sup>171</sup> DI MARZIO, La nullità del contratto, UTET, 2008, pag. 1027.

Vi è, inoltre, un limite procedurale: la nullità è rilevabile d'ufficio quando una parte chiede l'adempimento del contratto, e solo in questo caso per evitare che la sentenza del giudice faccia produrre effetti ad un contratto nullo. Questo limite procedurale non risulta espressamente dall'art. 1421 cod. civ., ma emerge da una interpretazione giurisprudenziale costante per anni fino al 2005 quando con la sentenza n. 6170 del 22.03.2005 (cfr. *supra* cap. I, par. 2 n. 6-7) la Suprema Corte ha "rivoluzionariamente" affermato che il giudice deve rilevare d'ufficio la nullità negoziale non solo se è stata proposta l'azione di esatto adempimento ma anche quella di risoluzione, rescissione o annullamento<sup>172</sup>. In questi tre casi, però, non c'è l'esigenza di evitare che la sentenza del giudice dia esecuzione ad un contratto nullo.

La pronuncia innova, quindi, il precedente orientamento restrittivo, secondo il quale il giudice non avrebbe potuto pronunciare d'ufficio la nullità del contratto se non quando gli

---

<sup>172</sup> Cfr., Cass. 22 marzo 2005 n. 6170 (in *Foro it.*, 2006, I, 2108): «A norma dell'art. 1421 c.c., il giudice deve rilevare d'ufficio le nullità negoziali, non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione, procedendo ad un accertamento incidentale relativo ad una pregiudiziale in senso logico - giuridico, idoneo a divenire giudicato» (conf., *ex plurimis*, Cass. 2 aprile 1997 n. 2858, *idd.*, 28 gennaio 1986 n. 550, 18 luglio 1994 n. 6710).

fosse stata sottoposta, perlomeno implicitamente, la questione relativa all'operatività del contratto conseguente alla proposizione della domanda volta ad ottenere l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto<sup>173</sup>.

Dalla lettura dell'art. 1421 cos. civ. dovrebbe escludersi la rilevabilità d'ufficio in assenza di espressa previsione.

Inoltre ci potrebbe essere una incompatibilità con la legittimazione attiva accordata al solo consumatore come previsto espressamente da alcune disposizioni<sup>174</sup> e come in via interpretativa si è giunti ad accordare alle norme del Codice. Il fatto che sia considerata nullità relativa comporta, perciò, un ulteriore interrogativo in relazione al fatto che la rilevabilità d'ufficio potrebbe portare conseguenze contrastanti con l'interesse del consumatore, “distorcendo” la finalità protettiva della norma.

Questa problematica risultava già presente nella disciplina delle clausole vessatorie *ex art 1469 quinquies* – inefficacia - (abrogato), nella quale si stabiliva che l'inefficacia (sostituita con la nullità dell'art. 36 Cod. Cons.)

---

<sup>173</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 9 gennaio 1999, n.117

<sup>174</sup> Le già ricordate norme in materia bancaria e creditizia.

operasse solo a vantaggio del consumatore, contestualmente alla regola della rilevabilità d'ufficio (3° comma).

Alcuni autori ritengono inesistente il problema, sostenendo che dalla irrinunciabilità dei diritti si ricava la rilevabilità d'ufficio di questa nullità: se l'interesse protetto è indisponibile, non può essere disponibile il rimedio posto a suo presidio<sup>175</sup>.

Non essendoci una regola generale secondo cui la nullità relativa è rilevabile d'ufficio – regola valida solo per la nullità assoluta – la scelta decisiva, essendo nullità di protezione, dovrebbe spettare al consumatore.

L'intervento di un terzo, il giudice, si può argomentare con il fatto che lo stesso possa sempre dichiarare d'ufficio la nullità, se ed in quanto ciò risponda all'interesse del consumatore. Il compito del giudice comporterà una valutazione della rispondenza della nullità all'interesse del contraente debole: questo può avvenire in base all'art. 183 comma 4 cod. proc. civ. – norma posta a presidio del principio del contraddittorio - provocando l'interrogatorio tra le parti delle questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. Così facendo il giudice sarà in grado

---

<sup>175</sup> ALBANESE, *Codice ipertestuale del Consumo*, diretto da M. Franzoni, UTET, 2008, pag. 692.

di comprendere se il consumatore intenda o meno mantenere in vita il contratto. Non si qualifica come un semplice potere del giudice, ma come un vero e proprio obbligo, nel senso che la decisione sarebbe viziata (per violazione del diritto di difesa) se il giudice dichiarasse la nullità senza verificare che ciò corrisponda alla effettiva volontà del consumatore<sup>176</sup>.

Nella Costituzione il diritto al contraddittorio è inserito nell'art.111: la Cassazione è più volte intervenuta sul punto con un costante orientamento stabilendo che il giudice non può pronunciare alcuna nullità se non sottopone la questione alle parti<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. Dir. priv.* 2002, pag. 693. "Tale valutazione, bandita ogni astrazione, dovrà effettuarsi dal giudice caso per caso, vagliando espressamente le richieste espresse dal consumatore e, comunque, all'esito della dovuta indicazione delle parti ex art. 183 c.3 cod. proc. civ., delle questioni rilevabili d'ufficio".

<sup>177</sup> Cass. Sez. II, 9 giugno 2008, n. 15194 "... (omissis)...ove lo stesso giudice decida in base a questione rilevata d'ufficio e non segnalata alle parti, si avrebbe violazione del diritto di difesa per mancato esercizio del contraddittorio, con conseguente nullità della pronuncia". Conforme: Cass. Sez. III, 5 agosto 2005, n. 16577 "è nulla la sentenza che si fonda su una questione rilevata d'ufficio che il giudice non abbia preventivamente sottoposto al contraddittorio delle parti"; Cass. Sez. I, 21 novembre 2011, n. 14637.

In forza del principio dispositivo la rilevabilità dovrebbe essere esclusa ogni volta in cui il consumatore, in corso di giudizio, abbia manifestato una volontà contraria all'adozione del rimedio<sup>178</sup>, salvo si tratti di interesse indisponibile.

Anche l'art. 143 Cod. Cons., nulla dicendo il legislatore circa la rilevabilità d'ufficio, dovrebbe essere interpretato nel rispetto della sua finalità protettiva, e quindi, nullità rilevabile dal giudice, quando ciò sia, nel caso concreto, conforme all'interesse del consumatore: la manifestazione di interesse per il contratto o per la clausola può emergere anche da un comportamento processuale che esprima l'accettazione degli effetti negoziali.

La regola della rilevabilità d'ufficio è stata confermata dalla giurisprudenza comunitaria – con recenti interessanti modifiche - quale strumento processuale per garantire l'effettività della tutela prevista dalla Direttiva 93/13 sulle clausole abusive<sup>179</sup>: la Corte di Giustizia CE, 27.6.2000, n.

---

<sup>178</sup> BELLELLI, 2003 pag. 1051. vedi anche Trib. Terni 22/01/07. GI, 2007, II, 2746: "In materia di contratti stipulati tra professionista e consumatore, la inequivoca manifestazione, anche tacita, di volontà di quest'ultimo di volersi avvalere della clausola in astratto vessatoria preclude la rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola medesima".

<sup>179</sup> DIRETTIVA 93/13/CEE recepita con la legge comunitaria n. 52 del 6 febbraio 1996, che ha trovato

240 ha stabilito che la tutela garantita ai consumatori dalla direttiva 93/13/Cee, relativa alle clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, ha come conseguenza la possibilità che il giudice nazionale, nell'esaminare l'ammissibilità di un'istanza propositagli, valuti d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto<sup>180</sup>.

In una successiva sentenza<sup>181</sup> la Corte, pur non dichiarando apertamente l'obbligo di rilevare d'ufficio la nullità della pattuizione abusiva, ha inteso il potere non come una semplice facoltà, ma come una specie di potere-dovere.

Anche la giurisprudenza nazionale ha, negli ultimi anni, manifestato un'inclinazione verso un intervento più incisivo del giudice<sup>182</sup>, sebbene la *facoltà* sia ancora il termine che con maggior frequenza è presente nelle sentenze italiane.

---

poi applicazione nell'art. 1469 *bis* e seguenti del Codice Civile.

<sup>180</sup> Commentario al Codice Civile a cura di CENDON, Giuffrè, 2010, pag. 1305 (Corte di Giustizia CE 27 giugno 2000, C.2407987C-244/1998, Océano Grupo Editorial Sa e Salvat Editores SA c. Rocio Marciano Quintero e altri, FI, 2000 UV, 413). Vedi anche CGCE 21 novembre 2002 n. 473.

<sup>181</sup> CGCE 26 ottobre, n. 168

<sup>182</sup> Cass. 8 gennaio 2007 n. 89: *"ove si contesti l'applicazione o l'esecuzione di un atto, la cui validità rappresenta un elemento costitutivo della domanda, il giudice è tenuto a rilevare l'eventuale"*

Come precedentemente rilevato, la riforma del processo civile del 18 giugno 2009 n. 69, all'art. 45, ha innovato l'art 101 cod. proc. civ.<sup>183</sup>, intervenendo sulla questione della rilevanza d'ufficio. Viene introdotto, all'interno di una norma di portata generale, l'onere di assegnare alle parti un termine per il deposito di memorie, qualora il giudice intenda porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio. È un'ipotesi particolare quella in cui il giudice, nel momento in cui si trova in camera di consiglio<sup>184</sup> per emettere la sentenza, si renda conto dell'esistenza di una questione rilevabile d'ufficio sulla quale fondare la questione<sup>185</sup>: egli ha

---

*nullità dell'atto stesso"* . Cfr. Cass. 26 maggio 2006, n.12627 e Cass. 20 marzo 2003, n. 4079.

<sup>183</sup> L'art. 101 c.2 cod. proc. civ. va coordinato, in particolare, con l'art. 183, comma 4°, c.p.c., che impone al giudice, nell'udienza di trattazione, di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, e con l'art. 384, comma 3°, cod. proc. civ., che (con previsione molto simile a quella adesso contenuta nell'art. 101, comma 2°, cod. proc. civ.) prevede la riserva di decisione in cassazione, con l'assegnazione di un termine per il deposito di osservazioni, quando la corte rileva d'ufficio una questione su cui fondare la decisione.

<sup>184</sup> Tale interpretazione si desume dalla formulazione della disposizione: "*riserva della decisione*" e "*comunicazione alle parti del rilievo della questione rilevabile d'ufficio*".

<sup>185</sup> La rilevazione della decisione in fase decisoria deve, comunque, considerarsi un'eccezione, dal momento che ai sensi dell'art. 183 c. 4 cod. proc. civ., il

l'obbligo, nell'ipotesi in cui il rilievo avvenga tardivamente, di suscitare il contraddittorio, assegnando alle parti termine per il deposito di memorie, a pena di nullità della sentenza.

La sentenza della Corte di Giustizia delle comunità Europee 4 giugno 2009

La situazione così esposta, aperta ad interpretazioni ed applicazioni a volte contrastanti e comunque non supportate da una precisa normativa (fino alla riforma sopra menzionata), trova – finalmente – un chiaro indirizzo da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Con la recente sentenza 4 giugno 2009 la Corte<sup>186</sup>, per la prima volta, stabilisce l'obbligo per il giudice nazionale di esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contenuta in un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore, a partire dal momento in cui lo stesso disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine.

---

giudice è tenuto ad indicare le questioni rilevabili d'ufficio nel corso dell'udienza di prima comparizione, e più in generale, durante il corso del processo, non appena individui la questione.

<sup>186</sup> CGCE Sez. IV, 4 giugno 2009, causa C-243/08

L'innovazione può essere letta nell'indicazione espressa di un preciso *iter* procedimentale che connota, condiziona e limita le modalità dell'esercizio del potere-dovere del giudicante nella declaratoria d'ufficio della nullità<sup>187</sup>.

La Corte evidenzia come “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 di una clausola contrattuale, in tal modo ponendo un argine allo squilibrio tra consumatore e professionista”.

Questo affinché l'intervento del giudice sia quello di garantire “l'effetto utile” cui mirano le disposizioni della direttiva sui consumatori. Ciò comporta che – e qui si pone un primo punto fermo rispetto alle precedenti oscillazioni giurisprudenziali – al giudice non è attribuita la semplice facoltà di pronunciarsi sulla natura abusiva della clausola ma egli ha l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione. L'obbligo trova, quindi, la sua ragion d'essere nell'interesse pubblico alla regolamentazione del mercato ed alla tutela effettiva di tale interesse (cd. *Effetto utile*).

---

<sup>187</sup> MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo “atto” della Corte di Giustizia*, in *I contratti* 12/2009, pag. 1120.

Un punto di scontro potrebbe porsi in relazione a quanto precedentemente evidenziato circa l'interesse del consumatore a mantenere in vita la clausola: l'obbligo di intervento del giudice, così come posto dalla Corte, relegherebbe il consumatore al ruolo di soggetto non capace a determinarsi e sottoposto unicamente alla decisione di una terza persona.

Il correttivo si trova nella sentenza stessa la quale detta un limite di carattere sostanziale alla discrezionalità del giudice, statuendo che lo stesso non debba disapplicare la clausola qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato dal giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante.

Si pone, però, qualche problema di ordine pratico: in quale momento il consumatore farà la sua dichiarazione? Difficilmente negli scritti difensivi vi si ritroverà qualche riferimento <sup>188</sup>; più facilmente sarà onere del giudicante, preliminarmente all'esercizio dei propri poteri d'ufficio, di 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 una dichiarazione del

---

<sup>188</sup> MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, op. cit., pag. 1121

consumatore di non voler invocare la natura abusiva e non vincolante della clausola, il giudice nazionale dovrà (non potrà) dichiararne la nullità.

La sentenza esaminata, pur delineando con maggior chiarezza rispetto al passato la strada che il giudice deve seguire, non analizza una questione che non può considerarsi marginale, ovverosia che cosa accade nel caso in cui il consumatore, regolarmente convenuto in giudizio, rimanga contumace.

Fino al 2009 il giudizio di interpretazione poteva lasciare spazio all'idea che il potere discrezionale del giudice si spingesse fino a leggere nella mancata costituzione del consumatore una sua carenza di interesse. Non avendo ancora il giudice l'obbligo di rilevare sempre d'ufficio la nullità, ma soltanto la "facoltà", seppur con le correzioni sopra evidenziate, si poteva anche giungere ad una mancata rilevabilità della clausola nulla.

La sentenza del 2009 può dare una lettura diversa. L'obbligo di rilevare la nullità della clausola in mancanza di contraria espressione del consumatore, porta a ritenere che la regola sia che il giudice debba esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tale fine:

il comportamento del contumace non equivale, infatti, ad alcuna manifestazione di volontà favorevole alla pretesa di controparte e lascia inalterato il substrato di contrapposizione su cui si articola il contraddittorio anche in relazione ai fatti costitutivi della domanda. Il Giudice, se è vero che non potrà interpellare il consumatore al fine di individuare le sue intenzioni in merito alla clausola, è altrettanto vero che potrà, sulla base del materiale in atti ed esercitando i propri poteri officiosi (dopo aver informato il professionista ed averlo invitato a prendere posizione in merito, in accordo al diritto al contraddittorio), verificare - e quindi rilevare - la nullità della clausola.

Un altro aspetto dubbio trova soddisfacente risposta nella sentenza. Può il giudice pronunciare la nullità se ritiene sussistente l'interesse ma il consumatore nega tale rilevanza? Lo scopo della normativa a tutela del consumatore è quello di fare in modo che il consumatore sia cosciente, conosca le sue opportunità e possa valutare, avendo cognizione dei fatti, quale sia la soluzione a lui più favorevole.

Non ritengo che il compito del giudice sia di sostituirsi al consumatore una volta che lo stesso sia stato pienamente edotto – e nessuna spiegazione e valutazione può essere migliore di quella del giudice – delle portata della clausola in

esame. L'obbligo del giudicante di dichiarare nulla la clausola ritenuta abusiva deve arrestarsi di fronte alla opposizione del consumatore, conscio delle conseguenze di tale scelta.

La sentenza chiarisce che tale obbligo incombe al giudice nazionale anche in sede di verifica della propria competenza territoriale: è quanto potrebbe accadere, ad esempio, laddove nel contratto vi sia una clausola derogatoria del foro esclusivo del consumatore e questi, in ossequio alla previsione contrattuale, convenga il professionista dinnanzi al foro convenzionalmente stabilito.<sup>189</sup>

La stessa Corte di Giustizia sentenza che il giudice nazionale deve tenere conto del fatto che può essere considerata abusiva una clausola contenuta in un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore, la quale sia stata introdotta senza essere stata oggetto di negoziato individuale e sia volta ad attribuire la competenza esclusiva al tribunale della circoscrizione in cui si trova la sede del professionista.

---

<sup>189</sup> In passato la Suprema Corte riteneva che la previsione concernente il foro del consumatore, in virtù del carattere di irrinunciabilità dei diritti riconosciuti allo stesso, fosse da intendere come inderogabile: Cass. (Ord.) Sez. III, 13 giugno 2006, n.13642; Cass. Sez. I, 28 agosto 2001, n. 11282.

La Suprema Corte ha più volte ribadito che le deroghe al foro a favore del consumatore devono essere supportate dalla prova – ovviamente a carico del professionista – dell'avvenuta trattativa<sup>190</sup>.

Il codice di procedura civile recentemente riformato<sup>191</sup> prevede all'art. 38 comma 1 l'onere a carico del convenuto a pena di decadenza, di sollevare tutte le eccezioni d'incompetenza, compresa quella per territorio inderogabile, nella comparsa di costituzione e risposta, da depositare nel termine di venti giorni prima dell'udienza. Ai sensi del comma 3 permane, però, immutato il regime della rilevanza d'ufficio dell'incompetenza, che appunto, potrà essere rilevata d'ufficio. Questa ultima disposizione consente, dunque, l'esercizio dei poteri officiosi del giudice qualora il

---

<sup>190</sup> Cfr Cass. sez. III, 20 agosto 2010, n. 18785 " (omissis) a meno che il consumatore dia prova dell'avvenuta trattativa e della non vessatorietà dell'eventuale clausola di deroga alla competenza territoriale", Cass. sez. III 20 marzo 2010 n.6802 "in difetto di prova di trattativa...(omissis)..la clausola di deroga del foro del consumatore è nulla anche laddove il foro indicato come competente risulti coincidente con uno dei fori legali previsti dal codice di rito", proseguendo "La trattativa deve essere caratterizzata dagli indefettibili requisiti dell'individualità, serietà ed effettività, ovvero dare prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà della clausola medesima...".Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, Cass. sez. III 2 gennaio 2009 n. 20

<sup>191</sup> Legge 18 giugno 2009, n.69

consumatore non sollevi l'eccezione di incompetenza territoriale nei termini stabiliti dall'art. 38 c.1 c.p.c. Nulla vieta, però al difensore del consumatore che non abbia eccepito nella comparsa di costituzione e risposta il difetto di competenza territoriale, di evidenziare a verbale - in sede di udienza ex art. 183 c.p.c. , allo scopo di attivare i poteri d'ufficio del giudice – la *quaestio nullitatis* che affligge la clausola derogatoria del foro del consumatore<sup>192</sup>.

Quanto sopra pone l'attenzione sul fatto che il consumatore possa radicare la controversia in conformità alla clausola abusiva che, in principio, gli sarebbe sfavorevole<sup>193</sup>.

Un'ultima questione attiene all'ipotesi in cui il consumatore, portato a conoscenza dal giudice della clausola

---

<sup>192</sup> MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, op. cit., pag. 1124 nota 21.

<sup>193</sup> Una recentissima sentenza della Cassazione è intervenuta sul punto stabilendo che "...*omissis*...il consumatore può adire un giudice diverso da quello strettamente di sua competenza ex art. 63, D. Lgs. n. 206 del 2005 (Codice del Consumo), competente per territorio giusta uno dei criteri posti agli artt. 18, 19, 20 c.p.c., senza che, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dal professionista, ovvero d'ufficio, tale giudice possa dichiarare la propria incompetenza anche a svantaggio, è cioè, in pregiudizio dell'interesse del consumatore" Cass. Sez. VI, 16 aprile 2012, n. 5974.

potenzialmente vessatoria, non si esprima nel merito della stessa.

L'atteggiamento "inerte" del consumatore penso possa essere inteso come un indice di non voler impugnare la clausola: egli si è costituito e difeso nel merito, ed in seguito all'interpello del giudice, non pone domande, non chiede chiarimenti in merito, semplicemente tace. La norma di protezione ha senso fintanto che il consumatore non sia posto in grado di comprendere la portata della, eventuale, sua accettazione della clausola abusiva, tanto che è ritenuto ammissibile l'intervento officioso del giudice nei confronti del consumatore contumace. L'informazione del giudice dovrebbe cancellare ogni dubbio circa l'eventuale carenza di consapevolezza del consumatore sui propri diritti all'impugnativa.

Così facendo, la sua posizione quale soggetto debole, indifeso sul mercato, poco addentro alle politiche commerciali operate dal professionista, dovrebbe subire una modifica: non vi sarebbe più una disparità né di informazione, né di forza contrattuale, perché egli ha la possibilità di decidere se avvalersi o meno della clausola.

Con queste premesse, il giudice deciderà, quindi, sulla base di quel che ritiene causa il silenzio del consumatore.

Questa considerazioni portano con sé un'ulteriore conseguenza: per parte della dottrina<sup>194</sup>, il silenzio potrebbe addirittura assumere una valenza sostanziale atta a determinarne la convalida<sup>195</sup> tacita. Al contegno consapevole - perché espressamente interpellato - del consumatore che, snobbando la *quaestio nullitatis*, si difenda nel merito, potrebbe attribuirsi valore validativo della clausola ai sensi del comma 2 del'art. 1444 cod. civ.

---

<sup>194</sup> Cfr. anche PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Persone e Mercato*, 2009, I, pag. 28.

<sup>195</sup> La "convalida diviene strumento di stabilizzazione del contratto viziato, impedendo in futuro qualsiasi contestazione" (SICCHIERO, *Obbligazioni e contratti, Nullità per inadempimento*, 2008, UTET, pag. 11). Il contratto nullo non può essere convalidato, ma vi sono interpretazioni favorevoli (Monticelli) alla possibilità di recupero di talune patti e/o clausole viziati da nullità relativa di protezione rimessi all'eccezione del consumatore. Contrariamente, circoscritti al solo piano processuale gli effetti del comportamento difensivo del consumatore, ne seguirà che, lo stesso, in un eventuale successivo giudizio, potrà adottare una differente linea di difesa rispetto quella in precedenza scelta (facendo, perciò, valere il diritto alla declaratoria di nullità della clausola vessatoria). Cfr. MONTICELLI, *op. cit.*, pag. 1124

## **CAPITOLO IV**

### **IMPERATIVITÀ NEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS – *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre***

**SOMMARIO:** PAR. I: Introduzione – PAR. II: Consumatore e utente – PAR. III: Imperatività della legge. Art. 10 - 1) La rinuncia preventiva – PAR. IV: La nullità

#### **PARAGRAFO I: Introduzione**

La Costituzione Spagnola<sup>196</sup> è stata una delle prime al mondo ad inserire una norma a difesa del consumatore; ma ancora prima della sua entrata in vigore - sebbene non si potesse parlare di una vera e propria tutela - sono state emanate leggi che avevano come obiettivo di curare gli interessi dei consumatori<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> Entrata in vigore nel 1978, conseguenza di un processo storico denominato Transición Española che convertì il regime franchista in una Monarchia parlamentare.

<sup>197</sup> Per es. legge 110 del 20/06/1963 in tema di difesa del consumatore contro abusi derivati dalla intenzionale limitazione della concorrenza.

Dopo la fine della dittatura franchista, la Spagna ha colmato il divario economico, politico, legislativo e sociale in pochi anni. Nel 1978 si sancisce, per la prima volta, il diritto alla difesa di consumatori ed utenti che potrebbero trovarsi in una situazione di svantaggio all'interno del mercato<sup>198</sup>; l'art 51 della Costituzione – collocato nel capitolo terzo tra le disposizioni che reggono la politica sociale ed economica – stabilisce: 1) I poteri pubblici garantiranno la difesa dei consumatori e degli utenti, tutelando con mezzi efficaci la sicurezza, la salute e i legittimi interessi economici dei medesimi. 2) I poteri pubblici promuoveranno l'informazione e l'educazione dei consumatori e utenti, ne incoraggeranno le organizzazioni e le ascolteranno nelle questioni che

---

Statuto della pubblicità del 1964 (sostituito nel 1988 con il recepimento della Direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole) nel quale si introduce il principio di veridicità. Decreto n. 3052 del 17/11/1966 dove si afferma che il ruolo dello stato non è solamente quello di stimolare la libera concorrenza, ma anche quello di difendere gli interessi dei commercianti e quelli dei consumatori dalle deviazioni che si possono produrre nell'attività economica.

Codice Alimentare Spagnolo del 1967 costituito da un insieme di norme relative ad alimenti, condimenti, bibite, materie prime e, per estensione, anche utensili di uso domestico.

<sup>198</sup> O'CALLAGHAN, *Condiciones generales de los contratos y las clausulas abusivas (a la lz de la Ley 7/1998, de 13 de april)* in *Estudios sobre consumo*, n.54, 2000, pag.119

interessano i suddetti, in conformità con quanto stabilito dalla legge. 3) Nell'ambito di quanto disposto dai commi precedenti, la legge regolerà il commercio interno e la procedura delle autorizzazione per quanto riguarda i prodotti commerciali.<sup>199</sup>

L'esigenza di inserire tale norma nasce dalla considerazione che anche le disposizioni che regolano il sistema economico godono di una tutela a livello costituzionale e che, per vari aspetti, anche la vulnerabilità del consumatore può essere considerata un'esternalità negativa del sistema economico stesso. Il carattere generico dell'art. 51 è dettato dal fatto che le circostanze che possono determinare la debolezza del consumatore nel mercato, sono estremamente variabili, rendendo difficile l'identificazione della fattispecie da correggere. Si è, perciò, optato per una norma generica diretta al legislatore ordinario il quale avrà il compito di

---

<sup>199</sup> Artículo 51.

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

sviluppare un sistema di regole, in linea con il dettato costituzionale, rimuovendo gli ostacoli che impediscono il raggiungimento dell'equilibrio tra i diversi interessi.

Ci vollero molti anni prima che si giungesse alla emanazione di una legge generale<sup>200</sup>, la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDCU o LCU)<sup>201</sup>, la quale rappresentò il punto di riferimento per la giurisprudenza spagnola in ordine alla protezione del consumatore.

In essa sono contenuti riferimenti ai principi ed alle direttive emanate dalla Comunità Europea: fornire un adeguato sistema di protezione, pur non escludendo la possibilità di applicare la legislazione relativa ad altri ambiti normativi quali quello penale o mercantile, o l'eventualità di un ulteriore sviluppo normativo. Per questa ragione la legge, costituita da 41 articoli suddivisi in 10 capitoli fu oggetto di

---

<sup>200</sup> Si ritiene che l'elemento determinante per l'elaborazione della legge fu un avvelenamento da olio di colza che coinvolse l'intero paese: infatti, nel 1981 si verificò un tragico avvelenamento di massa che, per il numero delle persone colpite e per la complessità dei fatti, obbligò il legislatore ad emanare una legge a tutela del consumatore.

<sup>201</sup> *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*

varie modifiche nel corso degli anni, soprattutto per ottemperare al recepimento di direttive comunitarie<sup>202</sup>.

Si giunse, così, al *Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* del 2007<sup>203</sup> costituito da 165 articoli (rispetto ai 41 della precedente legge) suddivisi in 4 libri, oltre a 3 disposizioni transitorie e 3 finali.

---

<sup>202</sup> Fu oggetto anche di svariate critiche da parte dei giuristi spagnoli, in quanto fu definita tecnicamente imperfetta e con evidenti lacune. Inoltre i giudici tardarono molto nel dare applicazione a quanto disposto. Così QUINTANA, *La protección del consumidor en España (Aspecto comparativo con la Comunidad Económica Europea)* in *Actualidad Civil*, 1987-I, pag. 801.

<sup>203</sup> *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*

## PARAGRAFO II: Consumatore ed utente

i) Ai fini della presente tesi e nell'ottica di un'analisi comparativa che si incentri sull'imperatività delle norme a tutela del consumatore contenute nel *Codice del Consumo* italiano e nella *Ley* spagnola, è necessario tratteggiare i confini di applicazione delle norme: identificare, innanzitutto, chi siano i destinatari della normativa che il TRLGDCU intende proteggere.

Esistono, due nozioni di consumatore di carattere generale: 1) una nozione concreta che considera i consumatori coloro i quali acquistano beni e servizi nel mercato per uso privato e che serve per attribuire ai consumatori ed agli utenti diritti individualmente esercitabili 2) una nozione più ampia, o astratta, secondo la quale il consumatore equivale al cittadino che, in quanto persona, aspira al raggiungimento di un'accettabile qualità della vita. Tale definizione viene utilizzata per attribuire diritti ai cittadini in generale nel loro ruolo di consumatori e viene utilizzata quando si riconoscono ai consumatori il diritto all'educazione ed alla salute<sup>204</sup>. In questa definizione rientrano tutti i gruppi sociali quali

---

<sup>204</sup> AA.VV. *El Derecho de Consumo en Espana: presente y futuro*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2002, pag. 21

DE LEON ARCE, MORENO-LUQUE, AZA CONEJO, *Derecho de Consumo* Editorial Forum, Barcelona, 1995, pag. 74-75

imprenditori, lavoratori, professionisti e ciò che li differenzia dal cittadino e garantisce loro una specifica tutela è il fatto di porre in essere un “atto di consumo”<sup>205</sup>.

Secondo l’ultima definizione la tutela del consumatore non dovrà limitarsi alla protezione dell’individuo nel mercato ma potrà essere raggiunta solamente attraverso la soddisfazione di tutti i bisogni della persona<sup>206</sup>; ed è la stessa nozione che si ritrova nel testo della *Risoluzione del Consiglio della CEE* del 1975 dove si stabilisce che “a partire da ora non si considererà il consumatore unicamente come acquirente o

---

<sup>205</sup> FERNANDEZ GIMENEZ, *Ambito de Aplicacion de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios in Nociones basicas de Derecho de Consumo*, coordinatore M.J. Reyes Lopez, Editorial Practica de Derecho, 1996, pag. 63. una parte consistente della dottrina ritiene più conveniente - ai fini dell’inquadramento dell’ambito di applicazione della normativa a tutela del consumatore - l’utilizzo della definizione “atto di consumo” piuttosto che “consumatore”, trattandosi di concetto meno problematico; per “atto di consumo” si intende qualsiasi azione che implichi l’utilizzo o lo sfruttamento di un bene o un servizio senza la finalità di ottenere un beneficio economico, ma con l’obiettivo di soddisfare una necessità estranea all’attività mercantile” in AA.VV. *Memento practico. Consumo 2010-2011*, coordinatore J. Alfaro Aguila-Real, Madrid 2002, pagg. 45-48.

<sup>206</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, “Comentario al art.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores” 1984, in AA.VV., *Comentario a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, coordinatori Bercovitz Rodriguez-Cano, Salas - Civitas, Madrid, 1992

un utente di beni e servizi per uso personale, familiare o collettivo, ma come una persona interessata ai diversi aspetti della vita sociale che la possono riguardare, direttamente o indirettamente, in qualità di consumatore”.

Quanto sopra detto serve per comprendere l’apertura del diritto spagnolo, rispetto a quello italiano, alla nozione di consumatore ed alla conseguente applicazione delle norme del TRLGDCU.

*ii)* Il TRLGDCU delimita il proprio ambito di applicazione all’art. 2<sup>207</sup> nel quale si specifica che la legge ha ad oggetto la difesa dei consumatori e degli utenti. Definire il concetto di consumatore inteso dal legislatore spagnolo è quindi indispensabile per identificare i destinatari della normativa in esame.

L’art. 3<sup>208</sup> afferma che sono consumatori od utenti le persone fisiche o giuridiche che operano in un’area al di fuori di un’attività commerciale o professionale.

---

<sup>207</sup> Artículo 2. Ámbito de aplicación.  
Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.

<sup>208</sup> Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.  
A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o

Un importante aspetto della tutela è l'estensione dei diritti a tutela del consumatore alle persone giuridiche, nonostante l'orientamento europeo, già all'epoca dell'emanazione della *Ley General Para la Defensa de los Consumidores*, fosse quello di circoscrivere la nozione di consumatore alle sole persone fisiche<sup>209</sup>.

L'innovativa apertura del legislatore spagnolo verso una definizione più ampia rispetto a quella della maggior parte degli stati membri – Italia compresa – trova la sua ragion d'essere nel fatto che esistono persone giuridiche che sono destinatari finali dei beni e dei servizi acquistati e che non agiscono allo scopo di inserire il bene in un nuovo processo produttivo, trovandosi, quindi, nella stessa situazione di un soggetto persona fisica. Dovrà trattarsi di una persona giuridica che di fatto non realizzi alcuna attività di produzione o commercializzazione di beni per il mercato.

---

jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

<sup>209</sup> Cfr. Direttiva 20-12-1985 n. 577, in tema di contratti conclusi fuori dai locali commerciali, nella quale la definizione di consumatore si riferisce a "tutte le persone fisiche che agiscono per un utilizzo

### **PARAGRAFO III: Imperatività della legge. Art. 10**

Ai fini della presente tesi un argomento di particolare interesse e raffronto con il sistema italiano è contenuto nell'art. 10<sup>210</sup> del TRLGDCU che sancisce l'irrinunciabilità dei diritti riconosciuti ai consumatori ed utenti. Considerata la natura e l'obiettivo della legge, che intende tutelare il consumatore in quanto parte debole della contrattazione, una simile previsione risulta fondamentale per il perseguimento del fine stesso, producendo un effetto di protezione immediato e diretto, così come la previsione di nullità di qualsiasi atto in contrasto con la legge.

La norma contenuta in questo articolo si ricava dal c.3 dell'abrogato art. 2<sup>211</sup> della LGDCU del 1984; il precetto

---

che si possa considerare estraneo all'attività commerciale".

<sup>210</sup> Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario.

La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

<sup>211</sup> Artículo 2

1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- c) La indemnización o reparación de los daños y

attuale - il quale gode di una nuova indipendente collocazione - presenta alcune differenze rispetto al vecchio articolo: la prima di carattere meramente stilistico, è che riunisce in un solo paragrafo i due precedenti (con la sostituzione del termine “legge” con “norma”, nel primo inciso). La seconda modifica riguarda l’eliminazione dell’inutile inciso “acquisizione di beni e servizi” che qualificava la rinuncia regolata con la LGCU del 1984: l’unico “apporto” che tale definizione aveva era quello di avallare interpretazioni

---

*perjuicios* *sufridos.*  
d) *La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo* *o disfrute.*  
e) *La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.*  
f) *La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.*  
2. *Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.*  
3. *La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula.*  
*Asimismo son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil.*

limitative dell'ambito di applicazione della norma, in contrasto con le finalità dello stesso diritto del consumo<sup>212</sup>.

In questo contesto lo spirito e la finalità della norma è quello di impedire che, mediante il principio della autonomia della volontà delle parti, si possa ottenere di ridurre il livello di protezione che il legislatore ha voluto assegnare al consumatore<sup>213</sup>.

È un luogo comune l'affermazione che il diritto del consumo, come settore dell'ordinamento giuridico, si caratterizzi per regolare relazioni giuridiche in cui esiste una differenza di potere strutturale tra le parti (professionista – consumatore). Questa asimmetria strutturale, che concede al professionista il potere di imporre unilateralmente le sue condizioni al consumatore “meno difeso” ma soprattutto con una minore capacità di influire sul contenuto del contratto che andrà a sottoscrivere, giustifica l'intervento dello stato con l'emanazione della legge che si commenta.

In virtù di queste considerazioni è facile comprendere l'esistenza di questo precetto: se fosse possibile rinunciare

---

<sup>212</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *“Comentario del art. 2 Comentario del art.2 de la Ley general para la Defensa de los Consumidores”*, pag. 71

<sup>213</sup> Cfr. SAP Barcelona 9 ottobre 2008 *“buscando la mayor proteccion del consumidor”*.

preventivamente ai diritti riconosciuti dal diritto del consumo, o eluderne il contenuto mediante manifestazioni dell'autonomia contrattuale, si circoscriverebbe lo sforzo del legislatore alla sfera delle buone intenzioni, avendo il professionista, come detto, maggiore abilità e potere contrattuale<sup>214</sup>.

### **1) La rinuncia preventiva**

i) La prima parte dell'art. 10 stabilisce che “è nulla la rinuncia preventiva ai diritti che questa norma riconosce ai consumatori ed utenti”. Ai sensi del presente articolo il precetto si presenta come una manifestazione concreta della norma generale sulla esclusione della legge applicabile contenuta nell'art. 6 c.2 C.C.<sup>215</sup>. Si consideri che l'articolo in

---

<sup>214</sup> Cfr. CASTRO Y BRAVO, De: Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, pag. 83-86.

<sup>215</sup> Artículo 6.

1. La ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento.

El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las Leyes determinen.

2. La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contrarién el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que

commento – come detto - si riferisce alla rinuncia preventiva ai diritti conferiti dal TRLGDCU, cioè, ad una rinuncia che si effettui anteriormente alla acquisizione degli stessi da parte dei consumatori e degli utenti.

La rinuncia preventiva ad un diritto si produce necessariamente attraverso un atto o un negozio giuridico (nel diritto del consumo quasi sempre un contratto di scambio) nel quale si dispone la non applicabilità della norma che attribuisce questo diritto al consumatore. Da ciò discende, ovviamente, che il legislatore ha introdotto questo precetto e ha sanzionato con la nullità l'atto o il negozio che escluda l'applicazione della norma di protezione del consumatore. In altre parole, si stabilisce l'imperatività delle norme che attribuiscono "diritti" ai consumatori e utenti all'interno del TRLGDCU, proibendo qualsiasi disposizione contraria anche se frutto della libera contrattazione derivante dal principio dell'autonomia privata delle parti<sup>216</sup>.

---

*en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*

*4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.*

<sup>216</sup> È nulla tanto la rinuncia totale quanto la parziale, dei diritti riconosciuti dal TRLGDUC. Cfr. SAP Zaragoza 20 giugno 2005: è contraria al carattere

In questo modo si delinea in maniera chiara e inequivocabile che la norma di protezione dei consumatori contenuta nel TRLGDCU è una norma di ordine pubblico ed economico che l'art. 6 c. 2 del C.C. stabilisce come limite invalicabile.

*ii)* Come detto l'art. 10 del TRLGDCU proibisce la rinuncia preventiva totale o parziale dei diritti e facoltà che il TRLGDCU concede ai consumatori. Non è proibita, conseguentemente, la rinuncia totale o parziale di questi diritti una volta che siano stati acquisiti attraverso la conclusione "di un negozio giuridico e siano, di conseguenza, integrati, nel patrimonio del consumatore"<sup>217</sup>.

Questa rinuncia non è regolata dal TRLGDCU ma si ritrova nella regola generale dell'art.6 c.2. Pertanto il consumatore potrà rinunciare a qualsiasi diritto che abbia acquisito in virtù dell'applicazione delle norme imperative del codice del consumo, sempre che la rinuncia sia chiara, certa e

---

imperativo della norma e "inderogabile per accordo delle parti" non solo la esclusione totale della garanzia, ma anche il fatto che la riparazione di un veicolo possa avvenire solo presso le strutture della venditrice, e non da qualsiasi officina autorizzata della società produttrice del mezzo.

217 cfr. MARTINEZ de AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentario del art.2 LGDCU* pag. 69

definitiva<sup>218</sup> e non contrasti con gli interessi e l'ordine pubblico ovvero non sia di pregiudizio ai terzi.

In questo senso è indubbio che tutti i diritti di carattere economico-patrimoniale (la quasi totalità dei quelli regolati nel Libro Secondo) che il consumatore ha già acquisito in virtù dell'applicazione del TRLGDCU sono caratterizzati dalla disponibilità e la loro rinuncia non è in contrasto con le norme di ordine pubblico.

Superato, perciò, l'ostacolo del potere superiore del professionista di imporre le proprie condizioni nel momento della determinazione del contenuto del contratto mediante la naturale attribuzione d'imperatività del norme del TRLGDCU, risulterà, chiaramente eccessiva una legge di protezione che nemmeno permetta al consumatore (come si trattasse di un incapace) di disporre liberamente dei diritti economici che ha acquisito.

*iii)* Permane, tuttavia, il problema dell'applicazione pratica della norma, in quanto, è lecito chiedersi se

---

218 "*Clara, indubitata y terminante*" RJ 1995, 178 - RJ 1997, 2640 - RJ 1998, 2599. V. anche STS 27 dicembre 2001 "*Claras, terminantes e inequívocas*".

È ammessa anche la rinuncia tacita: cfr. SAP 9 ottobre 2008 stabilisce che la rinuncia tacita "*ha de ser deducible in equivocamente y sin ambigüedad alguna, de hechos o actos concluyentes*".

l'utilizzazione della facoltà di rinuncia possa essere manipolata dal professionista; egli potrà, per esempio, far passare come rinuncia posteriore ciò che in realtà è stata una rinuncia preventiva mediante pratiche come la postdatazione del documento o imposizione della firma del consumatore su un documento in bianco.

Sebbene questo pericolo non abbia ancora trovato riscontri giurisdizionale e dottrinali, F. Pena Lopez ritiene che il problema sia più complicato in teoria che in pratica in quanto nessun Giudice ammetterebbe una siffatta rinuncia, nel caso i cui il consumatore, nel corso del procedimento, dichiarasse che la sua firma è stata apposta su un foglio bianco o con una data antecedente o contemporanea alla conclusione del contratto. Tra le altre cose risulta particolarmente difficile credere che, una volta acquisito un diritto, un consumatore vi rinunci in cambio di nulla, a vantaggio di un professionista con il non quale non lo lega nessuna delle relazioni che generalmente danno luogo alla realizzazione di atti a titolo gratuito. Pertanto, l'unica rinuncia che si potrebbe ottenere sarebbe quella con una causa onerosa e ciò non sempre sarebbe conveniente per l'impresario (nemmeno come mezzo per aggirare fraudolentemente l'art. 10 del TRLGDCU)<sup>219</sup>.

---

<sup>219</sup> PENA LÒPEZ, in *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y*

Si tenga presente che trattandosi di una norma posta a beneficio della parte debole del contratto, la rinuncia a un diritto tutelato dal TRLGDCU sarà sicuramente accompagnata da *qualcosa* di maggior valore a favore del consumatore che intende avvalersi di detta rinuncia.

Un'altra possibile soluzione, accompagnata sempre da una adeguata informazione del consumatore stesso, potrebbe essere quella di prevedere una norma che obblighi ad allegare alla rinuncia posteriore una spiegazione delle circostanze in cui tale rinuncia ha avuto luogo<sup>220</sup>.

---

*Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*" Coordinador Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano, 2009 pagina 142.

<sup>220</sup> MARTINEZ de AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentario del art.2 de la Ley general para la Defensa de los Consumidores*, in AA.VV. *Comentario a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, op.cit.,1992, pag. 70-71.

#### PARAGRAFO IV: La nullità

Un'ultima considerazione merita il significato da attribuire al termine *nullità* contemplato nell'articolo in commento, per identificare la sanzione da infliggere alle ipotesi di violazione del divieto di rinuncia preventiva. La dottrina spagnola è concorde nel ritenere che si applichi il rimedio della nullità assoluta<sup>221</sup> nei casi in cui un qualsiasi atto o negozio giuridico contravvenga una norma imperativa, in accordo con l'art. 6 c.3 C.C.<sup>222</sup>.

La nullità riguarderà solamente la clausola con la quale il consumatore rinuncia al proprio diritto, e non il contratto nel quale la stessa è inserita; conseguentemente, una volta eliminata la clausola, il contratto sarà integrato, *ope legis*, con il diritto che la norma imperativa ha posto a tutela del consumatore, e che si è tentato - inutilmente - di escludere: si tratterà, quindi, di nullità parziale che limiterà il suo effetto alla invalidità della singola clausola<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> PENA LÒPEZ, *op. cit.*, pag. 146 "*nulidad radical, absoluta o de pleno derecho*"

<sup>222</sup> Art. 6 c.3 C.C. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

<sup>223</sup> Cfr. LARROSA AMANTE, *Derecho de Consumo, Protección legal del Consumidor*, 2010, pag. 323

Solamente in alcuni casi particolari si potrà giungere alla declaratoria di nullità dell'intero negozio: per esempio quando la rinuncia ad uno o più diritti del consumatore si effettua in cambio di una serie di vantaggi o facoltà attribuiti al professionista la cui eliminazione farebbe presumere che le parti non avrebbero contratto in loro assenza<sup>224</sup>.

---

224 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Eficacia e ineficacia de los negocios jurídicos*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A., *Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, pag. 140

## OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Lo studio finalizzato alla ricerca di uno “spazio” nel quale il consumatore possa godere di una disponibilità dei propri diritti, passa attraverso il riconoscimento e lo sviluppo di principi fondamentali della normativa consumeristica: quello della tutela del “contraente debole”, seguendo un indirizzo che prevede la fissazione di specifiche misure volte a garantire l’equilibrio contrattuale ed a fronteggiare le differenti situazioni di abuso alle quali può essere esposta una delle parti contraenti, e quello relativo agli strumenti di tutela degli interessi collettivi dei consumatori ed utenti, mediante interventi preventivi, generali ed astratti, sia sulle clausole contrattuali che sugli atti e comportamenti lesivi di tali interessi <sup>225</sup>.

La mia analisi è partita dalle norme del codice civile relative alla imperatività delle norme ed alla nullità, soffermandomi poi sulla rinuncia ed indisponibilità, per giungere, infine, allo studio delle norme del Codice del

---

<sup>225</sup> CATERINI, *La terza fase del “diritto dei consumi”*, in CAVAZZONI, DI NELLA, MEZZASOMA e RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, Napoli, 2008, pag. 21 seg.

Consumo relative al carattere imperativo delle disposizioni ed alla irrinunciabilità dei diritti.

Utile la comparazione con la normativa spagnola: la quale sembra, con maggior chiarezza, aver delimitato l'ambito di applicazione delle norme. E' vietata la rinuncia preventiva ai diritti conferiti dal TRLGDCU, una rinuncia, cioè, che si effettui anteriormente alla acquisizione degli stessi da parte dei consumatori e degli utenti, con la indubbia conseguenza che tutti i diritti di carattere economico-patrimoniale (la quasi totalità dei quelli regolati nel Libro Secondo), che il consumatore ha già acquisito in virtù dell'applicazione del TRLGDCU, sono caratterizzati dalla disponibilità e la loro rinuncia non è in contrasto con le norma di ordine pubblico.

L'art. 143 Codice del Consumo non traccia un limite temporale, statuendo solamente l'irrinunciabilità dei diritti, e pure non contiene riferimenti al carattere imperativo, a differenza di quanto accade con altre norme specifiche del Codice. La dottrina suole dar per supposto e ovvio il carattere imperativo della norma senza necessità di effettuare sforzi argomentativi: si potrebbe parlare di una imperatività divisibile o asimmetrica nel senso di intenderla come norma imperativa per il professionista e disponibile per il

consumatore, o semi-imperatività nel senso di considerare valida la clausola più a vantaggio del consumatore.

Dichiarare la irrinunciabilità dei diritti e proclamare il carattere imperativo della norma possono essere intese come due facce della stessa medaglia; il legislatore ha il potere di rendere chiari i suoi intenti, per es. dichiarando espressamente il carattere imperativo della norma, collegandolo direttamente alla irrinunciabilità del diritto<sup>226</sup>.

\*\*\*

La rinuncia posteriore. Possibilità di applicazione?

L'art. 143 Cod. Cons. non si riferisce ad un diritto indisponibile ovvero un diritto che non possa essere oggetto di transazione (per il consumatore: anche se un diritto è fondato sul Codice del Consumo - e quindi irrinunciabile - può

---

<sup>226</sup> Cfr. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori (COM (2008) 614 def. dell'8 ottobre 2008) art 43 (Carattere imperativo della direttiva): "Se il diritto applicato al contratto è quello di uno Stato membro i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalla direttiva"; art. 1:203 "Mandatory nature of consumers rules (carattere imperativo della norma di consumo): (1) Unless provided otherwise, contract terms which are prejudicial to the consumer and which deviate from rules applicable specifically to relations between businesses and consumers are not binding on the consumer. This does not apply to contracts which settle an existing dispute. Acquis

tuttavia essere oggetto di un accordo transattivo). Nel momento in cui i diritti sono sorti possono validamente essere oggetto di transazione, altrimenti tutti le controversie in tema di diritti dei consumatori dovrebbero necessariamente essere decise con sentenza, e ciò sarebbe assurdo.

La rinuncia all'esercizio di un diritto già acquisito dopo il consolidamento del rapporto giuridico tra le parti (nell'ipotesi in cui il consumatore abbia agito in conformità al diritto riconosciuto *ex lege*) è già protetto; la sua posizione è molto più forte che nella fase anteriore e può anche risultare più vantaggioso rinunciare all'esercizio del diritto ottenendo un nuovo accordo con il professionista.

L'art. 143 Cod. Cons. può essere raffrontato non solo con l'art. 134 Cod. Cons. ma anche con l'art 7.1 della Direttiva 99/44/CE (vendita dei beni di consumo) il quale dispone che le clausole contrattuali o gli accordi sottoscritti con il venditore, anteriormente alla dichiarazione del difetto di conformità, che escludono o limitano, direttamente o indirettamente, i diritti conferiti con la presente Direttiva, non vincolano il consumatore". Il momento decisivo per permettere la rinuncia valida ad un diritto è il momento in cui è stato acquisito e può essere esercitato, e nella vendita dei

beni di consumo corrisponde all'indicazione al venditore del difetto di conformità: non il momento della conclusione del contratto, né quello dell'utilizzo del bene e nemmeno l'istante in cui sorge il difetto di conformità.

In applicazione a quanto sopra e con l'attenzione posta alla terminologia dell'art 143 Cod. cons., si potrebbe parlare di rinuncia proibita (“preventiva”: nulla tanto quella totale quanto quella parziale) e rinuncia permessa (“posteriore” – rinuncia all'esercizio del diritto già acquisito), anche se non mancheranno critiche da parte di chi guarda con sospetto questo tipo di rinunce, con una interpretazione restrittiva degli atti “abdicativi”, alla ricerca della maggior protezione per il consumatore. La rinuncia, per essere valida, deve, comunque, essere chiara decisiva e inequivocabile.

Accanto al carattere irrinunciabile dei diritti, dovrebbe essere aggiunto l'inciso di ammettere clausole che portino un maggior beneficio al consumatore. Conseguentemente nulla osta a che il professionista possa ampliare i diritti del consumatore, diminuendo per es. le obbligazioni in capo a quest'ultimo, oppure aumentando le proprie, sempre che, in ogni caso, questo beneficio o miglioria del diritto concesso per legge al consumatore non sia soggetto ad un costo o ad

una riduzione di altri diritti ricompresi all'interno Codice del Consumo. Il “marchio” di protezione di questa norma non sarebbe, pertanto, assolutamente compromesso, fin quando venga garantito il minimo dei diritti previsti a vantaggio del consumatore, consentendone semplicemente un incremento. In questo senso si intende il carattere “asimmetrico” della imperatività del Codice del Consumo.

Il pericolo di abusi da parte del professionista anche in caso di rinuncia posteriore, comunque, permane: è il caso della post-datazione del documento oppure della firma apposta in bianco.

Il problema è, forse, più complicato in teoria che in pratica, in quanto risulta particolarmente difficile credere che, una volta acquisito un diritto, un consumatore vi rinunci in cambio di nulla, a vantaggio di un professionista con il quale non lo lega nessuna delle relazioni che generalmente danno luogo alla realizzazione di atti a titolo gratuito. Pertanto, l'unica rinuncia che si potrebbe ottenere sarebbe quella con una causa onerosa e ciò non sempre sarebbe conveniente per l'impresario. Si tenga presente che trattandosi di una norma posta a beneficio della parte debole del contratto, la rinuncia a un diritto tutelato dal Codice del Consumo sarà sicuramente

accompagnata da un *qualcosa* di maggior valore a favore del consumatore che intende avvalersene.

Un'altra possibile soluzione, accompagnata sempre da una adeguata informazione del consumatore stesso, potrebbe essere quella di prevedere una norma che obblighi ad allegare alla rinuncia posteriore una spiegazione delle circostanze in cui tale rinuncia ha avuto luogo.

## **BIBLIOGRAFIA**

AA VV, a cura di Maugeri Marisa - Andrea Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Nuovi itinerari del diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 2009

AA.VV., *El Derecho de Consumo en Espana: presente y futuro*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2002

AA.VV., *Memento practico. Consumo 2010-2011*, coordinatore J. Alfaro Aguila-Real, Madrid 2002

AA.VV., *Comentario a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, coordinatori Bercovitz Rodriguez-Cano, Salas – Civitas, Madrid 1992

ALBANESE A., *Violazione delle norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003

ALPA G., *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*,. NGCC, 2009

ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Cedam, Padova, 2005

ALPA e BESSONE, *Elementi di diritto privato*, Milano, 2001

ARIETA G., MONTESANO L., *Il nuovo processo civile*, Torino, 1991

BARBA A., *Commento all'art 143 Codice del Consumo*, in *Codice del Consumo e norme collegate*, a cura di Cuffaro, II ed., Milano, 2008

BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, vol. I, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1962

BARELA V., *Commento all'art 76 in Commentario al Codice del Consumo*, a cura di Stanzione – Sciancalepore

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentario al art.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores*, 1984

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A., *Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*

BESSONE M., *Il contratto in generale*, Giappichelli, Torino, 1999

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, dir. da Vassalli, Torino, UTET, 1960

BIANCA M., *Il contratto*, Giuffrè, 2000

BIANCA M., *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2000

BINNI A., voce *Potere di disposizione*, in *Noviss. Digesto*, XIII, Utet, Torino, 1966

BONFIGLIO G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Rivista diritto privato*, 2004

BOZZI A., *Rinuncia*, in *Nuovo digesto italiano*, XV, 1968

BULGARELLI A., *Contratti relativi all'alienazione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: note in tema di tutela dell'acquirente*, in *Riv. Not.*, 2000

CAFAGGI - MICKLITZ, *Enforcement pubblico e privato nel diritto dei consumatori, in Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2006

CAPOZZI G. – FERRENTINO C., *Successioni e donazioni*, Giuffrè, 2009

CALVO R., *I contratti dei consumatori in trattato di diritto commerciali e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano F., Cedam, Padova, 2005

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1946

CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941

CASTRO Y BRAVO F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985

CASU G., *Funzione notarile e controllo di legalità*, in Riv. Not., 1998, n.4

CIAN G., *Il nuovo capo XIV bis (Titolo II, libro I del Codice Civile), sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in Studium Iuris, 1996

CONSOLO C., GODIO F., *La riforma del 2009*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO e DE CRISTOFARO, Milano, 2009

D'ADDA F., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2007

DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in Trattato Cicu - Messineo, IV, Giuffrè, Milano, 1982

DE CRISTOFARO, *Il Codice del consumo*, in *Nuova leg. civ. Comm.*, 2006

DE LEON ARCE A. - MORENO-LUQUE C. - M.J. AZA CONEJO, *Derecho de Consumo*, Editorial Forum, Barcelona, 1995

DELOGU L., *Limiti soggettivi: i divieti legali*, in *La vendita*, a cura di M. Bin, I, Cedam, Padova 1999

DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Rivista critica del diritto privato*, a. III, n. 3-4, 1985

DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, 2011

DE NOVA G., *L'acquisto degli immobili da costruire*, Ipsoa, Milano, 2005

DE NOVA G., *Gravità del comportamento del notaio e sanzione disciplinare: a proposito dell'art 28 della legge notarile*, in *Rivista di Diritto Privato*, anno X, n.2, Ipsoa, aprile-giugno 2005

DE NOVA G., *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel "Codice" del consumo*, in *Contratti*, 2006

DE NOVA G., *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condivi sodi divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in *Rivista di Diritto Privato* (463-469)

DIANA A.G., *La nullità parziale del contratto*, Giuffrè, 2004

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L., *Eficacia e ineficacia de los negocios jurídicos*, in *Anuario de Derecho Civil*, 2006

DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, nel *Trattato Bessone*, XIII, 7, Giappichelli, 2002

DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008

DI MARZIO F., *Codice del consumo – nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2005, 4

DI MARZIO F., *Intorno alla nozione di consumatore nei contratti in CG 2001,I,2151,2161*

DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972

ERMINI M., *Commento all'art 76 in Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro

FABIANI E., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro It*, V, 2009

FABRIS P., *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1978.

FEDELE A., *Le invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1943

FERNANDEZ GIMENEZ J.P., *Ambito de Aplicacion de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios in Nociones basicas de Derecho de Consumo*, coordinatore M.J. Reyes Lopez, Editorial Practica de Derecho, 1996

FERRI G.B., *Appunti sulla invalidità del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, Milano, 1970

FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970.

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

GALGANO F., in Galgano, Peccenini, Franzoni, Memmo, Cavallo Borgia, *Simulazione, nullità del contratto, annullabilità del contratto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1998

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2009

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV ed., 2009

GENTILI A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Rivista Diritto Privato*, 2004

GENTILI A., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)* in *Contratti*, A.11, n.2, febbraio 2003

GENTILI A., *La nullità di protezione*, in *Europa Diritto Privato*, 2011

GENTILI A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Rivista Diritto Civile*, I, 1997

GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006

GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1959

GIORDANO A., *Sull'art. 101, comma 2, c. p. c.: un dispositivo recente su una questione antica*, in *Giustizia Civile*, 3/2012, II

GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, 2008

GODIO F., CONSOLO C., *La riforma del 2009*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO e DE CRISTOFARO, Milano, 2009

GORLA G., *L'atto di disposizione dei diritti*, in *Studi in memoria di Edoardo Tommasone*, negli *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, Cedam, Padova

GUARNERI A., *voce Ordine pubblico*, in *Digesto Disciplina Privata Sez. civ.*, Torino, 1995, XIII

IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contratti e Imprese*, 1987

LANFRANCHI L., *Giusto processo (processo civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, Roma, 2001 (agg.)

LARROSA AMANTE M.A., *Derecho de Consumo Protección legal del Consumidor*, 2010

LIPARI N., *Obbligazioni, Vol.3, Il rapporto obbligatorio*, in *Diritto Civile*, diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, Giuffrè, 2009

LUCCHESI F., *Commento all'art 143 Codice del consumo – commentario a cura di Vettori*, Padova, 2007

MACIOCE F., *Rinuncia (Diritto Privato)*, *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989

MACIOCE F., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I, Parte generale, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993

MANTOVANI M., *Le nullità ed il contratto nullo*, Trattato Roppo, IV, Rimedi, a cura di A. Gentili, Milano, 2006

MARICONDA V., *Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale diretta da Guido Alpa e Mario Bessone*, *I Contratti in generale*, IV, 1, Torino, Utet, 1991, pag. 367 ss.

MARICONDA V., *I contratti in generale*, Utet, Torino, 1991

MARICONDA V., *La nullità*, in *I contratti*, a cura di Alpa-Bessone, nella *Giurisprudenza Bigiavi*, IV, Utet, 1990

MARICONDA V., *La Cassazione rilegge l'art 1421 e si corregge: è vera svolta?*, in *Corriere Giuridico*, 2005

MARCATAJO G., *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Europa e Diritto Privato*, 2000

MARTINEZ de AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentario del art.2 de la Ley general para la Defensa de los Consumidores*, in AA.VV. *Comentario a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, 1992

MENGONI L. - REALMONTE F., *voce Disposizione (atto di)* in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964

MINERVINI E., *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel Testo Unico Bancario*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2001

MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, 2011

MONTESANO L. , ARIETA G., *Il nuovo processo civile*, Torino, 1991

MONTICELLI S., *Rilevabilità d'ufficio*, in *Rivista Diritto Privato*, 2002

MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Rivista Diritto Privato*, 2005

MONTICELLI S., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Cedam, 1995

MONTICELLI S., *l'indisponibilità dei diritti attribuiti al consumatore dal codice del consumo e la nullità dei patti*, Contratti, 2007

MONTICELLI S., *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento responsabilità del notaio*, 2009

MORELATO E., *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova 2006

MORO P., *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2004

MOSCARINI L. V., *Rinunzia*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1991

NOVELLA M., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro – norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009

O'CALLAGHAN X, *Condiciones generales de los contratos y las clausulas abusivas (a la luz de la Ley 7/1998, de 13 de april)* in *Estudios sobre consumo*, n.54, 2000

OLIVERO L., *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Giappichelli, Torino, 2008

OPPO G., *Ordinamento valutario e autonomia privata*, in *Rivista di diritto Civile*, 1981.

ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 2005

PAGLIANTINI S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, 2007,

PASSAGNOLI G. *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995

PASSAGNOLI G., *Nullità di protezione*, in *Codice del Consumo* a cura di G. Vettori, Padova, 2007

PECENNINI F., *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, a cura di Francesco Galgano – Zanichelli editore, Bologna – Soc. Ed. del Foro italiano, Roma – 1998

PECENNINI F., *Simulazione. Nullità. Annullabilità del contratto artt. 1442-1446* in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, 1998

PENA LÒPEZ F., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y*

*otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Coordinador Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano, 2009

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

PETRELLA C., *Commento all'art. 143 in Commentario al Codice del Consumo*, Ipsoa, 2006

PETRELLI G., *Gli acquisti di immobili da costruire*, Ipsoa, 2005

POLIDORI S., *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rassegna Diritto civile*, 2003

POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Ed. Scientifiche Italiane, 2001

PROTETTI' E., DI ENZO C. *La legge notarile – Commento con dottrina e giurisprudenza delle leggi notarili*, V Ed., Giuffrè, Milano, 2009

PUTTI P.M., *La nullità parziale*, Napoli, 2003

QUINTANA C., *La protección del consumidor en España (Aspecto comparativo con la Comunidad Económica Europea)* in *Actualidad Civil*, 1987-I

RESTA G., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005

RICCI G. F., *La riforma del processo civile. L. 18 giugno 2009, n.69*, Torino, 2009

ROCCO U., *Trattato di diritto processuale civile*, III, Torino, 1966

ROMEO F., *Dovere d'informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla procedimentalizzazione dell'informazione*, in *La responsabilità civile*, marzo 2012

ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Giovanni Iudica – Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, II edizione

ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002

ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in MAZZAMUTO S, (a cura di) *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002

ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007

ROPPO V. *I poteri del giudice ex art. 1421 codice civile e la nullità parziale del contratto*, in *Foro Pad.*, I, 1971

ROPPO V., *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006

ROSSI CARLEO L., *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Rivista Diritto Privato*, 2, 2004

RUGGERI, *Commento all'art 143*, in AA.VV. *Codice del Consumo* – commento al D.LGS. 06/09/05 n. 206

RUPERTO C., *La giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, Milano, 2005

SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, IV, Utet, 1995

SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, II, UTET, Torino, 2004

SACCO R. - DE NOVA G., *Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino, 1982

SACCO R., *Il fatto, l'atto illecito, il negozio*, con la collaborazione di P. CISIANO, in *Trattato Sacco*, UTET, Torino, 1992

SACCOMANI A., *Commento all'art. 143 in Codice del Consumo* – Commentario a cura di Alpa, Rossi Carleo, Napoli, 2005

SCALISI V., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità ed inefficacia*, in *Rivista di diritto civile*, Padova, 2007

SANTORO PASSATELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1986

SICCHIERO G., *Rinuncia* in *Digesto Civ.*, XVII, Torino, 1998

SINISCALCHI A.M., *Commento all'art. 134 in Codice del Consumo*, Commentario a cura di Vettori, 2009

SIRGIOVANNI B., *Commento all'art 76 in Codice del Consumo*, Commentario a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005

TARUFFO M., *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, in *Riv. Dir. proc.*, 1992

TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo civile di cognizione*, Milano, 1996

TOMMASINI R., *Voce Nullità*, in *Enciclopedia del diritto* vol. XXVIII, Milano, 1978

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993

ZACCARIA – DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 134*, in *La vendita dei beni di Consumo*, Commentario a cura di Bianca, Cedam, Padova, 2006

ZOPPINI A., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *AA VV. Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2009

Matricola: 955622

Dottorato in: DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI CIVILI COMMERCIALI  
E DEL LAVORO

24° CICLO (A.A. 2008/2009 – 2010/2011)

Titolo della tesi : **Imperatività del Codice del Consumo**

### **ABSTRACT**

La ricerca è volta ad analizzare se vi sia spazio (ed in qual misura) per una disponibilità dei diritti del consumatore.

Sebbene le norme che attribuiscono diritti ai consumatori siano pacificamente riconosciute come imperative, non per questo è precluso uno spazio di autonomia privata da parte del consumatore stesso.

Il presente lavoro di ricerca, analizza gli spazi di questa autonomia.

In alcuni casi è rimessa al consumatore la scelta ed il potere di disporre dei propri diritti, se del caso anche rinunciandovi. Non solo. Alcune norme prevedono una facoltà di rinuncia da parte del consumatore (art. 134 Codice del Consumo); lo stesso rimedio che generalmente si accompagna al divieto di certi patti o clausole (nullità) risulta flessibile ed adattabile alle esigenze del singolo consumatore al quale il sistema demanda il potere di invocarlo o meno (“anche il rimedio a tutela dei diritti indisponibili è disponibile”).

Il Codice del Consumo declama formalmente la irrinunciabilità dei diritti dei consumatori (art. 143 Codice del Consumo); ma una interpretazione sistematica impone di circoscrivere la portata precettiva di tale disposizione (sia pure di carattere generale) ed anche di ridimensionare le conseguenze delle pattuizioni in contrasto con le singole norme consumeristiche.

Graduation dissertation subject: **Mandatory 'Code Of Consumption'**

The research paper aims to analyze to what extent the consumer has full availability of his own rights since the legislation imposed to the consumer the imperative of law to safeguard the customer himself.

Although the current legislation clearly states that the consumers' rights are "mandatory", it is not thereby precluded, in my opinion, a certain freedom of movement recognizing the consumer as an active part despite always been considered as a weak one in the negotiation.

This research work aims to identify consumer's contractual autonomy in the current law.

In some cases the consumer has the choice and the faculty to use the rights guaranteed by the current legislation and, if he wishes, to waive his own rights. Moreover, some rules may provide for a waiver based on the consumer's will (art.134 Consumer Code); the same remedy that usually goes along with the prohibition of certain covenants or clauses (void) is flexible and adaptable to the needs of the individual consumer to whom the system entrusts the power to invoke it or not ("even the remedy is unavailable to protect the rights available").

The Consumer Code formally declares the inalienability of consumers' rights (Article 143 of the Consumer Code); however, a systematic interpretation suggests to limit the span of this mandatory provision (albeit general) and also to minimize the consequences of agreements in contrast with the rules of the Consumer Code.



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

## DEPOSITO ELETTRONICO DELLA TESI DI DOTTORATO

### DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DELL'ATTO DI NOTORIETA'

(Art. 47 D.P.R. 445 del 28/12/2000 e relative modifiche)

Io sottoscritto .....

nat ... a ..... (prov. .... ) il .....

residente a ..... in ..... n. ....

Matricola (se posseduta) ..... Autore della tesi di dottorato dal titolo:

.....  
.....  
.....

Dottorato di ricerca in .....

(in cotutela con .....)

Ciclo .....

Anno di conseguimento del titolo .....

### DICHIARO

di essere a conoscenza:

- 1) del fatto che in caso di dichiarazioni mendaci, oltre alle sanzioni previste dal codice penale e dalle Leggi speciali per l'ipotesi di falsità in atti ed uso di atti falsi, decado fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base di tali dichiarazioni;
- 2) dell'obbligo per l'Università di provvedere, per via telematica, al deposito di legge delle tesi di dottorato presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e di Firenze al fine di assicurarne la conservazione e la consultabilità da parte di terzi;
- 3) che l'Università si riserva i diritti di riproduzione per scopi didattici, con citazione della fonte;
- 4) del fatto che il testo integrale della tesi di dottorato di cui alla presente dichiarazione viene archiviato e reso consultabile via internet attraverso l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari, oltre che attraverso i cataloghi delle Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze;
- 5) del fatto che, ai sensi e per gli effetti di cui al D.Lgs. n. 196/2003, i dati personali raccolti saranno trattati, anche con strumenti informatici, esclusivamente nell'ambito del procedimento per il quale la presentazione viene resa;
- 6) del fatto che la copia della tesi in formato elettronico depositato nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto è del tutto corrispondente alla tesi in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, consegnata presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo, e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 7) del fatto che la copia consegnata in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, depositata nell'Archivio di Ateneo, è l'unica alla quale farà riferimento l'Università per rilasciare, a richiesta, la dichiarazione di conformità di eventuali copie.

Data \_\_\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

## AUTORIZZO

- l'Università a riprodurre ai fini dell'immissione in rete e a comunicare al pubblico tramite servizio on line entro l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto il testo integrale della tesi depositata;
- l'Università a consentire:
  - la riproduzione a fini personali e di ricerca, escludendo ogni utilizzo di carattere commerciale;
  - la citazione purché completa di tutti i dati bibliografici (nome e cognome dell'autore, titolo della tesi, relatore e correlatore, l'università, l'anno accademico e il numero delle pagine citate).

## DICHIARO

- 1) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale da me realizzata e non infrange in alcun modo il diritto d'autore né gli obblighi connessi alla salvaguardia di diritti morali od economici di altri autori o di altri aventi diritto, sia per testi, immagini, foto, tabelle, o altre parti di cui la tesi è composta, né compromette in alcun modo i diritti di terzi relativi alla sicurezza dei dati personali;
- 2) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati, non è oggetto di eventuali registrazione di tipo brevettuale o di tutela;
- 3) che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura civile, amministrativa o penale e sarà tenuta indenne a qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi.

A tal fine:

- dichiaro di aver autoarchiviato la copia integrale della tesi in formato elettronico nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari;
- consegno la copia integrale della tesi in formato cartaceo presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo.

Data \_\_\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

La presente dichiarazione è sottoscritta dall'interessato in presenza del dipendente addetto, ovvero sottoscritta e inviata, unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del dichiarante, all'ufficio competente via fax, ovvero tramite un incaricato, oppure a mezzo posta

Firma del dipendente addetto .....

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 196/03 si informa che il titolare del trattamento dei dati forniti è l'Università Ca' Foscari - Venezia.

I dati sono acquisiti e trattati esclusivamente per l'espletamento delle finalità istituzionali d'Ateneo; l'eventuale rifiuto di fornire i propri dati personali potrebbe comportare il mancato espletamento degli adempimenti necessari e delle procedure amministrative di gestione delle carriere studenti. Sono comunque riconosciuti i diritti di cui all'art. 7 D. Lgs. n. 196/03.