



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

# **INNOVAZIONE E DIRITTO**

## **L'inquadramento delle nullità previste dall'art. 127 del TUB, nella categoria della nullità relativa. Ricostruzione della disciplina\***

*di Angelo Spena\**

### **ABSTRACT**

*The peculiarities of the discipline about the nullity regarding banking and financial operations show some implementation problems that are not always tackled by the lawmaker. Indeed, the above-said problems include their being raised by the National Court of its own motion as well as the eventual recovery of the act or of the invalid clause. The limitation of the legal standing merely to the client of the financial intermediary and its blanket application, both to the procedural irregularity of the contract and to the content of each single clause, often hinder the application of the solution provided for by the doctrine in the matter of absolute nullity. Accordingly, the author aims at solving these application problems mainly by setting the nullity within the Consolidated Banking Act inside the pandectist dichotomy nullity/annulment, in order to explain the nature of the penalty and, therefore, to define the operational practices concerning those aspects not clearly provided for in the Consolidated Banking Act. Besides, the modus operandi of the nullity given by the Banking Act is being further investigated, on the one hand, by assessing its compatibility with the protection of the client of the intermediary pursued by the Banking Act. On the other hand, by comparing the discipline determined in this way with that provided for the other special entities of nullity, which are increasingly present at legal level as regards the hypotheses in which the scope of the penalty is not the protection of collective interests, but the protection of the supposed weak contracting party (nullity of protection).*

### **SINTESI**

*Le peculiarità della disciplina delle nullità in materia di operazioni bancarie e finanziarie pongono una serie di problemi applicativi non sempre risolti dal legislatore. Tali problemi spaziano dalla loro rilevabilità di ufficio alla possibilità di recupero dell'atto o della clausola nulla. La limitazione della legittimazione attiva al solo cliente dell'intermediario e la sua indistinta applicazione tanto ai vizi formativi del contratto, tanto al contenuto delle singole clausole, rendono infatti non sempre applicabili le soluzioni elaborate*

\*Ricercatore di Diritto dell'economia, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II°

dalla dottrina con riferimento alla figura della nullità assoluta. L'autore si propone quindi di risolvere tali problemi applicativi procedendo innanzitutto all'inquadramento delle nullità del TUB nell'ambito della dicotomia pandettistica nullità/annullabilità, al fine di chiarire la natura della sanzione e quindi individuare le modalità operative per gli aspetti non espressamente disciplinati dal TUB. Il *modus agendi* delle nullità comminate dal TUB viene poi ulteriormente approfondito, verificando la sua compatibilità con la finalità di tutela del cliente dell'intermediario perseguita dal TUB e procedendo ad un raffronto della disciplina così individuata con quella prevista per le altre figure speciali di nullità, che sempre più di frequente emergono a livello legislativo per le ipotesi in cui la finalità della sanzione non è la tutela dell'interesse collettivo, ma la protezione del contraente supposto debole (cd. nullità di protezione).

SOMMARIO: 1. Il comma 1 dell'art. 127: la derogabilità in *melius* delle norme del titolo VI del TUB – 2. Il comma 2 dell'art. 127: la categoria delle nullità relative. L'elaborazione dottrinale della categoria – 3. Individuazione delle figure dubbie di invalidità: l'atteggiamento della giurisprudenza – 4. L'inquadramento nel sistema della nullità relativa prevista dal comma 2 dell'art. 127. Limiti alla rilevabilità della nullità *ex officio judicis* – 5. Il confronto con l'art. 36 del d.lgs. n. 206/2005 (codice del consumo), come argomento per confermare l'esclusione della rilevabilità d'ufficio della nullità per l'ipotesi di nullità del contratto e non della singola clausola – 6. Una soluzione alternativa – 7. L'individuazione di altri eventuali soggetti legittimati all'azione, estranei al rapporto cliente-intermediario – 8. Le possibili forme di recupero del negozio o della clausola nulla: le ragioni dell'indagine – 9. L'inerzia del cliente – 10. La rinuncia all'azione – 11. La rinuncia contestuale alla stipula del contratto. La nullità della rinuncia inserita come clausola nei contratti conclusi coi consumatori. Inapplicabilità della sanzione ai contratti conclusi coi professionisti – 12. Un'ipotesi di soluzione – 13. La ricognizione di debito

## **1. Il comma 1 dell'art. 127: la derogabilità in *melius* delle norme del Titolo VI del TUB**

Generalizzando un principio già contemplato dall'art. 11, comma 1, della legge n. 154/1992, il comma 1 dell'art. 127 del TUB stabilisce che le disposizioni

del Titolo VI - e pertanto sia quelle in materia di trasparenza bancaria, sia quelle in materia di credito al consumo, sia ancora quelle in materia di servizi di pagamento - sono derogabili soltanto in senso più favorevole al cliente.

Può essere utile ricordare che un sistema analogo di tutela è già previsto nel codice civile, ad esempio dall'art. 1751 in materia di contratto di agenzia, il quale stabilisce che la disciplina legale sulla liquidazione dell'indennità dovuta all'agente in caso di cessazione del rapporto non può essere derogata dalle parti a svantaggio di quest'ultimo, o ancora dall'art 1932 in tema di assicurazione, che analogamente stabilisce l'inderogabilità in senso sfavorevole all'assicurato delle disposizioni in esso richiamate<sup>1</sup>.

Rispetto alle norme codicistiche richiamate, l'art. 127, comma 1, del TUB non limita l'applicabilità del richiamato principio di derogabilità *in melius* e di inderogabilità *in peius* a specifiche disposizioni.

Preferisce, invece, far riferimento a tutte le norme in materia di trasparenza e di credito al consumo. Cosicché, può ben ritenersi che le disposizioni inderogabili in senso sfavorevole al cliente siano non soltanto quelle che disciplinano il contenuto del contratto, ma anche quelle relative agli obblighi di informazione dell'intermediario nei confronti della cliente sia nella fase precedente delle trattative (art. 116), sia in sede di stipula del negozio, sia infine durante lo svolgimento del rapporto (art. 118 e 119).

---

<sup>1</sup> Alle due ipotesi indicate nel testo si aggiungono quelle contemplate in tema di rapporto di lavoro dagli artt. 2077 e 2120 c.c.: stabilisce la prima norma la sostituzione automatica delle clausole difformi del contratto individuale con quelle del contratto collettivo, a meno che non contengano "speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro"; la seconda la derogabilità solo favore dei lavoratori della disciplina legale in tema di liquidazione di indennità di fine rapporto: v. in giurisprudenza Cass. 14 febbraio 1991, n.1523, in *Foro it.*, 1991, I, 122.

Ulteriori fattispecie si rinvengono anche al di fuori del codice civile. Così ad esempio l'art. 79 della legge 392/1978 in tema di locazione di immobili urbani, il quale nel sancire la nullità solo dei patti in deroga vantaggiosi per il locatore, implicitamente ammette la validità di quelli più la vantaggiosi per il conduttore: così Cass. 13 settembre 1992, n. 8499, in *Foro it.*, 1993, I, 122, nota Piombo.

Si pone a questo punto il problema se con riguardo al contenuto del contratto la comparazione della disciplina convenzionale con quella legale, al fine di stabilire il trattamento più favorevole per il cliente, debba effettuarsi globalmente - applicando, cioè, al singolo rapporto il regolamento che, nell'insieme dei suoi aspetti, risulti più vantaggioso e nel quale resteranno assorbiti eventuali altri benefici propri della disciplina meno favorevole - ovvero "punto per punto" - verificando, per ogni singola clausola e per ogni singolo istituto, quale tra le due discipline, quella legale e quella pattizia, sia favorevole per il cliente<sup>2</sup>.

Per rispondere adeguatamente al quesito occorre distinguere. Sarà possibile il confronto tra la singola clausola negoziale e la contrapposta previsione normativa, quando la prima risulti dotata di una sua individualità, nel senso che abbia a oggetto ed esaurisce la regolamentazione di un particolare profilo o istituto del rapporto banca-cliente, considerato e disciplinato dal legislatore autonomamente dagli altri.

Se invece la clausola derogatoria rispetto al sistema legale non esaurisce la disciplina di un determinato istituto del rapporto intermediario-cliente, ma è completata da altre pattuizioni, il confronto non può essere tra la singola clausola e la corrispondente disciplina legale, ma tra i trattamenti complessivi desumibili dalle due discipline in conflitto, attesa la correlazione necessaria e quindi l'inscindibilità delle singole disposizioni attinenti a un medesimo istituto.

Due esempi aiuteranno a chiarire. Ammettiamo così che nell'ambito di un'apertura di credito sia pattuito un tasso di interesse a carico del cliente più

---

<sup>2</sup> Propende per il confronto tra singole clausole e normativa legale, senza tuttavia distinguere l'ipotesi in cui la clausola negoziale esaurisce la disciplina dell'istituto contemplato dal legislatore da quella in cui la clausola stessa è connessa ad altre pattuizioni attinenti al medesimo istituto, D'Ambrosio, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F Capriglione, Padova, 1994, p. 635.

svantaggioso di quello pubblicizzato dall'intermediario, ma che di tale tasso sia prevista l'immodificabilità. Può il cliente invocare la sostituzione del saggio pattuito con quello minimo dei buoni ordinari del tesoro e nel contempo conservare la previsione negoziale a lui favorevole della immodificabilità del nuovo saggio? Riterremo di sì, investendo la clausola con la quale è stato determinato il prezzo dell'operazione al momento della conclusione un profilo negoziale diverso e autonomo nella considerazione del legislatore da quello della modificabilità del medesimo da parte dell'intermediario nello svolgimento del rapporto.

Pensiamo ora alla diversa ipotesi che nell'ambito di un'apertura di credito sia previsto l'obbligo della banca di comunicare prima della loro applicazione al cliente<sup>3</sup>, anche le variazioni generalizzate dei tassi di interesse, ossia quelle adottate *"in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria"* (art 118 comma 4 del TUB e che sempre per contratto sia attribuito al cliente il diritto di recesso, ma entro un termine inferiore a quello minimo di sessanta giorni previsto dal secondo comma dell'art 118 per l'applicazione delle variazioni cd individuali.

Orbene, in tal caso escluderei che il cliente possa cumulare il vantaggio della disciplina convenzionale che estende l'obbligo della banca di comunicargli preventivamente la modifica contrattuale e il correlativo suo diritto di recesso anche alle variazioni dei tassi che siano conseguenza di decisioni di politica monetaria, con quello della disciplina legale che per l'esercizio di tale diritto stabilisce un termine non inferiore ai sessanta giorni. Poiché tali variazioni fuoriescono dalla disciplina dello *jus variandi*, contenuta nei primi tre commi dell'art 118, si sarebbe in presenza di un diritto di recesso non previsto dalla legge, ma attribuito per via convenzionale. Dovendo perciò

---

<sup>3</sup> Non quindi solo in occasione delle comunicazioni periodiche ex art 119 TUB.

il confronto essere effettuato tra le due discipline, quella negoziale e legale, nel loro complesso, questo sicuramente si risolverà nell'ipotesi detta nella applicazione della prima perché sicuramente più favorevole per il cliente.<sup>4</sup>

## **2. Il "comma 2" dell'art. 127: la categoria delle nullità relative. L'elaborazione dottrinale della categoria**

A maggior tutela del cliente, l'art. 127 del TUB ha altresì introdotto al "comma 2", la previsione<sup>5</sup> - secondo la quale le nullità previste dal titolo VI, pertanto sia quelle in materia di trasparenza bancaria sia quelle in materia di credito al consumo, sia ancora quelle sui servizi di pagamenti, operano solo a vantaggio del primo e possono essere rilevata d'ufficio dal giudice<sup>6</sup>.

La norma si traduce in una limitazione della legittimazione attiva a favore del cliente, salvo il rilievo officioso da parte del magistrato. Com'è noto, la legittimazione ad agire in nullità può ben essere, per espressa previsione legislativa, eccezionalmente limitata soltanto ad alcuni interessati (art. 1421 cc), dando così luogo al fenomeno della c.d. nullità relativa. Si tratta di casi di "speciale nullità", in quanto pur parlando il legislatore di "nullità", si ha una differenziazione nella posizione giuridica delle parti, quella alla quale spetta

<sup>4</sup> Anche la giurisprudenza è orientata nel senso di escludere il confronto tra la singola pattuizione negoziale e la norma di legge, quando la stessa è connessa ad altre clausole attinenti allo stesso istituto, affermando che in tale ipotesi la comparazione deve avvenire tra i trattamenti complessivi desumibili dalle due discipline in contrasto, valutandole nella loro globalità, senza cumulare i vantaggi riservati al contraente debole dall'una e dall'altra ed applicando solo la disciplina più favorevole a quest'ultimo, nella quale restano assorbiti i vantaggi dell'altra: così Cass. 15 giugno 1987, n.5259 in *Mass. Foro it.*, 1987, 897, con riferimento all'art. 2077 c.c.

<sup>5</sup> Non contemplata, invece, nelle originarie leggi nn. 142 e 154 del 1992.

<sup>6</sup> Ricordiamo, che sono sanzionate con la nullità: l'inosservanza della forma scritta dei contratti (art. 117, comma. 3, 125 *bis*, comma 1 e 2, e art 126 *quinquies*, comma 1); la clausola di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche del rapporto (art. 117, comma 6, 125 *bis*, comma 2, e art 126 *quinquies*, comma 1); le clausole che "prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati" (art. 117, comma 6, 125 *bis*, comma 2, e art 126 *quinquies*, comma 1); il contratto di credito al consumo nel quale contratto stesso siano omesse talune indicazioni prescritte dalle legge (art. 125 *bis* comma 8).

l'azione e quella che all'esercizio di tale azione è soggetta, similmente a quanto avviene nell'ipotesi di annullabilità.

Beninteso, non è che alla limitazione sul piano processuale della legittimazione a far valere l'invalidità, faccia riscontro sul piano sostanziale una limitazione dell'operatività della sanzione, nel senso che il contratto o la singola clausola possono considerarsi validi per un contraente e invalidi per l'altro. L'incongruenza logica, prima che giuridica, di un figura negoziale valida per una parte e invalida per l'altra è stata da tempo messa in luce dalla dottrina ed è fuori discussione<sup>7</sup>; la deroga quindi alla disciplina generale della nullità è solo sul piano processuale della legittimazione, eccezionalmente limitata a uno solo dei contraenti, ma il contratto o la clausola sono e restano invalidi per entrambi le parti.

Ed è proprio questa limitazione sul piano processuale dell'operatività della nullità relativa a mettere in crisi la costruzione del nostro codice ispirata alla grande pandettistica germanica, della nullità, come reazione a un disvalore giuridico operante *ipso jure*, rilevabile d'ufficio, imprescrittibile e insanabile con azione consentita a chiunque vi abbia interesse, e dell'annullabilità che, essendo posta a protezione di un interesse individuale, può essere fatta valere solo da un determinato legittimato, ed è prescrivibile, in quanto l'efficacia precaria dell'atto annullabile non consente una situazione di incertezza che si protragga all'infinito.

Ciò spiega gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza nella ricerca di una soddisfacente sistemazione dogmatica e pragmatica della figura.

<sup>7</sup> Così Cariota Ferrara, *L'annullabilità assoluta*, Estratto da Foro it, vol I.XIV, fasc 3, 1939, p.5 e ss., con riferimento al codice civile del 1865, e successivamente lo stesso Autore, in *Foro it.* 1964, II, p. 334 e ss., relativamente al codice civile del 1942. Nello stesso senso Santoro – Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Roma, 1985, p. 242 e ss. e Tommasini, voce *Invalidità*; b) *Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 897 per il quale "la nullità è una qualificazione negativa del negozio e tale qualificazione ....non può (che) essere unica di fronte a tutti".

Ed invero un primo e autorevole orientamento configura la nozione come categoria autonoma e distinta rispetto sia alla nullità, che all'annullabilità<sup>8</sup>, mentre altro orientamento respinge la terza categoria, ritenendo che le fattispecie che vengono addotte come esempi di nullità relative, possono farsi rientrare a secondo dei casi negli schemi della nullità o dell'annullabilità<sup>9</sup>.

E' evidente che non è questa la sede per prendere posizione sul dibattito<sup>10</sup>,

<sup>8</sup> Mirabelli, *Dei Contratti in generale*, in *Commentario del cod. civ.*, libro IV, tomo II, Titolo II, *Delle Obbligazioni (art. 1321-1352)*, Torino, 1980, p. 485 e seg.; Messineo, *Il contratto in genere*, Milano, 1972, p. 180. Con qualche riserva anche Scognamiglio, *Contratti in generale*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Gargano e Santoro, IV-2, Milano, 1977, p. 242 e Sacco, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, 1975 vol. VI, tomo II, p. 880.

<sup>9</sup> Carresi, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, tomo II, Milano 1987, p. 631.

<sup>10</sup> Va dato atto, tuttavia, che almeno un punto fermo la dottrina l'ha raggiunto. Tale punto fermo consiste nella necessità di distinguere i casi di invalidità veri e propri, da quelli che si possono inquadrare in altri collaudati paradigmi della patologia del negozio giuridico. Invero la nozione di nullità relativa è stata spesso adoperata con riferimento, oltre alla fattispecie qui considerata in cui il contratto è nullo per entrambe le parti, ma soltanto a una di loro è consentito di far valere l'invalidità, ad altri due gruppi di casi. Precisamente di queste ulteriori due categorie di "nullità relativa", la prima sarebbe costituita dai negozi validi per le parti e nulli per i terzi: vi rientrerebbero secondo Pescatore, *Nullità o inefficacia delle alienazioni di cose di interesse artistico avvenute senza denuncia all'autorità amministrativa*, in *Foro. It.*, I, 1948, p.32 gli atti di alienazione di cose mobili di interesse storico e artistico, che restano vincolanti tra le parti, ma inopponibili al terzo, in questo caso lo Stato (ex art. 621, L. n. 1089/1939). La seconda categoria, invece, sarebbe rappresentata dai negozi nulli per le parti, ma validi per i terzi: il riferimento sia pure in senso critico a tale categoria di atti è in Carresi, *Il contratto* cit., p. 629, il quale indica come esempio tipico normalmente addotto dalla dottrina (l'Autore cita Borgioli, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, p. 270) quello della nullità della società per azioni ex art. 2332 c.c.

Anche Sacco, *Il contratto* cit. p., 882 sembrerebbe propendere per un allargamento della categoria includendo nella stessa le invalidità che sono relative "perché non invocabili da tutti, o perché non invocabili contro tutti, o perché rilevabili solo nell'interesse di alcuno, o perché non opponibili a tutti".

Tale impostazione tuttavia è stata, a giusta ragione, criticata dalla dottrina: così Carresi, *Il contratto* cit., p. 628 e ss. Con riferimento agli atti che sarebbero validi per le parti e nulli per i terzi (i più numerosi e nei quali possono farsi rientrare anche gli atti di alienazioni di beni pignorati da parte del debitore: artt. 2913 e 2915, ovvero quelli del fallito di beni appresi dal curatore), si è infatti osservato che negli stessi non viene in rilievo la validità dell'atto, ma soltanto la sua opponibilità ai terzi, o meglio a determinati terzi (nell'ipotesi menzionate rispettivamente il creditore pignorante e i creditori del fallimento), nel senso che nei loro confronti l'atto, anche se valido e vincolante tra le parti, è come se non esistesse, non producendo effetti.

Ugualmente non viene in discussione l'invalidità dell'atto nella seconda categoria degli atti nulli per le parti e validi per i terzi, per individuare la quale ci sembra calzante il riferimento

che certamente riceverà nuovo impulso dalla crescente previsione legislativa di casi di nullità relativa<sup>11</sup>, se quest'ultima vada costruita come terza categoria autonoma dalle patologie consolidate della nullità e annullabilità, o viceversa sulla base del concreto atteggiarsi della disciplina nei singoli casi concreti, vada disciolta in quest'ultime. Tanto non solo per la complessità del tema, che non si presta a essere esaurito in questi rapidi cenni, ma anche perché comunque non risolverebbe i problemi applicativi proprio con riferimento all'ipotesi del comma 2 dell'art. 127 dell'imprescrittibilità o meno della nullità comminata, della sanabilità dell'atto relativamente nullo da parte del cliente, della sua operatività di diritto e dei limiti alla rilevabilità della nullità *ex officio iudicis*. Problemi questi che lascia irrisolti, non solo chi nega la sussistenza di una categoria autonoma della nullità relativa, perché in tal caso per la soluzione degli stessi è necessario inquadrala in uno o l'altro dei paradigmi conosciuti della nullità e/o annullabilità, ma anche chi costruisce la nullità relativa come categoria a se stante.

Mancando infatti nel sistema una disciplina propria della terza categoria,

---

(più che alla nullità della società per azioni citata dal Carresi, che non solo è valida solo nei confronti dei terzi, ma è vincolante anche per i soci, che non sono liberati dai conferimenti) alla nullità della delibera di nomina degli amministratori con rappresentanza di una società per azioni, la quale, a mente dell'art. 2383, comma 5, una volta adempiuta la pubblicità legale della nomina, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede sulla base dell'atto compiuto dall'amministratore invalidamente nominato. Anche in tal caso infatti ciò che entra in gioco non è l'invalidità della nomina, ma solo l'invocabilità della causa di nullità contro i terzi, nel senso che la società per poter far valere quest'ultima nei confronti dei terzi deve provare che gli stessi erano a sua conoscenza, in mancanza restando vincolata agli atti compiuti dagli amministratori invalidamente nominati.

In definitiva, quindi, di vera e propria nullità relativa deve parlarsi con riferimento a quei casi in cui all'invalidità del negozio per entrambi le sue parti sul piano sostanziale, si contrappone su quello processuale una limitazione delle legittimazioni a farla valere a favore soltanto di una di esse, ipotesi alla quale appartengono all'evidenza le nullità comminate dall'art. 127 TUB qui esaminato.

<sup>11</sup> Alludiamo, oltre che all'art.127, comma 2 in commento, alle "nullità relative" comminate dall'art. 23 comma 2 e 3 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n.58 in tema di intermediazione mobiliare e dall'art. 36 del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 6 (Codice del consumo). Su queste ulteriori ipotesi di nullità relativa avremo modo di tornare in seguito nel testo, anche per un raffronto con le nullità di cui all'art. 127, TUB.

questa potrebbe ricavarsi solo per analogia, ricorrendo alla disciplina prevista per i casi di nullità o dell'annullabilità, con i quali dunque la nuova figura andrebbe necessariamente confrontata<sup>12</sup>.

E' evidente che siffatta indagine, necessaria in entrambe le configurazioni della cd. nullità relativa (come categoria autonoma o meno dalle altre due) va compiuta sul piano della individuazione e valutazione degli interessi che il legislatore ha inteso tutelare, in una visione teleologica della norma che la recepisce e dunque va compiuta caso per caso. E tale indagine è tanto più necessaria, ove si consideri che -come sopra accennavamo- la stessa distinzione tradizionale tra le due figure nullità e annullabilità imperniata sulla cerchia dei legittimati, sulla imprescrittibilità dell'azione, sull'insanabilità del vizio e sulla sua rilevabilità d'ufficio è stata posta in crisi dall'emergere di figure meno lineari di invalidità rilevabili d'ufficio ma sanabili, o di insanabili ma non rilevabili d'ufficio. E' innegabile infatti che in relazione a tali figure poste in un cono d'ombra tra nullità e annullabilità, il giurista sia che ammetta l'esistenza di una terza categoria di invalidità, sia che la escluda, si trova comunque sempre di fronte a un bivio: o polarizzerà la disciplina di tali figure dubbie su quella dell'annullabilità o viceversa su quella della nullità.

### **3. Individuazione delle figure dubbie di invalidità: l'atteggiamento della giurisprudenza**

---

<sup>12</sup> Non a caso il Sacco, *Il contratto* cit., p.880, pur ammettendo l'esistenza della terza categoria "nullità relativa" si interroga sull'utilità della medesima, una volta che manca nel sistema una disciplina sua propria.

Bastano pochi esempi per chiarire quanto sopra rilevato in merito all'assottigliarsi della contrapposizione tradizionale tra nullità e annullabilità.

Si prenda così l'ipotesi che era prevista dall'art 17 legge n.47/1985<sup>13</sup>, il quale dopo aver comminato al primo comma la nullità degli atti tra vivi (sia in forma pubblica sia in quella privata), aventi per oggetto il "*trasferimento o costituzione o scioglimento dei diritti reali immobiliari relativi ad edifici o loro parti... ove da essi non risultino per dichiarazione dell'alienante gli estremi della concessione a edificare o della concessione in sanatoria*", soggiungeva al comma 3 che "*se la mancata indicazione degli estremi non sia dipesa da insussistenza della concessione al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, essi possono essere confermati anche da una sola delle parti, mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente che contenga la menzione omessa*". In base alla richiamata norma la validità degli atti inerenti a edifici o loro parti era subordinata alla ricorrenza di entrambe le seguenti condizioni: a) l'esistenza della concessione ad edificare (originaria o in sanatoria ex art. 13) al tempo in cui erano stipulati; b) la menzione, ivi inclusa, degli estremi della stessa, acquisiti sulla base della semplice dichiarazione dell'alienante. Era sufficiente pertanto il difetto di una soltanto di esse perché l'atto fosse nullo; con l'unica differenza che mentre la mancanza della prima condizione (sub a) dava luogo ad una nullità insanabile, conformemente alla regola generale di cui all'art.1423 c.c., l'assenza della seconda condizione (sub b) implicava, invece, una nullità "*confermabile anche unilateralmente, con un atto successivo compiuto da una delle parti,*

<sup>13</sup> L'articolo è stato abrogato dall'*art. 136, comma 2, lett. f), D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380* e dall'*art. 136, comma 2, lett. f), D.lgs. 6 giugno 2001, n. 378* a decorrere dal 1° gennaio 2002. Tale ultimo termine è stato prorogato al 30 giugno 2002, dall'*art. 5-bis, comma 1, D.L. 23 novembre 2001, n. 411*, convertito, con modificazioni, dalla *L. 31 dicembre 2001, n. 463* e, successivamente, al 30 giugno 2003 dall'*art 2, comma 1, D.L. 20 giugno 2002, n. 122*, convertito con modificazioni, dalla *L. 1° agosto 2002, n. 185*.

*contenente gli estremi della concessione*", purché redatto "nella stessa forma" dell'atto da confermare.

Cos'altro aveva voluto dire il legislatore se non che in questo caso la nullità era sanabile, in deroga quindi alla regola ora richiamata dell'art. 1423 cc.<sup>14</sup>

Veniamo a un secondo esempio. L'art. 122, comma 5, della legge n.633/1941 (sul diritto di autore) comminava la nullità del contratto di edizione a termine se non era indicato il numero minimo di esemplari da seguire per edizione. La giurisprudenza, posta di fronte ad una norma all'evidenza predisposta per la tutela di un concorrente reputato più debole, si rese conto che in concreto la pronuncia di nullità avrebbe potuto anche danneggiare la parte che la legge voleva proteggere, e pertanto riservò al solo contraente protetto (cioè l'autore dell'opera letteraria) il potere di far valere l'invalidità<sup>15</sup>.

Spingendo avanti l'indagine sul materiale legislativo, il numero di queste figure di invalidità dalla fisionomia incerta aumenta, così come confermano

<sup>14</sup> Attribuire un vero e proprio effetto sanante alla "conferma" contemplata nell'art. 17 L. 47/1985 Donisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli 1986, p. 63, il quale con riferimento al medesimo significativamente parlava di "effetto sanante, idoneo quindi a recuperare l'atto (originariamente) nullo alla vita giuridica". Lo stesso Autore aggiungeva che la deroga che per tal via era introdotta al canone dell'insanabilità del negozio nullo sarebbe stata ben più pregnante di quella prevista dagli artt.590 e 799 c.c., a mente dei quali la nullità del testamento e delle donazioni non può essere fatta valere da chi conoscendo la causa di nullità, ha dopo la morte del testatore o del donante confermato l'atto nullo o dato a esso volontaria esecuzione. Nelle fattispecie di cui agli artt. 590 e 799 c.c., infatti, la disposizione *mortis causa* e l'atto di liberalità "lungi dal resuscitare acquisendo quella validità di cui erano sprovvisti al momento della nascita, restano nulli", rilevano "(soltanto) come elementi di una fattispecie complessa, nella quale confluisce altresì l'atto confermativo e al quale (soltanto) l'ordinamento imputa gli effetti giuridici". La conferma prevista dall'art. 17, L. 47/1985 avrebbe costituito invece "non già lo strumento col quale l'ordinamento giuridico permette l'integrazione di una fattispecie in corso di formazione..., bensì la successiva acquisizione alla fattispecie originaria, che ha già esaurito il proprio ciclo formativo al punto di essere qualificata testualmente nulla, proprio di quel requisito (l'indicazione degli estremi della concessione) la cui mancanza aveva suscitato un giudizio di riprovazione tanto grave da sfociare nella nullità". Perciò -concludeva l'Autore- avvenuta la conferma ex art. 17, ultimo comma "quell'atto che ab initio era affetto da nullità per insussistenza dell'indicazione degli estremi del provvedimento concessorio, diviene -in deroga... al principio dell'insanabilità del negozio nullo- successivamente valido, idoneo per ciò stesso a dispiegare effetti suoi propri."

<sup>15</sup> Trib. Firenze 5 maggio 1960, in *Giur. it.*, I, II, 855.

le più recenti previsioni dell'art. 23 D.lgs. n. 58/1998 e dall'art. 36 D.lgs. n.206/2005<sup>16</sup>. Ma più che richiamare altri esempi, ai fini della nostra indagine interessa sottolineare l'atteggiamento giurisprudenziale in sede di applicazione delle due norme innanzi richiamate al caso concreto. E' indiscutibile, infatti, che quest'ultima posta di fronte a fattispecie normative al "confine" tra nullità e annullabilità ben avrebbe potuto prospettare ipotesi di lettura "alternative" del dato legislativo al fine di mitigare la carica "derogatoria" rispetto ai canoni, assunti consolidati, dell'insanabilità della nullità e della rilevabilità d'ufficio. Così con riferimento all'ipotesi prevista dall'art. 17, comma 3, della legge n.47/1985 la giurisprudenza avrebbe potuto sostituire il suo "linguaggio a quello del legislatore" e far discendere dalla mancata menzione nell'atto degli estremi della concessione (esistente) non la

<sup>16</sup> Vedi anche *infra* nel testo. Altre figure di invalidità dai connotati dubbi sono individuate da Sacco, *Il contratto* cit., p. 303, nell'art. 780 c.c., poi abrogato dalla legge di riforma del diritto di famiglia, il quale consentiva che la nullità della donazione al figlio non riconoscibile poteva essere fatta valere soltanto dal donante, dai suoi discendenti legittimi o dal coniuge, nonché nel trattamento giuridico riservato dalla legge alla falsità della firma. Afferma l'Autore che l'atto falso "è nullo, anzi là dove opera la distinzione tra atto nullo e inesistente, è inesistente" Tuttavia "se una scrittura privata è proposta contro una parte che non la disconosce alla prima udienze utile, la scrittura si ha per riconosciuta (art. 214 c.p.c.)". Orbene secondo il Sacco vi sarebbe un perfetta indifferenza dal punto di vista pratico tra la classificazione dell'invalidità come nullità della scrittura che si sana per il mancato disconoscimento o come annullabilità non soggetta a prescrizione. L'unica differenza consisterebbe infatti, nella circostanza che nel primo caso dovrà parlarsi di un onere a carico del convenuto di disconoscere per impedire la sanatoria della nullità, nel secondo caso di un onere di eccepire per far valere l'annullamento; ma distinzioni di questo genere secondo l'Autore sono "nebulose, sfuggenti e soprattutto preconcelte" (cit. 304).

Va solo aggiunto che il panorama delle figure di invalidità di dubbia classificazione si allarga ulteriormente se oltre agli atti negoziali, ai quali abbiamo circoscritto la nostra indagine, si considerano quelli processuali. Per l'art. 157, comma 2, cpc, infatti l'eventuale nullità di un atto processuale per mancanza di un suo requisito essenziale può essere fatta valere soltanto dalla parte nel cui interesse è stabilito il requisito stesso, ed è quindi relativa. Inoltre poiché deve essere dedotta a pena di decadenza nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di essa, la nullità è anche sanabile: tra le tante, qualifica come relativa e sanabile la nullità di cui all'art. 157 cpc, Cass. civ., 17 settembre 2013, n. 21205, in *Mass. foro it.* 2013, col. 668. Sono del pari soggetti al rigoroso regime dell'art. 157 cpc e quindi danno luogo a una nullità relativa e sanabile, gli eventuali vizi di una consulenza tecnica d'ufficio: così Cass. 14 agosto 1999, n. 8659, in *Mass. foro it.* 1999, col. 876.

nullità, ma l'annullabilità in modo da ravvisare nel particolare congegno normativo di sanatoria del negozio invalido (l'atto successivo di "conferma" di una delle parti contenente gli estremi della concessione non menzionata nel precedente atto) nient'altro che la puntuale applicazione della regola della convalidabilità del negozio annullabile.

Lo stesso si sarebbe potuto affermare nell'ipotesi del contratto di edizione dove la classificazione dell'invalidità in termini di annullabilità si salderebbe perfettamente con le regole della limitazione ad una sola delle parti (l'autore dell'opera) della legittimazione a farla valere e dell'esclusione della rilevabilità d'ufficio. Ma non risulta che la giurisprudenza in tali casi, in cui l'invalidità, sembrerebbe partecipare di alcuni caratteri dell'annullabilità, si sia mai discostata dal linguaggio del legislatore, preferendo invece continuare a parlare di nullità.

Come è stato rilevato<sup>17</sup> le ragioni di siffatto atteggiamento risiedono nel timore della giurisprudenza che dalla qualificazione della fattispecie in termini di annullabilità discenderebbe l'applicazione integrale della relativa disciplina, con le inevitabili ricadute in tema di prescrittibilità della domanda e validità e efficacia degli atti fino al momento della pronuncia di annullamento, ricadute che probabilmente il legislatore ha voluto escludere nel momento in cui ha sanzionato un determinato disvalore giuridico con la nullità e non con l'annullabilità, sia pure rendendo partecipe la prima di taluni caratteri della seconda<sup>18</sup>. Pertanto mantenendo ferma la categoria della nullità

<sup>17</sup> Sacco, *Il contratto* cit., p. 303.

<sup>18</sup> Con riferimento all'art. 17 legge sul condono edilizio Donisi, *Abusivismo edilizio* cit. p. 64 riteneva che un'eventuale classificazione dell'invalidità ivi prevista in termini di annullabilità, "condurrebbe a risultati in tal grado aberranti, da dispensare, chi scrive dal segnalarli specificamente". Orbene tali conseguenze aberranti si possono facilmente individuare nello svuotamento della rilevanza del divieto normativo, perché sarebbe bastato un tacito accordo tra venditore e compratore volto a non far valere mai l'invalidità dell'atto in cui mancano gli estremi della concessione, per garantirsi, attraverso il duplice meccanismo dell'esclusione della sua rilevabilità *ex officio judicis* e della prescrizione quinquennale dell'azione, la

la giurisprudenza assicura all'invalidità, tutti canoni della nullità, ad eccezione di quelli espressamente esclusi dalla legge<sup>19</sup>. Cosicché, per esemplificare, nell'ipotesi dell'art.17, comma 3, della legge n.47/1985 la nullità, pur essendo suscettibile di sanatoria, comunque avrebbe operato di diritto, sarebbe stata imprescrittibile, nonché rilevabile *ex officio judicis*, mentre nell'ipotesi della art. art. 122, comma 5, della legge sul diritto d'autore l'invalidità oltre che operare *ipso jure* ed essere imprescrittibile sarebbe sfuggita anche alla norme sulla convalida del negozio annullabile, con la sola eccezione della limitazione della legittimazione a farla valere ad una sola delle parti e dell'esclusione del potere del giudice di rilevarla d'ufficio<sup>20</sup>.

Probabilmente siffatto atteggiamento giurisprudenziale non è lontano dal sistema prefigurato dal legislatore. In altri termini la giurisprudenza si rende conto che la tradizionale distinzione tra nullità e annullabilità risalente alla

---

definitiva validità e efficacia dell'atto invalido.

<sup>19</sup> Significativa, per comprendere le ragioni dell'orientamento giurisprudenziale è la motivazione di Trib. Firenze 5 maggio 1960 cit., dove la qualificazione dell'invalidità di cui all'art. 112, legge sul diritto d'Autore in termini di nullità viene utilizzata dal Tribunale giust'appunto per escludere l'avvenuta sanatoria del contratto di edizione a mente dell'art.1444, comma 2, c.c., domandata in via *riconventio riconventionis* dalla Società attrice (editore) per resistere all'eccezione del convenuto (autore dell'opera) di nullità del contratto di edizione.

<sup>20</sup> Che siano quelle indicate nel testo le ragioni di fondo della prassi giurisprudenziale, lo conferma l'ulteriore circostanza che la stessa giurisprudenza non ha esitato a superare il dato normativo per sostituire, in fattispecie di particolare riprovazione per l'ordinamento giuridico, all'annullabilità testualmente comminata dal legislatore la nullità. Così in tema di impedimenti matrimoniali, l'azione diretta a far vale l'invalidità della trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio canonico contratto da chi sia legato ad altro matrimonio valido agli effetti civili, non solo viene classificata come nullità e non annullabilità, malgrado la diversa terminologia adoperata dall'art.117 cc, ma tale diversa classificazione viene utilizzata e giustificata proprio per trarne il corollario dell'imprescrittibilità dell'azione, che "*può essere esercitata in ogni tempo, con il solo limite dello scioglimento per morte o altra causa del precedente matrimonio*": cfr. Cass. 12 ottobre 1978, n.4567, in *Mass. Foro it.*, 1978, col. 899. Parlano sempre di nullità e non annullamento per l'azione di cui all'art. 117 cc Cass. 6 febbraio 1986, n. 720, in *Foro it.*, 1987, I, 904, nota Colucci, *Sulla nozione di "interesse legittimo e attuale" di cui all'art. 117 c.c.*; Trib. Roma 8 febbraio 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, 418, nota Finocchiaro, *L'art. 125 c.c. e i limiti all'azione di nullità del p.m.*; Trib. Modena 23 gennaio 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 966.

pannettistica germanica si è sempre più diluita, man mano che nella successiva elaborazione legislativa sono state create nuove figure di invalidità, dai tratti incerti<sup>21</sup>. Degli originari caratteri della imprescrittibilità, dell'operativa *ipso jure*, dell'insanabilità e della rilevabilità *ope judicis*, la nullità ha infatti conservato soltanto i primi due come fissi e immutabili. Pertanto quando si tratta di figure di invalidità per così dire dubbie, dalla classificazione del legislatore in termini di nullità, l'interprete potrà trarne sicure implicazioni in merito alla imprescrittibilità della sanzione e alla sua operatività *ipso jure*, ma per quanto riguarda l'individuazione degli ulteriori connotati dovrà ricorrere all'interpretazione analogica, conformando la

<sup>21</sup> Non è azzardata d'altra parte l'ulteriore affermazione che già prima del codice civile del 1942 esistevano figure di invalidità di difficile classificazione, se è vero, come è vero che Cariota Ferrara, *L'annullabilità assoluta* cit., p. 4, con riferimento al codice del 1865, rilevava l'esistenza di "forme secondarie e dubbie" di invalidità, "che a seconda dei casi classificava come "annullabilità assoluta" o "nullità relativa". Secondo l'Autore figure dubbie di invalidità erano quelle relative ai negozi compiuti dall'interdetto legale (art. 1107, capov., c.c.) e si rintracciavano anche in tema di impedimenti matrimoniali. A tali ipotesi si può aggiungere la nullità degli atti di alienazione dei beni dotali, che non poteva essere fatta valere dall'altro contraente, ma solo da entrambi i coniugi. Ma anche al di fuori del codice civile vi erano casi di dubbia configurazione. Così per il combinato disposto degli artt. 15 e 17 della legge 17 luglio 1890, n. 6972, tuttora in vigore, la nullità dei contratti stipulati da un'istituzione pubblica di assistenza e beneficenza con un membro del proprio consiglio di amministrazione, può essere dedotta solo dall'Ente stesso ovvero dall'autorità politica.

Orbene, con riferimento alle figure anomale di invalidità, il Cariota distingueva l'"annullabilità assoluta" la quale "pur essendo annullabilità, pur rientrando in tale specie di invalidità, si distinguerebbe nell'ambito di questa per una peculiare nota, sua propria", ossia l'essere rilevabile da chiunque vi abbia interesse, dalla "nullità relativa" la quale "pur essendo nullità si distinguerebbe nell'ambito di questa per una particolare caratteristica sua propria", nel senso che può farsi valere solo da determinate persone cui la legge ha concesso il diritto alla nullità. Sulla base di tali premesse l'Autore giungeva alla conclusione che l'essere l'azione spettante a ogni persona non comportava come conseguenza logica necessaria che essa fosse un'azione di nullità, così come dalla sperimentabilità dell'azione solo da determinati soggetti non conseguiva sempre che la stessa fosse di annullamento. Conclusione questa che può ben capovolgarsi nell'altra, alla quale siamo giunti nel testo, ossia che l'essere un'azione di annullamento, non implica sempre che la medesima possa farsi valere solo da determinati soggetti; così come l'essere una data azione di nullità, non significa necessariamente che essa possa farsi valere da chiunque interessato o che sia rilevabile d'ufficio.

E' quindi evidente che le problematiche del 1938 sono le stesse di oggi, con una sola differenza, ossia che quelle che il Cariota chiamava "figure dubbie di invalidità" sono diventate sempre più numerose e rilevanti, per cui diversamente da quanto allora affermava l'illustre Autore non sono più "secondarie" nel sistema.

relativa disciplina a quella della nullità ovvero dell'annullabilità a seconda degli interessi che il si è inteso tutelare.

#### **4. L'inquadramento nel sistema della nullità relativa prevista dal comma 2 dell'art. 127. Limiti alla rilevabilità della nullità *ex officio judicis***

Le considerazioni sopra svolte hanno la loro rilevanza con riferimento all'invalidità prevista nell'art. 127, comma 2, TUB, perché dalla classificazione della stessa in termini di nullità operata dal legislatore discendono sicuramente i corollari della imprescrittibilità e della sua operatività *ipso jure* (caratteri fissi come già detto della nullità), per cui il cliente potrà in ogni tempo far valere la stessa e la natura dichiarativa della pronuncia di accoglimento farà sì che il contratto o la clausola colpita dalla nullità si considereranno come mai stipulati. Ma la predetta classificazione, per quanto sopra detto, lascia tuttora irrisolti i problemi della rilevabilità *ex officio judicis*, e della sanatoria dell'invalidità. Non risolve i dubbi la previsione, aggiunta dall'art 4, comma 3, D.lgs. 13 agosto 2010, n.141 (come modificato dall'art 3, comma 4, D.lgs. 14 dicembre 2010, n.118) che la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Non può infatti dirsi *a priori* che quelle finalità per le quali il legislatore sanziona una dato disvalore giuridico con la previsione della "nullità", tuttavia limitando la legittimazione all'azione ad uno solo dei contraenti, si tutelano meglio applicando *tout court* la disciplina della "nullità" e non quella dell'"annullabilità". Abbiamo già visto come la giurisprudenza, utilizzando il potere interpretativo delle norme che le compete nei casi dubbi -come è quello previsto dall'art. 127, comma 2 - potrebbe non restare invischiata dal dato letterale, per ammettere piuttosto che in quest'ipotesi ci si trovi innanzi a una figura, che partecipa di alcuni o tutti dei caratteri propri dell'annullabilità.

Non sempre, infatti, la sanzione di nullità è produttiva di effetti vantaggiosi

avuto riguardo all'interesse del cliente. Laddove, quindi, sul presupposto della totale attrazione dell'invalidità comminata dall'art. 127 alla categoria della nullità, se ne ammettesse sempre e comunque la rilevabilità *ex officio judicis*, vi potrebbero essere situazioni in cui potrebbe rimanere danneggiato proprio il soggetto a favore del quale è stata legislativamente prevista la sanzione. Precisamente si tratterebbe di quei casi nei quali, in conseguenza dell'eventuale declaratoria della nullità dell'atto, il cliente si troverebbe immediatamente esposto alle pretese restitutorie dell'intermediario (si pensi ad esempio all'ipotesi di un mutuo fondiario a tasso agevolato concluso per l'acquisto della prima casa, a garanzia del quale sia stata accesa ipoteca su quest'ultima. Alla nullità del contratto conseguirebbe l'obbligo del mutuatario di restituire immediatamente l'intera somma ricevuta a mutuo, in mancanza trovandosi esposto al rischio della perdita del bene casa).

Va a questo punto rilevato che l'inadeguatezza della sanzione rispetto alle situazioni che in concreto dovrebbe tutelare, non è problema specifico all'invalidità contemplata nell'art. 127, ma si presenta all'interprete ogni qual volta si trova a dover maneggiare figure di nullità per contrarietà a norme introdotte a tutela solo di particolari soggetti. Tali difficoltà si spiegano con la constatazione che una sanzione, la nullità, strutturalmente concepita per la tutela di interessi collettivi, mal si presta a colpire situazioni in cui viene in gioco solo l'interesse individuale di una delle parti del rapporto.

Costituiscono un significativo esempio di quanto qui rilevato le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza in sede di applicazione dell'art. 1341, c.c. che - come è noto - al secondo comma statuisce che le clausole onerose dei contratti per adesione non approvate specificamente approvate per iscritto "*non hanno effetto*". Sul valore da attribuire al tale ultima espressione sono state espresse opinioni divergenti.

Così mentre un primo orientamento ravvisa nella mancanza del requisito

formale un'ipotesi di nullità assoluta e pertanto azionabile da entrambi i soggetti e rilevabile d'ufficio<sup>22</sup>, un secondo orientamento è, invece, nel senso che l'inefficacia delle clausole vessatorie, in mancanza di una specifica approvazione per iscritto, non possa essere invocata dal contraente che abbia predisposto quelle clausole, ma soltanto dal contraente protetto e dunque si tratterebbe di nullità relativa<sup>23</sup>.

L'argomentazione di base per sostenere la nullità relativa parte dalla considerazione che l'interesse che si intende tutelare è pur sempre quello del contraente debole, dalla quale si trae la conseguenza che la nullità può essere fatta valere solo da quest'ultimo. Si afferma infatti che, accedendo alla tesi della nullità assoluta si giungerebbe a conseguenze paradossali legate al fatto che di fronte a situazioni in cui la clausola risulti in concreto vantaggiosa per l'aderente e dannosa per il contraente che l'ha predisposta, quest'ultimo non solo potrebbe eccepirne l'invalidità, ma, là dove dimostri che la clausola stessa sia stata essenziale e determinante del suo consenso, potrebbe attraverso la nullità di quest'ultima conseguire l'ulteriore risultato di far travolgere l'intero contratto ex art. 1419 c.c. Per tal via si vanificherebbero quindi proprio quell'esigenze di tutela cui è preposto l'art. 1341 c.c.<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> La giurisprudenza sull'art. 1341 c.c. è praticamente sterminata. Va però subito dato atto che dopo Cass. 11. novembre 1974, n. 3508, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1469, con le quali le Sezioni Unite, intervenute per dirimere il contrasto con quella giurisprudenza di legittimità che ne sosteneva il carattere relativo, hanno affermato che alla mancata specifica approvazione per iscritto della clausola vessatoria consegue la nullità assoluta, quest'ultimo orientamento è divenuto prevalente: tra le più recenti, Cass. civ., 21 marzo 2014, n. 6784 in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, 727. In dottrina Mirabelli, *Dei Contratti in generale* cit, p. 153.

<sup>23</sup> Così Cass. 23 ottobre 1991, n. 11213, in *Mass. Foro it.*, 1991, col. 999. In dottrina Betti, *Teoria Generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ. cit.* pag. 99; Senofonte *Appunti in tema di nullità delle clausole cd vessatorie*, in *Dir. e giur.*, 1961, p. 317; Scognamiglio, *Contratti* cit. p. 276.

<sup>24</sup> L'aderente, infatti, comportando la declaratoria di nullità della clausola -declaratoria che sfuggirebbe alla sua iniziativa, in quanto richiedibile dallo stesso predisponente- l'invalidità dell'intero contratto, verrebbe privato delle utilità che cercava sul mercato e che gli erano offerte soltanto a quelle condizioni, sia pure vessatorie. Di tali possibili riflessi negativi non si preoccupa Mirabelli, *Dei Contratti in generale* cit, p. 140, il quale dà per scontate sia la

Orbene, ci sembra a questo punto ovvio che, se si aderisce alla ricostruzione dell'inefficacia di cui all'art. 1341 comma 2, c.c. in termini di nullità relativa, la forte simmetria che si viene a creare tra tale invalidità e quella sancita nell'art. 127, comma 2, TUB, consente l'applicazione speculare a quest'ultima dello stesso criterio teleologico utilizzato dalla giurisprudenza con riferimento alla prima norma<sup>25</sup>. Ciò comporta, che escluso senz'altro la rilevabilità della nullità di cui all'art. 127 da parte dall'intermediario, per l'espressa preclusione normativa, per rispondere adeguatamente al quesito se la esplicita previsione della sua rilevabilità d'ufficio valga per tutte le nullità previste dal titolo VI, occorre domandarsi se l'esercizio di siffatto potere sia sempre compatibile con l'esigenze di protezione del cliente debole perseguite dal legislatore. Due considerazioni si impongono. La prima che già per il passato la giurisprudenza ha individuato ipotesi di nullità relative, ma rilevabili d'ufficio, pur nella mancanza di una specifica attribuzione normativa di siffatto potere. Proprio con riferimento all'ipotesi del comma 2 dell'art. 1341 c.c. si è statuito che *"la inosservanza del requisito della specifica approvazione per iscritto*

---

rilevabilità della vessatorietà della clausola ad istanza del predisponente o d'ufficio, sia l'applicazione dell'ulteriore regola dell'art. 1419 c.c. Esclude invece quest'ultima conseguenza De Nova, *Nullità relativa nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvare per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 485 e ss. per il quale il requisito posto dall'art.1341 c.c., può essere classificato nella categoria delle forme cd. *"integrative... caratterizzate dal fatto di non essere essenziali per la validità del contratto, bensì per la produzione di alcuni suoi effetti..., di modo che se la forma integrativa manca, quei particolari effetti non si producono, mentre l'intero contratto resta valido e operante"* (cit. 486). Allo stesso risultato perviene Ferri, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*1977, I, p. 16 e ss. per il quale la specifica sottoscrizione sarebbe requisito essenziale per la formazione dell'accordo delle parti sulla clausola vessatoria, in mancanza del quale quest'ultima sarebbe non nulla, ma inefficace. Ne conseguirebbe l'inapplicabilità dell'art. 1419 c.c, mentre continuerebbero a applicarsi l'ulteriori regole della legittimazione di entrambi le parti a far valere l'inefficacia della clausola vessatoria, nonché la rilevabilità della medesima *ex officio judicis*.

<sup>25</sup> Così anche Panzarini, *Sulla nullità del contratto bancario*, in *Contratto e impr.*, 1991, p.483, anche se a noi non sembra condivisibile, per le ragioni che specificheremmo nel testo, il corollario che l'Autore ne trae, di un potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità dell'art 127, comma 2, TUB *"quando dall'insieme della domanda formulatagli dal cliente, la dichiarazione di nullità risulti a favore della domanda stessa"* (cit. 481).

*delle clausole*" indicate dalla norma può essere fatta valere non solo dal contraente aderente, ma anche "*rilevata d'ufficio soltanto a favore di questi*", secondo un'interpretazione che "*risponde alla ratio della citata norma, dettata per tutelare la parte aderente nei confronti di quella che ha predisposto il contratto e impedire che venga turbato l'equilibrio tra i contraenti*"<sup>26</sup>.

La seconda considerazione è che più di recente una figura di nullità relativa, rilevabile d'ufficio sembrerebbe essere stata introdotta dal legislatore anche in un ambito diverso dall'intermediazione e dove analogamente si pone un problema di protezione del contraente debole. Alludiamo alla disciplina del Codice del consumo e in particolare all'art. 36, significativamente rubricato "*nullità di protezione*", il quale dopo aver affermato che le clausole considerate vessatorie sono nulle, aggiunge al terzo comma che "*la nullità opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*". Tale disposizione è stata interpretata dalla dottrina come una limitazione della legittimazione a far valere in giudizio il carattere vessatorio della clausola al solo consumatore, alla quale si aggiunge la sua rilevabilità di ufficio da parte del giudice<sup>27</sup>. E a questa previsione sempre essersi adeguato anche l'art 127

<sup>26</sup> Così Cass. civ., 05 novembre 2009, n. 23468, in Rep. Foro. it., 2010, voce Contratto in genere [1740], n. 377.

La conferma della debolezza dell'argomento sistematico fondato sull'art. 1421 c.c. è data proprio dalle oscillazioni della giurisprudenza in tema di art. 1341, comma 2, c.c. Ciò è massimamente avvalorato dall'ulteriore considerazione che se si confrontano Cass. 27 marzo 1961 n. 692, in *Mass Foro it.*, 1961, col. 347 e Cass. 11. novembre 1974, n. 350 in *Mass Foro it.*, 1974, col. 987, ci si accorge che la clausola vessatoria esaminata dalla prima, precisamente un clausola compromissoria non specificamente sottoscritta, era analoga alla clausola al vaglio della seconda, di deroga alla competenza territoriale.

Orbene con riferimento a clausole vessatorie simili, una sentenza del Supremo collegio, quella del 1961, ammette che la sua nullità, anche se relativa, può essere rilevata d'ufficio quando è a vantaggio della parte a favore della quale il legislatore ha comminato la nullità, l'altra, del 1974, invece, afferma il principio di diritto opposto (sia pure per escludere la relatività della sanzione), ossia che la nullità relativa non può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

<sup>27</sup> La dottrina è concorde, infatti nell'escludere che la dizione utilizzata nell'art. 36 del codice del consumo, secondo cui "*la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore*", possa intendersi nel senso che gli effetti della clausola vessatoria si produrrebbero solo per il professionista e non per il consumatore, ponendo in luce che, la nullità del negozio o di una

comma 2 c.c. che alla rilevabilità della nullità da parte del cliente ha aggiuntola sua rilevabilità d'ufficio.

Ma è evidente che una interpretazione della norma che si arrestasse solo al suo dato letterale e alla sua similitudine con l'art 36 del Codice del consumo, si rivelerebbe ben presto non appagante. Vi è infatti una significativa differenza tra le due norme. Le nullità previste dall'art. 36 sono tutte nullità parziali, colpiscono cioè solo le clausole abusive; non così le nullità del TUB, riferite anche al contratto "*nel caso di mancanza della forma prescritta*" (art 117, comma 3), o ancora "*per determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi*", quando il loro contenuto sia difforme da quello tipico determinato dalla Banca d'Italia.

C'è allora da chiedersi: anche in tali casi la nullità potrebbe essere rilevata d'ufficio, benché nei fatti travolgendo l'intero rapporto negoziale potrebbe rivolgersi non a vantaggio del cliente, come invece vuole la legge che limita a tale ipotesi l'operatività della nullità? Si pensi, come già detto prima, alle operazioni bancarie (mutui, apertura di credito, ecc.) che creano delle operazioni a debito per il cliente, e la cui nullità determinerebbe un obbligo di restituzione immediata da parte di quest'ultimo. Di qui il possibile contrasto tra la previsione che le nullità in materia bancaria "*operano solo a vantaggio del cliente*" e il suo rilievo d'ufficio da parte del giudice anche in ipotesi in cui gli effetti che ne discenderebbero non sarebbero a vantaggio del cliente. E' allora evidente che, anche con riferimento alla ulteriore ipotesi prevista dall'art. 127 del TUB, l'interprete non può fermarsi al dato letterale che la nullità

---

singola clausola colpisce necessariamente entrambi i soggetti dello stesso. Da tale premessa si trae la conseguenza che la previsione dell'art. 36, comma 3, opera solo sul piano processuale, dando luogo a una limitazione della legittimazione a far valere l'inefficacia a favore del solo consumatore: in tale senso con riferimento alla omologa previsione dell'art 1469 *quinquies* c.c. Romagnoli, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1977, p. 151.

similmente a quella delle clausole abusive di cui all'art 36, comma 3, del Codice del consumo, possa essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, ma debba verificarne la *ratio*. al fine di individuare il fine che il legislatore ha inteso perseguire. E tale interpretazione deve essere condotta avuto riguardo sia al contesto della norma in cui è inserita tale previsione, l'art 127, sia all'intero corpo normativo, il titolo VI, di cui l'articolo fa parte, visto che come evidenzia la rubrica del capo III, che la contiene, essa ha valenza di regola generale, applicabile, in quanto tale a tutte le operazioni bancarie e finanziarie, anche se di "credito al consumo" e di prestazione di "servizi di pagamento".

Così venendo al primo livello dell'indagine non può non valorizzarsi l'indubbio legame intercorrente tra il comma 2 dell'art 127 e il suo comma 1. Alla operatività sul piano processuale della nullità solo a vantaggio del cliente (così il comma 2), fa riscontro sul piano sostanziale la derogabilità delle norme del titolo VI "*solo in senso più favorevole al cliente*". Il limite, quindi, che emerge da questa prima analisi alla rilevabilità di ufficio della nullità da parte del giudice è che questa può avvenire solo quando si risolve in un sicuro vantaggio del cliente. Tale vantaggio infatti, costituisce il limite della stessa inderogabilità delle norme in materia di trasparenza. E l'individuazione quindi di tale limite alla rilevabilità di ufficio della nullità, non è sempre operazione ermeneutica agevole per lo stesso giudice chiamato ad esercitare il suo potere officioso, in caso di inerzia del cliente.

Ed, infatti, venendo al secondo livello della nostra indagine, è opinione largamente condivisa in dottrina che obiettivo preminente della disciplina contenuta nel Titolo VI del TUB, sia la tutela del diritto di informazione del cliente delle condizioni economiche applicate dall'intermediario, ossia la piena conoscibilità delle stesse da parte di quest'ultimo<sup>28</sup>. Ed è opinione

---

<sup>28</sup> Tale opinione già espressa dalla dottrina con riferimento alla legge n. 154/1992 (tra i tanti v.: Dolmetta, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla l. n.154*

altrettanto diffusa che rispetto a tale obiettivo sia marginale quello del riequilibrio delle posizioni contrattuali, che invece costituisce l'obiettivo preminente - come poi vedremo- della normativa sulle clausole abusive. Ciò a nostro avviso impone di discriminare le norme dal cui fine è estraneo il riequilibrio delle posizioni negoziali, da quelle che invece perseguono tale scopo. Ove venga in gioco solo la tutela del diritto di informazione, ma non sia previsto dalla medesima legge l'attribuzione di un vantaggio oggettivo al cliente, in conseguenza della nullità che colpisce la violazione di tale diritto, la valutazione se azionare o meno la nullità va rimessa esclusivamente alla scelta discrezionale del cliente, non potendo ad essa sostituirsi quella del giudice, perché squisitamente soggettiva rimane la valutazione della vantaggiosità o meno, per gli interessi in concreto perseguiti dal cliente, della sanzione.

Non è così, invece, quando alla sanzione di nullità si accompagna un obiettivo di riequilibrio delle rispettive posizioni contrattuali attraverso l'attribuzione di un vantaggio patrimoniale al cliente, che gli è stato negato in sede di stipula del contratto. È il caso delle regole che non si limitano a sanzionare con la nullità le clausole non rispettose del diritto di informazione del cliente, ma introducono anche meccanismi di sostituzione/integrazione della clausola nulla, impedendo ogni valutazione, anche da parte del giudice, sulla loro essenzialità nell'economia del rapporto e quindi una pronuncia di

---

*del 1992, in Banca Borsa, tit. cred., 1192, I, 351, p. 377 e ss.; Nigro, La nuova normativa sulla trasparenza bancaria, in Dir. banc., 1993, p. 571 e ss.; Porzio, Commento all'art 1 legge 17 febbraio 1992, n. 154, in Nuove leggi civ. comm., 1993, p. 1124 e ss. V. con riferimento al TUB: De Poli, la trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti, in Riv. Dir. civ., 1994 II, p. 523 e ss.; Dolmetta, Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (direttiva Cee n. 93/13) in Dir. banc. 1994, I, p. 444 e ss.; La Rocca, La trasparenza delle operazioni bancarie tra legge n. 154 del 1992 e testo unico, in Riv. dir. impresa, 1994, p. 469 e ss.; Pellarini, (1995), 153 e ss.; Liguori, Determinazione dei tassi ultralegali nei contratti bancari ed esigenze di trasparenza nei rapporti tra banche e clienti, in Mondo Bancario, 1997, p. 45 e ss.; Minervini, La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori, in Banca, borsa, tit. cred., 1997, I, p. 94 e ss.*

nullità dell'intero contratto ex art. 1419 c.c. Così è per la norma dell'art 117, comma 7, che per le ipotesi di nullità previste dai precedenti comma 4 e 6, relative alla omessa o generica (attraverso la clausola di rinvio agli usi) indicazione delle condizioni economiche del rapporto, prevede che si applichino quanto agli interessi il rendimento "*minimo e o massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro*", quanto agli altri prezzi e condizioni praticati, quelli pubblicati.

Ma perseguono una finalità di riequilibrio anche quelle ipotesi di nullità parziale, relativamente alle quali il legislatore, pur non prevedendo meccanismi integrativi del loro contenuto, applica al rapporto, sempre ai fini di salvaguardia della validità del contratto, una disciplina diversa da quella pattuita e sempre a vantaggio del cliente. E' l'ipotesi in cui non possa avvenire l'integrazione del contenuto lacunoso del contratto con gli "*altri prezzi e condizione pubblicizzati*", perché l'intermediario ha omesso la loro pubblicità, che dà luogo a una trasformazione della causa del rapporto da onerosa a gratuita, non potendo l'intermediario più esigerli dal cliente (art 117, comma 7, lett. b, ultimo inciso); è altresì il caso della mancata specifica approvazione per iscritto della clausola attributiva all'intermediario del potere di variare unilateralmente il regolamento economico del contratto nei rapporti di durata, che dà luogo alla sua immodificabilità (art. 118, comma 1).

E' solo dunque in questi casi in cui dalla applicazione della nullità consegue un obiettivo vantaggio sul piano patrimoniale per il cliente, perché è la stessa legge a stabilirlo, che il giudice può sostituirsi al cliente inerte, esercitando il suo potere officioso. Non invece nelle ipotesi di nullità che colpiscono il contratto per mancanza della forma prescritta o perché inosservante del contenuto tipico determinato dalla Banca d'Italia. In queste ipotesi l'eliminazione del contratto, non può prescindere da una dichiarazione e/o da un comportamento processuale univoco del cliente, il quale invocando la

nullità, attivi il meccanismo di protezione previsto dalla legge, reputando tale soluzione più favorevole rispetto alla conservazione del rapporto negoziale. Non soccorrendo, come le ipotesi nullità parziale l'attribuzione da parte del legislatore di uno specifico vantaggio patrimoniale al cliente, è solo il cliente che può stabilire quale sia la soluzione per lui più vantaggiosa.

Un esempio aiuterà a chiarire. Si ipotizzi, così, che un soggetto nell'ambito di un rapporto di finanziamento intrattenuto con un intermediario agisca in giudizio per far dichiarare l'inefficacia di una modifica unilaterale delle relative condizioni economiche a lui sfavorevoli, in mancanza della sottoscrizione della clausola attributiva di siffatto potere. Se dagli elementi di fatto della domanda emergesse che è l'intero contratto ad essere stato stipulato oralmente, potrebbe il giudice, sostituendosi al cliente, rilevare d'ufficio la sua nullità? Si tratta di un caso limite, in cui chiunque risponderebbe di no, essendo evidente il pregiudizio che il soggetto riceverebbe dalla declaratoria di nullità che, travolgendo l'intero rapporto, comporterebbe l'obbligo immediato della restituzione di tutti gli importi effettivamente utilizzati. Ma al di là del caso limite che qui si è ipotizzato, è evidente, il rischio concreto che l'esercizio di siffatto potere officioso diverrebbe sostanzialmente il frutto di un operazione arbitraria, là dove lo si ammettesse anche quando manchi nella legge l'attribuzione di un trattamento di maggior favore per il cliente in conseguenza dell'applicazione della nullità. Si sostituirebbe infatti alla valutazione del cliente della personale convenienza (alla conservazione del rapporto), che in quanto tale solo il diretto interessato può compiere, quella del giudice.

Con riferimento quindi alle nullità comminate dal T.U. si deve quindi coerentemente concludere che la deduzione delle stesse non solo è rimessa alla disponibilità del cliente, alla cui valutazione è affidata la decisione se farla valere o meno, ma il potere di rilevazione d'ufficio del magistrato, nonostante

il riferimento della norma a tutte le nullità, vada limitato solo alle nullità delle singole clausole del rapporto, per le quali operi il meccanismo della sostituzione con una disciplina legale sicuramente più vantaggiosa per il cliente.

### **5. Il confronto con l'art. 36 del d.lgs. n. 206/2005 (codice del consumo), come argomento per confermare l'esclusione della rilevabilità d'ufficio della nullità per le ipotesi di nullità del contratto e non della singola clausola**

Il confronto con la diversa disciplina dell'invalidità contenuta nella disciplina del Codice del consumo, relativa alle clausole abusive non sminuisce questa conclusione, anzi la rafforza.

Obiettivo primario di tale normativa - come sopra accennato - è il riequilibrio delle posizioni delle parti nei contratti tra professionista e consumatore: la clausola è vessatoria in quanto determina una situazione di squilibrio a favore del professionista<sup>29</sup> e, pertanto, attraverso l'eliminazione della clausola si mira a far venir meno detta situazione.

L'intero impianto legislativo poggia quindi su valutazioni oggettive, basate sull'apprezzamento dei diritti e obblighi delle parti. Il giudice nel valutare il carattere abusivo della clausola deve perciò verificare esclusivamente la sussistenza di uno squilibrio significativo a carico del consumatore e tale suo apprezzamento va condotto alla stregua dei parametri oggettivi indicati dall'art. 34 ("*natura del bene o del servizio oggetto del contratto*", "*circostanze esistenti al momento della sua conclusione*", "*altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato*") e applicando nel "caso di dubbio sul senso di una clausola... l'interpretazione più favorevole al consumatore" (art 35,

<sup>29</sup> E' esplicita in tal senso la formula dell'art. 33, comma 1, che ritiene vessatorie le clausole che "*determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi derivanti dal contratto*".

comma 2).

L'indagine, quindi, è del tutto scevra da valutazioni di tipo soggettivo basate sull'elemento psicologico delle parti (*"malgrado la buona fede"*), sulla loro presunta volontà, così come sul loro comportamento anche processuale<sup>30</sup>.

Se quindi il consumatore, sia se convenuto in giudizio dal professionista, sia se agisca lui stesso per l'adempimento del contratto, non eccepisce o fa valere l'inefficacia della clausola abusiva, il potere del giudice che, nel sostituirsi al consumatore, rilevi d'ufficio la stessa, non dà luogo a quei problemi di una valutazione arbitraria dell'interesse del contraente protetto, che si sono prima evidenziati con riferimento alla disciplina dell'art. 127 TUB, nell'ipotesi che alla sanzione di nullità non si accompagni l'attribuzione di un trattamento economico migliorativo per il cliente. Ed infatti la rilevabilità d'ufficio dell'inefficacia sulla base dell'elemento oggettivo dello squilibrio significativo, siccome risulta dallo stesso regolamento negoziale e prescinde da ogni valutazione di elementi soggettivi (volontà delle parti, ecc.), risponde in pieno a canoni della certezza del diritto e garantisce una migliore tutela per il consumatore, posto che quella situazione di svantaggio presente nel contratto, potrebbe riflettersi anche sul contegno processuale di quest'ultimo e indurlo a non eccepire o far valere l'invalidità della clausola abusiva.

Sotto questo profilo non solo appare pienamente giustificata l'espressa previsione legislativa di un potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità

---

<sup>30</sup> Sottolinea tale aspetto, sia pure con riferimento alla analoga disciplina, contenuta negli artt. 1469 bis e ss. del c.c. all'epoca in vigore, Guarracino, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p. 645 ss., il quale rileva che il giudice nell'esercitare il suo potere di rilevare d'ufficio la nullità della clausola eventualmente vessatoria non deve aver riguardo alla *"volontà delle parti"* o ai *"loro presunti interessi particolari"*, ma deve esclusivamente verificare se l'eliminazione della clausola è suscettibile di porre in equilibrio i contrapposti diritti e obblighi nascenti dal contratto, di modo che *"se l'eliminazione della clausola non riequilibrasse il rapporto, o addirittura l'alterasse ancora più a sfavore del consumatore (e cioè a vantaggio del professionista), allora essa non potrebbe considerarsi vessatoria"*.

della clausola abusiva, ma la circostanza che nelle nullità previste dal TUB non sempre ricorre la possibilità per il giudice di ancorare a parametri oggettivi la doverosa valutazione se l'applicazione della sanzione si risolva in un vantaggio per il cliente, comporta che là dove sia impossibile tale valutazione, come nelle ipotesi in cui sia comminata la nullità non della singola clausola, ma dell'intero contratto, tale potere officioso non sia esercitabile. Non si può obiettare a tale conclusione l'ipotetico rischio di creare un contrasto tra i due diversi regimi della "nullità relativa" previsti rispettivamente nell'art. 127 TUB e nell'art. 36 del Codice del consumo, laddove una stessa fattispecie risultasse sanzionata sia dall'una, sia dall'altra nullità. Le nullità previste dal Codice del consumo si riferiscono a singole clausole del contratto, senza mai mettere in discussione la validità del contratto, che lo stesso legislatore prevede esplicitamente (*"il contratto rimane valido per il resto"*) ed altrettanto avviene, come si è visto, per le nullità parziali previste dal TUB alle quali soltanto, secondo l'interpretazione proposta, si applica il rilievo officioso da parte del giudice. E quindi anche se possono verificarsi sovrapposizioni tra le due discipline, giacché è indubbio che la normativa del Codice del consumo si applichi anche alle operazioni tra la banca o altro intermediario finanziario e il consumatore<sup>31</sup>, le conseguenze che ne seguono sono le stesse. Sia per la nullità delle clausole abusive che per quelle difformi dalle prescrizioni del TUB contenute nei contratti bancari conclusi dall'intermediario con il consumatore, il giudice ha il potere di sostituirsi all'inerzia di quest'ultimo e rilevarne d'ufficio la nullità. Potrà così accadere che una stessa clausola sia nulla sia per la disciplina del Codice del consumo, sia per quella del TUB, ma identico sarà il modo di operare della sanzione<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Espliciti, infatti, sono i riferimenti al contratto che ad oggetto la prestazione di servizi finanziari nell'art 33 del codice del Consumo, che contiene l'elencazione delle clausole abusive: così il comma 3 e 4 della norma.

<sup>32</sup> E il caso della clausola di rinvio agli usi per la determinazione del prezzo del contratto o

Il vero problema quindi non è quello di dirimere eventuali contrasti tra i due regimi normativi della nullità, che sono inesistenti, ma di stabilire quando si verifica tale simultanea applicazione, coordinando tra loro i due gruppi di norme. Ora si può con una certa tranquillità affermare che la disciplina del codice del consumo e le nullità ivi previste, concernenti i soli contratti stipulati dal professionista con i consumatori, si applicheranno esclusivamente ai contratti conclusi con quest'ultimi dalle banche e dagli altri intermediari finanziari, che sono senz'altro "professionisti" ai sensi del codice civile. La disciplina del TUB invece si applicherà a tutte le operazioni richiamate nello stesso e quindi anche ai contratti nei quali il contraente dell'intermediario non rivesta la qualità di consumatore. Figurativamente la situazione non è quella di due cerchi concentrici, ma di cerchi che si intersecano tra loro, sovrapponendosi solo in parte; nell'area comune ai due cerchi si trovano i contratti conclusi dal professionista finanziario con il consumatore, ai quali si applicheranno perciò sia le nullità del TUB, sia quelle ulteriori previste dalla normativa sulle clausole abusive, ognuna col proprio regime giuridico<sup>33</sup>.

---

clausola che applichi un prezzo difforme da quello pubblicizzato dall'intermediario, la quale oltre che nella previsione dell'art 117, comma 6 e 7, del TUB potrebbe rientrare in quella della lett. l dell'art 33 del codice del consumo

<sup>33</sup> La sovrapposizione solo parziale tra le due discipline è diretta conseguenza del più ristretto campo di applicazione soggettiva della normativa sulle clausole abusive, rispetto a quella della trasparenza, dovuto alla non perfetta coincidenza delle due nozioni di "consumatore" e "cliente". Mentre, infatti, l'intermediario bancario e finanziario è sempre "professionista", non sempre il suo cliente è anche "consumatore".

Consumatore è, a mente dell'art. 3 lett. a del codice del consumo, *"la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"*. L'esclusione dalla categoria dei soggetti che agiscono per fini che rientrano nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale, sancisce pertanto l'inapplicabilità della disciplina sulle clausole abusive a tutta una serie di operazioni concluse dagli intermediari bancari e finanziari con soggetti, quali professionisti e imprese, che costituiscono invece una parte certamente non trascurabile del mercato operativo bancario.

## 6. Una soluzione alternativa

Il problema che le nullità che colpiscono il contratto non sempre sono a vantaggio del cliente, come nel caso delle operazioni che generano a carico di quest'ultimo delle posizioni a debito, non è sconosciuto dal legislatore del TUB. Il comma 9 dell'art 125 *bis*, in tema di credito al consumo, prevede, infatti, che in caso di nullità del contratto *"il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili."* L'obbligo restitutorio che genera la rilevazione della nullità in tale ipotesi, trova quindi un temperamento nella conservazione del beneficio del termine da parte del consumatore e dalla limitazione del quantum all'importo che egli ha effettivamente utilizzato.

Il rapporto tra la disciplina delle operazioni e servizi bancari e finanziari, prevista nel capo I del titolo VI e quella del credito al consumo del capo II, esclude un'applicazione diretta della richiamata previsione alle operazioni di finanziamento che non siano di credito al consumo.

Per la norma contenuta nel comma 3 dell'art 115 sono le disposizioni del capo I, che possono, peraltro solo quando espressamente richiamate, applicarsi a quelle del capo II, non viceversa.

Se però va esclusa un'applicazione diretta della regola di cui al comma 9 dell'art 125 *bis* alle operazioni di finanziamento, non è peregrino ammettere la possibilità di una sua applicazione analogica. Ricorre infatti la similitudine tra le due fattispecie: quella normativamente regolata, la nullità del contratto di credito al consumo, e quella non disciplinata, la nullità dell'operazione di finanziamento. Entrambe, infatti generano posizioni a debito per il cliente dell'intermediario a cui vantaggio dovrebbe operare la nullità. Ricorre inoltre l'*eadem ratio*, ossia evitare che l'applicazione della sanzione si ritorca ai suoi danni. Se così stano le cose, si potrebbe ritenere, in virtù della proposta

interpretazione analogica, che anche nell'ipotesi di nullità del contratto di finanziamento il cliente conserverebbe il beneficio del termine e non dovrebbe restituire più di quanto ricevuto o utilizzato. In tal modo non solo la sanzione opererebbe sempre a vantaggio del cliente, come vuole la regola generale dell'art. 127, comma 2, ma sarebbe consentita anche il rilievo officioso della nullità da parte del giudice.

### **7. L'individuazione di altri eventuali soggetti legittimati all'azione, estranei al rapporto cliente-intermediario**

Deve a questo punto esaminarsi se, accanto alla legittimazione all'azione riconosciuta dall'art. 127 comma 2 a favore del cliente, possa in determinate situazioni configurarsi una legittimazione a favore di un soggetto estraneo al rapporto intermediario/cliente. La situazione va esaminata con riferimento a tre possibili figure di terzo: quella del creditore del cliente dell'intermediario, quella del suo fideiussore, quella del curatore dell'imprenditore, cliente dell'intermediario, eventualmente dichiarato fallito.

Orbene, con riferimento alla prima figura a noi sembra di poter dire che la legittimazione relativa per la declaratoria di nullità di cui al TUB non consente che un creditore del cliente, per assicurare *lato sensu* la soddisfazione e la conservazione "sostanziale" delle sue ragioni creditorie, possa esercitare l'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c., convenendo la banca e il cliente suo debitore. Tale conclusione trova supporto sul piano normativo, nella parte finale del comma primo dell'art. 2900 c.c., che espressamente esclude che possano essere esercitati dal terzo creditore quei diritti e quelle azioni che per disposizione di legge, sono esercitabili solo dal loro titolare. Ed è per espressa previsione di legge esercitabile solo dal cliente della banca le azioni volte a far

valere le nullità previste dal titolo VI del TUB<sup>34</sup>.

Il discorso è un po' più complesso con riferimento a quel particolare terzo nel rapporto intermediario-cliente, che è il fideiussore di quest'ultimo. *Prima facie* sembrerebbe che il problema non avrebbe motivo di esistere o essere limitato a ipotesi assolutamente marginali, dal momento che i moduli fideiussione solitamente predisposti dalle banche e dagli altri intermediari contengono la clausola di pagamento "*a prima richiesta*". Con la richiamata pattuizione il garante si obbliga ad eseguire la prestazione dedotta in garanzia a seguito alla semplice dichiarazione del creditore beneficiario circa il verificarsi dell'inadempimento o dell'inesatto inadempimento dell'obbligazione principale, rinunciando alla possibilità di proporre eccezioni attinenti all'efficacia o a tutte le altre vicende del rapporto di base. Il problema della validità della clausola è stata dibattuto e risolto affermativamente in giurisprudenza sotto il profilo della possibilità per l'autonomia privata delle parti di derogare alla regola dell'accessorietà del negozio fideiussorio, svincolandolo dalle vicende del rapporto di base<sup>35</sup>, con la conseguente preclusione per il garante di sollevare eccezioni inerenti al rapporto garantito, salva l'*exceptio doli*<sup>36</sup>. L'autonomia del negozio di garanzia, si tradurrebbe

<sup>34</sup> Così anche Panzarini *Sulla nullità del contratto* cit., p. 481, il quale ritiene che il creditore di fronte a un atto relativamente nullo tra cliente e intermediario che sia in pregiudizio delle sue ragioni ha il solo rimedio della revocatoria sempre che ricorrano tutte le condizioni previste dall'art. 2901 per l'esercizio dell'azione.

<sup>35</sup> Il riconoscimento dell'ammissibilità del contratto autonomo garanzia diverso dalla fideiussione, per mancanza del carattere di accessorietà proprio di quest'ultima, è piuttosto risalente. Le prime pronunzie di Cass. 7 settembre 1968, n. 2899 in *Mass. Foro it.*, col. 1968, 771 e Cass. 9 giugno 1975, n. 2297 in *iMass. Foro it.* 1975, col. 544 configurano il contratto autonomo di garanzia come negozio intermedio tra deposito cauzionale e fideiussione la prima decisione, tra assicurazione e fideiussione, la seconda. A tali pronunzie sono seguite numerose altre che hanno affermato la validità del contratto di garanzia, tra le quali a titolo di esempio ricordiamo: Cass. 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1987, I, 103, nota Viale, *Sfogliando la margherita: Garantievertrag e fideiussione "omnibus" in Cassazione*, e Tucci, *Tutela del credito e validità della fideiussione omnibus*, successivamente Cass. 25 febbraio 1994, n. 1933, in *Foro it.*, 1994, I, 1757 e Cass. 11 febbraio 1998, n. 1420 in *Contratti*, 1998, 606, nota Cimatti.

<sup>36</sup> Tale sarebbe l'ipotesi in cui il creditore agisca nei confronti del fideiussore nonostante

perciò nell'insensibilità ad un'eventuale invalidità del negozio garantito.

Va però segnalato che secondo altre pronunzie della Cassazione la previsione del pagamento "a prima richiesta" non giustificherebbe la deroga al canone dell'accessorietà tipico della fideiussione, ma avrebbe piuttosto la stessa valenza processuale della clausola "*solve et repete*", cosicché la possibilità del fideiussore di opporre al creditore l'eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi compresa una sua eventuale invalidità, sarebbe solo condizionata all'avvenuto adempimento della garanzia, ma non esclusa<sup>37</sup>. Se si aderisse a tale più recente impostazione giurisprudenziale, la clausola di pagamento "*a prima richiesta*" potrebbe farsi rientrare, a giusta ragione, tra le clausole vessatorie di cui all'art. 33, comma 2, lett. t<sup>38</sup>.

Per l'ipotesi in cui il fideiussore abbia adempiuto alla garanzia, ovvero, essendo egli un consumatore<sup>39</sup>, invochi l'inefficacia della clausola, diventa tutt'altro che irrilevante stabilire se il medesimo, giovandosi della legittimazione a lui riconosciuta dall'art.1945 c.c., possa eccepire una delle speciali nullità di cui al TUB, verificatasi con riferimento all'obbligazione garantita. Il problema riflette quello più ampio se il fideiussore abbia un diritto proprio a far valere l'eccezioni che spettano al garantito, indipendente dal

---

l'adempimento del credito da parte del debitore garantito: V. tra le tante Cass. 3 febbraio 1999, n. 920, in *Mass. Foro it.*, 1999, col. 142.

<sup>37</sup> Tra le tante v. Cass. 6 ottobre 2005, n. 19484 in *Mass. Foro it.*, 2005, 1434. Particolarmente significativa, ai nostri fini è Cass 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, 1621 per la quale "*in presenza della c.d. clausola di solve et repete il garante può far valere*" anche "*le eccezioni inerenti ...alla nullità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale*".

<sup>38</sup> E' pacifico, infatti, che mentre le clausole che limitano le eccezioni sostanziali del cliente non sono vessatorie, perché tali clausole non riguardano in realtà la facoltà di proporre eccezioni, bensì limitano il diritto sostanziale della parte, sono vessatorie quelle che, come la clausola *solve et repete*, limitano la posizione processuale di quest'ultima. In dottrina per tutti Bianca, *Diritto civile 3*, Milano 1987, p. 356; in giurisprudenza Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Giust. civ.*,1977, I, 117.

<sup>39</sup> Ciò, quando la fideiussione sia stata prestata da persona fisica per ragioni estranee all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta.

comportamento che nel caso concreto possa tenere quest'ultimo<sup>40</sup>, di modo che se anche il debitore rinunziasse a un'eccezione o fosse decaduto dalla stessa, egli conserverebbe intatta la possibilità di farla valere. La giurisprudenza sembra decisamente orientata in senso negativo, dal momento che con riferimento al potere di impugnare un estratto conto ha ripetutamente affermato che l'approvazione anche tacita del medesimo da parte del correntista o la sua mancata impugnazione producono "*effetti vincolanti anche per il fideiussore*", al quale sarebbe preclusa ogni possibilità di sollevare contestazioni in ordine alla definitività dell'estratto medesimo<sup>41</sup>.

Orbene, a noi sembra che tale atteggiamento giurisprudenziale possa rifluire, in sede di applicazione della speciale disciplina delle nullità del TUB, in un'esclusione della loro deducibilità da parte del fideiussore del cliente dell'intermediario, almeno nelle ipotesi in cui dalla sanzione di nullità non consegua un vantaggio patrimoniale per il medesimo cliente.. Giustificherebbe tale soluzione il particolare congegno di funzionamento della nullità, ossia la sua operatività solo a vantaggio del cliente. E' evidente, infatti, che, ove si ammettesse la possibilità del fideiussore di dedurre una delle nullità del TUB verificatasi con riferimento all'obbligazione garantita, tale deduzione avverrebbe -come è ovvio- esclusivamente per conseguire un risultato a lui favorevole nell'obbligazione di garanzia, che potrebbe essere non coincidente con quello che si produrrebbe nell'obbligazione garantita, il quale, anzi, potrebbe essere neanche svantaggioso per il cliente . Si pensi così ad esempio all'ipotesi in cui il fideiussore, per conseguire la liberazione dal vincolo a mente dell'art. 1939 c.c., invochi la nullità del negozio debitorio

<sup>40</sup> Afferma Fragali, *Fideiussione (dir. priv.)* in *Enc.dir.*, vol. XVII, Milano 1968, p. 346 che il fideiussore avrebbe un diritto proprio a far valere quelle eccezioni, e pertanto non può essere "*pregiudicato dal comportamento che possa aver tenuto il debitore*".

<sup>41</sup> Così, tra le tante, Cass. 14 maggio 1998, n. 4865, in *Arch. civ.*, 1998, 909 e Cass. 7 ottobre 1990, n. 7958, in *Mass. Foro it.*, 1990, col. 939.

garantito, col conseguente obbligo del cliente di restituire alla banca tutte le somme ricevute in prestito. Il problema invece di uno scrutinio dell'interesse perseguito dal fideiussore, per verificarne la compatibilità con quello del cliente della banca, suo garantito, non si pone per le nullità che colpiscono le singole clausole del contratto bancario, alle quali, come si è visto sopra, consegue sempre un risultato utile anche per il cliente, sotto forma di applicazione di un miglior trattamento economico. Il limite del conseguimento di una situazione di favore per il cliente che incontra la rilevabilità di ufficio della nullità da parte del giudice, si impone, perciò, anche al fideiussore e fa sì che quest'ultimo possa far valere solo le invalidità delle singole clausole del contratto tra il suo garantito e la banca, ma non invece la nullità dell'intero contratto.

Non sembra invece che incontri particolari ostacoli nel congegno di funzionamento delle nullità previsto dall'art. 127, comma 2, la deducibilità delle medesime a norma dell'art. 43 legge fall. da parte del curatore dell'imprenditore, cliente dell'intermediario, eventualmente dichiarato fallito.

Il curatore infatti ha l'amministrazione del patrimonio del fallito (art. 31, legge fall.) e i diritti patrimoniali che spettavano al quest'ultimo vengono esercitati dal curatore nell'interesse dei creditori concorsuali, ma sempre per perseguire un risultato vantaggioso per il (patrimonio del) fallito. Non sembrano quindi sussistere né i motivi di incompatibilità con la *ratio* della disciplina, che si presentano per le nullità del contratto nell'ipotesi del fideiussore, né la preclusione normativa relativa all'azione surrogatoria di un qualsiasi creditore del cliente

Pertanto, come è indiscutibile che il curatore possa intervenire, a mente dell'art. 43, legge fall. nelle azioni di nullità già intraprese dal fallito, allo stesso modo è altrettanto sicuro che egli potrà iniziare, in forza della richiamata norma, nuovi giudizi che il fallito abbia tralasciato di cominciare, ma sempre

a vantaggio (del patrimonio) di quest'ultimo<sup>42</sup>.

## **8. Le possibili forme di recupero del negozio o della clausola nulla: le ragioni dell'indagine**

L'inquadramento delle invalidità comminate dall'art. 127, nella categoria della nullità sembrerebbe, almeno in apparenza, rendere superfluo ogni indagine volta a verificare se sia possibile riconnettere un qualche effetto al contratto o alla singola clausola colpita dalla sanzione. Ed infatti, come già in precedenza rilevato, uno dei tratti distintivi della nullità dall'annullabilità viene individuato proprio nella circostanza che la prima, a differenza della seconda non è sanabile. L'unico rimedio a un atto nullo sarebbe la reiterazione dell'atto stesso, che però è ben diversa dalla sanatoria. Se nullo il negozio, il soggetto lo rinnova eliminando il vizio, l'atto valido e produttivo di effetti sarà il secondo, non il primo<sup>43</sup>.

L'esclusione di ogni possibilità di recupero dell'atto nullo tuttavia non rifletterebbe il concreto atteggiarsi della nullità sia sul piano normativo, che su quello giurisprudenziale. Sul piano normativo, perché vi sono casi - tipici quelli del testamento o della donazione inficiati da nullità - in cui il legislatore ha espressamente previsto la sanabilità del negozio nullo. A chi proponesse di leggere in questi casi la previsione della nullità come comminatoria di un semplice annullamento, sarebbe agevole replicare che se il legislatore ha scelto la nullità e non la semplice annullabilità, ciò vuol dire che egli vede solo

<sup>42</sup> L'art 119 comma 4, del TUB prevede espressamente che il "*cliente ....e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni*", perciò anche il curatore, abbiano diritto ad ottenere, a proprie spese, "*copia della documentazione inerente alle singole operazioni poste in essere*". Alla stregua di quanto precisato nel testo non sembra pertanto che vi siano ostacoli per giungere alla stessa conclusione con riferimento alla disciplina delle nullità prevista dall'art. 127, comma 2, del TUB

<sup>43</sup> V. in tali sensi: Cass. 16 aprile 1994, n. 3633, in *Impresa*, 1994, 1847; Cass. 9 agosto.1990, n. 8106 in *Not. giur. lav.*, 1990, 191; Cass. 19 novembre 983, n. 6896, in *Mass Foro it.*, 1983, col. 1392.

nella declaratoria della prima, la cui deduzione non è soggetta a limiti temporali, la reazione adeguata alla fattispecie negativamente valutata.

Anche sul piano giurisprudenziale il negozio nullo in taluni casi è trattato come se fosse annullabile, condizionando lo stesso rilevamento della nullità ad un *onus petendi* della parte. Rifacendosi ai principi processuali della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, la giurisprudenza, infatti, ritiene che la rilevabilità d'ufficio della nullità è consentita solo quando quest'ultima si ponga come ragione di rigetto della pretesa attorea, per essere l'atto l'elemento costitutivo della domanda. Qualora sia invece la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa pregiudizievole ovvero la sua risoluzione, la pronuncia del giudice deve essere circoscritta alle ragioni di legittimità o al motivo di inadempimento denunciato dall'interessato. Non può perciò fondarsi nella prima ipotesi su una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda, nella seconda ipotesi di una qualsiasi causa di nullità, configurandosi in entrambi i casi la nullità come elemento costitutivo della domanda dell'attore, la quale si pone come limite assoluto alla pronuncia giurisdizionale<sup>44</sup>. E' evidente che la preclusione alla deduzione dell'invalidità derivante dal formarsi del giudicato, il quale copre il dedotto e il deducibile<sup>45</sup>, fa dunque sì che il negozio, benché nullo, comunque produrrà i suoi effetti nella sfera patrimoniale dei soggetti.

In presenza di queste zone di grigio nelle quali non sempre alla nullità del negozio consegue l'improduttività dei suoi effetti, la presente indagine sarà rivolta a individuare tutti quelle le possibili ipotesi in cui nei rapporti

---

<sup>44</sup> Così, , Cass.23 settembre 2000, n. 12644, in *Mass.foro.it* 2000, col. 1136

<sup>45</sup> Così in un giudizio avente ad oggetto la pretesa di pagamento dell'intermediario, il "deducibile" è costituito dalle questioni di invalidità della fonte negoziale, per cui la loro mancata proposizione da parte del cliente preclude che in un successivo giudizio vengano sollevata le medesime questione o eccepita l'invalidità del negozio: arg. da App. Catania, 31 gennaio 1987, in *Foro pad*, 1998, I, 422.

intermediario/cliente possa essere recuperata l'efficacia del contratto o della clausola colpiti da una delle invalidità comminate dal TUB, ancorché quest'ultime non siano suscettibili di sanatoria.

Peraltro proprio dal particolare meccanismo di funzionamento delle nullità previsto dall'art. 127, comma 2, potrebbe scaturire la possibilità di forme di salvataggio dell'atto, diverse da quelle elaborate dalla dottrina con riferimento alla nullità assoluta. La comparazione con quest'ultime costituirà pertanto un percorso obbligato della nostra indagine. Essa, infatti, non dovrà limitarsi a prendere in considerazione i soli casi di recupero dell'atto viziato da nullità assoluta ammessi dalla dottrina, ma anche quelli esclusi, che con riferimento alle invalidità comminate dal TUB potrebbero essere consentiti proprio dalla deducibilità di quest'ultime solo da parte del cliente. A un ulteriore livello di indagine, infine, occorrerà distinguere tra le singole ipotesi di invalidità previste dal TUB, giacché non tutte producono le stesse conseguenze sulla sorte del regolamento negoziale, sicché proprio il diverso concreto modo di operare delle nullità, potrebbe incidere sulla ammissibilità o meno di talune forme di recupero dell'atto.

## **9. L'inerzia del cliente**

La prima ipotesi di recupero della clausola o del contratto negozio nullo che viene in considerazione è quella della inerzia del cliente nell'esercizio dell'azione volta ad ottenere tale accertamento.

E' bene però precisare che anche quando l'azione non venisse esercitata dal cliente non per questo sorgono quegli effetti che si sarebbero prodotti, ove il negozio o la clausola fossero stati validi. Il suo atteggiamento passivo, infatti, solo in apparenza avrebbe un effetto recuperatorio, in quanto per l'imprescrittibilità dell'azione, egli potrebbe in qualunque momento far valere la nullità dell'intero contratto o di una sua clausola, così come, in sua

sostituzione, uno degli altri soggetti legittimati prima indicati, eliminando così la fattispecie solo apparentemente recuperata.

Né, d'altra parte, la mera inerzia del cliente sembrerebbe da sola sufficiente a rivestire i connotati qualificanti di una rinuncia implicita all'azione, come tale opponibile anche ai suddetti terzi, salva – naturalmente - l'esperibilità da parte di costoro della revocatoria<sup>46</sup>, ove ne ricorressero gli estremi.

Poiché la controparte dell'intermediario, per la ricordata imprescrittibilità dell'azione, mantiene intatta la possibilità di promuoverla, la sua prolungata inattività difficilmente potrebbe essere di per sé significativa di una pretesa volontà di rinunziarvi. L'atteggiamento passivo del legittimato, infatti, ben potrebbe spiegarsi anche col suo presunto interesse a non turbare lo svolgimento del rapporto o di altri connessi con l'intermediario e ad attendere invece il loro esaurimento, prima di esercitare l'azione, la quale inoltre gli consentirebbe di conseguire, a meno che tale diritto non si fosse prescritto<sup>47</sup>, anche la restituzione delle somme indebitamente versate sulla base delle clausole nulle (art. 2033 c.c.).

Esclusa, quindi, o quanto meno essendo difficilmente ipotizzabile per

<sup>46</sup> Non dell'*actio surrogatoria*, perché quest'ultima postula l'inerzia del debitore, cioè un comportamento omissivo, o quanto meno insufficientemente attivo, al quale non può parificarsi un comportamento positivo, pregiudizievole per le ragioni del creditore, ancorché estrinsecantesi in una rinuncia implicita a far valere una o più nullità del TUB. Tale rinuncia, infatti, configurandosi comunque come un atto di amministrazione dei propri diritti patrimoniali da parte del debitore, non consente interferenze da parte dell'eventuale suo creditore, salvo a costituire oggetto di revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c. Argomenta da Cass. 28 maggio 1988, n. 3665, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 104.

<sup>47</sup> Si richiama il noto arresto giurisprudenziale di Cass. civ., sez. un., 02-12-2010, n. 24418 in. *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p 328, n. D'Ippolito, per il quale *"qualora, dopo la cessazione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisca per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale, cui tale azione di ripetizione è soggetta, decorre, ove i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto in cui sono stati registrati gli interessi non dovuti"*.

effetto del solo comportamento inerte del cliente una rinuncia, occorre invece esaminare la diversa ipotesi in cui quest'ultima trovi fondamento in un atto espresso.

## 10. La rinuncia all'azione

Con riferimento all'invalidità assoluta si dubita che dalla rinuncia alla relativa azione sortisca il recupero degli effetti dell'atto viziato. Si ritiene, infatti, che a tal fine occorrerebbe la rinuncia di tutti i legittimati all'azione, la quale tuttavia non sarebbe consentita dal carattere assoluto della nullità, coincidendo l'insieme dei legittimati con l'universo dei soggetti giuridici. Ma persino con riferimento alla nullità assoluta tale conclusione non è del tutto esatta. Se la deduzione della nullità è in astratto aperta a tutti, l'accesso concreto all'esercizio dell'azione, ovvero alla proposizione dell'eccezione è filtrato attraverso l'interesse, rispettivamente dell'attore e del convenuto, alla pronuncia (art.100 cpc). Questo interesse spetterà solo a pochi, molto spesso ad una persona sola, per cui la dichiarazione di quest'ultima di rinunciare all'azione o all'eccezione varrà a recuperare gli effetti dell'atto. Siffatta possibilità non è esclusa dalla rilevabilità d'ufficio della nullità: il criterio dell'interesse si impone anche al giudice, nel senso di impedire la rilevazione d'ufficio della nullità quando questa non risponde all'interesse di nessuna delle parti contendenti. Proprio argomentando da ciò la giurisprudenza ha affermato che *"se è vero che il negozio giuridico nullo non è convalidabile, è però anche vero che la parte interessata può rinunciare all'azione di nullità, così come può rinunciare al giudicato di nullità, dovendosi considerare queste rinunzie come atti di disposizione della situazione sostanziale legittimante l'azione di nullità: esse rinunzie comportano indirettamente l'impossibilità di divenire titolari dei diritti, che eventualmente deriverebbero dalla suddetta*

*situazione sostanziale...*"<sup>48</sup>

Tradotto in termini concreti il ragionamento della giurisprudenza significa che se Tizio assume nei confronti di Caio un'obbligazione di pagamento per lui non vincolante, perché l'atto dal quale trae origine è nullo, egli, là dove rinunziasse all'azione tesa a far dichiarare l'invalidità della fonte negoziale, non potrà più sottrarsi all'adempimento di quella obbligazione, avendo -per dirla con la giurisprudenza- abdicato alla situazione sostanziale (la nullità) dalla quale quella conseguenza (la non vincolatività dell'obbligo di pagamento) sarebbe derivata. Se poi Tizio è l'unico soggetto interessato a far valere la nullità, la sua rinuncia produrrà effetti del tutto equivalenti alla sanatoria, non potendo più gli effetti dell'atto essere rimossi dalla sua sfera patrimoniale.

Pertanto se anche nell'ipotesi di invalidità assoluta, dalla rinuncia all'azione può sortire il recupero degli effetti dell'atto viziato, là dove la stessa provenga dall'unica o dalle più persone in concreto legittimate, nei casi di invalidità relativa previsti dal TUB tale effetto *lato sensu* sanante si determinerà automaticamente in ogni caso di rinuncia del cliente all'azione. Tale rinuncia inoltre precluderà anche il rilievo officioso della nullità da parte del giudice,

---

<sup>48</sup> Cass. 8 settembre 1977, n. 3925, in *Foro it*, 1978, I 1284. Il caso riguardava una transazione, intervenuta tra i due coniugi: la moglie, che aveva impugnato le alienazioni simulate di beni immobili intervenute tra il marito e i suoi fratelli, pendente causa di separazione legale, ne aveva ottenuto la dichiarazione di nullità, in prima e seconda istanza. Aveva poi rinunciato agli effetti delle sentenze, riconoscendo in una transazione la validità degli atti di trasferimento. Il marito e i suoi fratelli rinnovavano, in seguito con atto pubblico di convalida, le compravendite immobiliari. Morto il marito, la vedova chiedeva, in qualità di erede, la quota degli immobili alienati, che sosteneva fare ancora parte dell'asse ereditario, data la nullità dei precedenti atti di trasferimento. Il Tribunale e la Corte di Appello rigettavano la domanda, ritenendo vincolanti per la vedova, anche come erede del marito, la rinuncia ai giudicati che avevano contestato la nullità degli atti, e ritenendo perciò operante il riconoscimento della validità dei medesimi. A conclusioni analoghe perviene la Cassazione, argomentando che la parte può disporre in ordine all'effetto sostanziale del giudicato, anche se questo concerne la nullità di negozio; che l'atto di disposizione in esame consiste in una rinuncia ad avvalersi delle situazioni di diritto sostanziale e processuale derivate dalla nullità; che lo stesso pur non essendo volto a sanare il negozio nullo, costituisce un atto abdicativo del potere di impugnarlo, il quale, benché non abbia una diretta incidenza sulla sua sorte, comunque comporta l'impossibilità di rimuoverne gli effetti.

perché costituisce un atto abdicativo dell'unico soggetto titolare del potere di impugnare il contratto o la sua singola clausola. Essendo, infatti, il cliente il solo legittimato far valere la nullità, è evidente che la sua rinuncia varrà a impedirne la declaratoria giudiziale, e quindi che la stessa acquisisca rilevanza nello svolgimento del regolamento negoziale.

Con riguardo alle invalidità comminate dal TUB, il vero problema quindi non è di stabilire quando la rinuncia abbia effetti recuperatori dell'atto viziato, costituendo ciò una sua conseguenza automatica, quanto invece di accertare se e a partire da quale momento sia consentito al cliente abdicare alla posizione processuale di vantaggio riconosciutagli dal legislatore.

Un primo dubbio nasce, infatti, dallo stesso modo di operare di talune invalidità comminate nel TUB. Quando la nullità non riguarda l'intero negozio, ma solo una sua clausola, alla sua declaratoria consegue, come si è visto sopra, non soltanto l'eliminazione della stessa, ma la sua sostituzione con la disciplina legale, più vantaggiosa per il cliente.

Orbene, il suddetto meccanismo di integrazione legale si riflette anche sull'individuazione dell'oggetto della rinuncia. Infatti, con riferimento alle predette ipotesi di nullità parziale, a noi sembra di poter dire che la controparte dell'intermediario, rinunciando all'azione d'invalidità, rinuncia anche a far valere il diritto a che la disciplina economica del rapporto sia mutata in termini per lui più favorevoli, attraverso l'integrazione *ex lege* del contratto. Poiché in materia di rinuncia l'effetto estintivo che consegue al negozio abdicativo deve riguardare un diritto già acquisito<sup>49</sup>, il dubbio è che, sorgendo

---

<sup>49</sup> Trattasi di un principio generale affermato in relazione a fattispecie diverse, da: Cass. 10 luglio 1998, n. 6766, in *Mass.foro.it*, 1998, col.771, con riferimento all'atto col quale il prestatore di lavoro subordinato alle dipendenze di un comune, abbia esonerato quest'ultimo da responsabilità riguardo al pagamento delle retribuzioni maturande; Cass. 29 aprile 1991, n. 4709, in *Arch. loc.*, 1991, 505, con riferimento alla rinuncia del conduttore al primo rinnovo del contratto, prima della stipula del medesimo; Cass. 18 ottobre 1988, n. 5666, in *Giust. civ.*, 1989, I, 32, con riferimento alla rinuncia di uno degli eredi alla delazione testamentaria, a favore di

il diritto alla sostituzione delle clausole nulle solo dalla pronunzia che ne affermi l'invalidità, il cliente non potrebbe rinunziarvi preventivamente.

Orbene, anche se è giusta l'osservazione che rinunziando a dedurre la nullità della clausola, il cliente rinunzierebbe anche al suo diritto di conseguire l'applicazione di condizioni economiche più vantaggiose, comunque non v'è motivo per escludere, anche in tale particolare caso, la rinunziabilità dell'azione da parte di quest'ultimo.

E' decisivo il rilievo, già precedentemente esposto, che la relativizzazione della nullità a favore del cliente incide solo sul piano della legittimazione, nel senso che l'azione è proponibile solo da quest'ultimo, ma non su quello dell'operatività *ipso jure* della sanzione.

In modo simmetricamente identico ha luogo la sostituzione della disciplina pattizia con quella legale in ipotesi di nullità parziale, in quanto l'art. 117 espressamente ricollega tale effetto al semplice determinarsi della patologia negoziale, senza che sia richiesta un'indagine sull'interesse delle parti alla conservazione dell'intero contratto alle mutate condizioni.

Avendo, quindi, la pronunzia natura meramente dichiarativa sia dell'invalidità della clausola negoziale, sia della sua sostituzione con la disciplina legale, consegue che la clausola, affetta da una delle nullità di cui al TUB, è originariamente invalida e sempre originariamente viene a essere sostituita dalla clausola legale, indipendentemente dal promovimento dell'azione da parte del cliente e/o della pronunzia favorevole del giudice. Pertanto anche se si accoglie - come a noi sembra giusto - la premessa che nelle ipotesi di invalidità parziale, per il particolare meccanismo di integrazione legale previsto dal TUB, il cliente rinunziando all'azione, rinunzierebbe anche al diritto alla sostituzione della disciplina economica del

---

quella legittima.

rapporto, va puntualizzato che quest'ultimo comunque non è *in itinere*, ma è già acquisito al suo patrimonio. Non vi è quindi alcuno ostacolo giuridico a che egli rinunci a tale diritto prima di promuovere l'azione di nullità, ovvero prima della pronuncia del giudice. Dopo quest'ultima egli ovviamente potrà rinunciare al giudicato che gli sia favorevole. Tale rinuncia, come già rilevato, si imporrà allo stesso magistrato, che dovrà affermare l'improponibilità della domanda per difetto della *legitimatio ad causam* o *ad processum*, se prima della sua proposizione vi è stata una rinuncia del cliente all'azione<sup>50</sup>, ovvero a un giudicato formatosi sulla nullità; la cessazione della materia del contendere<sup>51</sup>, se la rinuncia è successiva alla proposizione della domanda.

Attraverso, quindi, il particolare meccanismo di deducibilità della sanzione, la rinuncia, pur non valendo a sanare la nullità del negozio o della clausola, avrà però sul piano pratico<sup>52</sup> effetti sostanzialmente coincidenti con quest'ultima, in quanto impedirà che il vizio acquisisca rilevanza sul piano processuale.

### **11. La rinuncia contestuale alla stipula del contratto. La nullità della rinuncia inserita come clausola nei contratti conclusi coi consumatori. Inapplicabilità della sanzione ai contratti conclusi coi professionisti**

Accertato quindi che con riferimento a ognuna delle invalidità comminate

<sup>50</sup> V. Trib. Milano, 29 settembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 1 e T.a.r. Lazio, 22 settembre 1988, n. 1088, in *Trib. amm. reg.*, I, p. 3011.

<sup>51</sup> Cfr. Cass. 21 gennaio 1994, n.576, in *Mass. Foro it.*, 1994, col. 42.

<sup>52</sup> Ad analoghe conclusioni giungeva Scialoja, *Nullità ed inefficacia. Saggi di vario diritto*, vol. I, Roma, 1927, p. 29 e ss., con riferimento all'inefficacia dei cambiamenti dell'atto costitutivo di società per inosservanza degli oneri pubblicitari comminata dall'art. 100 dell'allora cod. comm. 188 e in particolare di una dichiarazione di recesso non pubblicata. Egli, infatti, riconosceva una sanatoria di tipo processuale della detta inefficacia, conseguente al comportamento dei soci che, pur conoscendo la stessa, dessero esecuzione al recesso. Secondo l'illustre Autore "la esecuzione del recesso può togliere a chi eseguisce, il diritto di eccepire l'inefficacia anche senza considerarla sanatoria ...", poiché è vero che non vale a sanare l'atto, ma "deve ... considerarsi come rinuncia al diritto, poiché chi esegue, conscio del suo diritto, manifesta in modo certo e indubbio la volontà di non far valere l'inefficacia".

dal TUB il cliente può, prima di promuovere la relativa azione, rinunciare a farle valere, si pone il problema se tale atto di disposizione possa avvenire nel momento stesso in cui sorge il relativo diritto, vale a dire contestualmente alla stipula del contratto viziato. Siffatta possibilità potrebbe all'evidenza dar luogo a possibili abusi dell'intermediario ai danni del cliente, vanificando completamente la protezione accordata a quest'ultimo dalla disciplina legale. Non sarebbe infatti certamente difficile per l'intermediario, che voglia garantirsi da ogni possibilità di impugnazione del negozio o di suo singole clausole (sussista o meno un vizio) acquisire alla stessa stipula del contratto la rinuncia ad impugnarlo da parte del cliente, al quale manifestasse la sua indisponibilità a concludere l'operazione, senza tale atto abdicativo. La predetta rinuncia pattizia, impedendo che le violazioni della disciplina legale acquisiscano rilevanza sul piano processuale, di fatto comporterebbe la sua disapplicazione al rapporto negoziale. Ed è quasi impossibile che il cliente in sede di stipula riesca anche solo immaginare le conseguenze di tipo patrimoniale che tale disapplicazione comporta. Se ad esempio è stato violato il suo diritto di informazione, perché l'intermediario non ha pubblicizzato il "prezzo" che "normalmente" applica all'operazione che egli sta concludendo, il cliente non potrà avere cognizione del se e di quanto il "prezzo" che sta pagando sia più gravoso. Quindi neppure potrà valutare il sacrificio economico al quale va incontro, rinunciando, già al momento della conclusione del contratto, ad invocare la nullità della clausola, dalla quale soltanto potrebbe derivare l'applicazione del miglior trattamento economico previsto dal legislatore.

Orbene, là dove la controparte dell'intermediario sia un consumatore, non sembra potersi dubitare della natura vessatoria e quindi della nullità di siffatta rinuncia preventiva, ai sensi della regola generale di cui al comma 1 dell'art.

33<sup>53</sup>, nonché della ipotesi particolare, "*sancire a carico del consumatore limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni*" prevista dalla lett. t del comma 2<sup>54</sup>.

Effetto della rinuncia sarebbe, infatti, per un verso quello di rendere irrilevante sul piano processuale la violazione da parte dell'intermediario di tutte quelle norme con le quali il legislatore ha inteso eliminare l'asimmetria informativa presente nei contratti bancari e finanziari, considerata possibile fonte di abusi a danno del cliente; per altro verso impedirebbe a quest'ultimo di reclamare nei confronti dell'intermediario la situazione sostanziale a suo favore derivante dalla violazione dell'obbligo di informazione, quale ad esempio, nell'ipotesi di nullità dei tassi applicati all'operazione, la loro sostituzione con il rendimento minimo o massimo dei buoni ordinari del tesoro, a seconda che si tratti di interessi a credito del cliente o a debito, e la restituzione di tutte le maggiori somme pagate a tale titolo.

Non è perciò negabile che la rinuncia del consumatore ad avvalersi di una delle nullità del TUB, formalizzata in una clausola del regolamento negoziale, da un lato sarebbe fonte di squilibrio tra le parti, lasciando inalterata quella situazione di disparità sul piano informativo giudicata sfavorevolmente dal legislatore, dall'altro limiterebbe fortemente i diritti del consumatore nei confronti dell'intermediario<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> E' indiscutibile infatti che tale rinuncia introdurrebbe un significativo squilibrio a danno del consumatore dei diritti e obblighi derivanti dal contratto.

<sup>54</sup> L'interpretazione estensiva della regola anche alla rinuncia all'azione è senz'altro consentita, ricorrendo tra le due ipotesi (limitazione della facoltà di opporre eccezioni/limitazioni del potere di azione) *l'eadem ratio* di tutelare il consumatore in una situazione per lui particolarmente sfavorevole: arg. da Cass. 3 novembre 1987, n. 8062, in *Orient. giur. lav.*, 1988, 79

<sup>55</sup> E' significativo rilevare come il Tribunale di Roma (Sentenza 21 gennaio 2000, *in Foro it.* 2000, I, 2045) adito da un'associazione di consumatori (il Movimento Federativo Democratico) ai sensi dell'allora in vigore art. 1469 *sexies* c.c, abbia inibito alle banche nei rapporti coi consumatori, l'uso, tra le altre, della clausola con la quale si stabiliva che "*il cliente, col valersi dei servizi della banca, accetta senz'altro le norme e le condizioni da essa stabilite*", a motivo della sua natura vessatoria. Orbene a noi sembra di poter dire che se è vessatoria la clausola

Né precluderebbe l'inefficacia di siffatta clausola la circostanza meramente formale che la stessa venisse cristallizzata in un atto separato dal regolamento negoziale<sup>56</sup>. Il problema in questo caso sarebbe solo di ordine probatorio, spettando al cliente dimostrare, anche solo fornendo la prova della contestualità delle due sottoscrizioni (in calce all'operazione bancaria e alla rinuncia)<sup>57</sup>, che l'atto abdicativo si inserisca nell'unico regolamento negoziale, di cui costituirebbe una clausola.

Abbiamo però già visto che cliente dell'intermediario non è necessariamente il consumatore, ma può essere anche il "professionista", al quale è sì impedito di invocare la tutela apprestatagli dalla normativa sulle clausole abusive, ma non quella del TUB.

Anche al professionista pertanto potrebbe essere rivolto "l'invito" dell'intermediario di rinunciare, con clausola inserita nel contratto negozio o in un atto separato, a far valere una o più delle nullità comminate dal TUB, con conseguenze analoghe a quelle che produrrebbe la rinuncia del consumatore.

Esclusa l'applicazione degli art. 33 e seg. del Codice del consumo, occorre verificare se alla declaratoria di invalidità della clausola contenente siffatta rinuncia, possa giungersi per altra via.

Non necessita di particolari argomenti l'affermazione che la relativa clausola, dovrà essere specificamente approvata per iscritto ai sensi dell'art.

---

con la quale il cliente preventivamente accetta tutte le condizioni applicate dalla banca a un'operazione, a prescindere ("*senz'altro*") dalla legittimità o meno delle stesse (così interpretiamo, benché formulata ambiguamente, il significato della clausola), e a maggior ragione vessatoria la clausola con la quale il cliente rinunci ad avvalersi dei rimedi attribuitigli dalle legge, per espungere, attraverso la declaratoria di nullità, dal regolamento negoziale la pattuizione illegittima.

<sup>56</sup> Infatti, ben possono le parti nella loro autonomia, consacrare la loro volontà negoziale in un solo documento, o in più atti separati, purché inscindibilmente collegati tra loro. (arg. da Cass. 23 febbraio 1999, n. 1541, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1999, 301, con riferimento alla clausola compromissoria contenuta in un documento separato rispetto al contratto.

<sup>57</sup> Qui è appena il caso di ricordare che tra le parti la data di stipulazione della scrittura privata può essere provata con ogni mezzo. V. tra le tante Trib. Milano, 14 giugno 1993, in *Società e diritto*, 1994, 369.

1341, comma 2, c.c. Se da un lato, infatti è pacifico che l'applicazione di tale norma - a differenza della disciplina sulle clausole abusive - non è legata a una particolare qualità soggettiva di colui che aderisce alle condizioni generali predisposte dal proponente<sup>58</sup>, dall'altro è altrettanto indiscusso che la conclusione delle operazioni bancarie e finanziarie avviene su moduli e formulari dell'intermediario. Certa perciò l'applicazione ex art. 1342 cc) in linea di principio del comma 2 dell'art. 1341, la clausola che prevede la rinuncia del cliente a far valere la nullità può essere facilmente ricondotta tra quelle che sanciscono limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni. Tale rinuncia non fa altro che restringere ulteriormente il potere di impugnazione da parte del cliente del negozio viziato, precludendogli di far valere l'invalidità non solo come mezzo per resistere alla pretesa di pagamento dell'intermediario, ma anche in via autonoma<sup>59</sup>.

E' però palese che una tale soluzione lascerebbe del tutto insoddisfatto l'interprete, per le stesse ragioni per le quali si è ritenuto del tutto inadeguato il sistema di tutela dell'aderente predisposto dagli art. 1341 e 1342 c.c., al punto di spingere il legislatore ad intervenire con la disciplina, di ben altro contenuto precettivo, di cui al Codice del consumo.

Per garantirsi la validità ed efficacia della clausola che preveda la rinuncia del cliente a far valere le invalidità comminate dal TUB, sarebbe infatti, estremamente facile per l'intermediario far apporre la sottoscrizione anche in calce alla predetta clausola, o anche, come insegna la giurisprudenza, al mero richiamo della stessa espresso solo in forma numerica. Di qui la necessità di un sforzo da parte dell'interprete teso a individuare un più efficace rimedio ai

---

<sup>58</sup> Partendo da questa premessa la giurisprudenza è giunta ad affermare che il requisito della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie è necessario anche quando l'aderente è il contraente più forte, essendo le clausole predisposte da quello debole: così Cass. 22 maggio 1986, n. 3407, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1264

<sup>59</sup> Vedi la nota 52 e la giurisprudenza ivi richiamata.

tentativi di abuso dell'intermediario, cui darebbe senz'altro luogo la possibilità di acquisire già all'atto della conclusione del contratto la rinuncia del cliente/professionista a impugnarlo davanti all'autorità giudiziaria.

## 12. Un'ipotesi di soluzione

Una soluzione, potrebbe essere rinvenuta all'interno dello stesso corpo normativo del TUB. La norma alla quale far riferimento è il comma 1 dell'art. 127, il quale prevede la derogabilità solo in senso più favorevole al cliente delle disposizioni in materia di trasparenza dei contratti bancari e finanziari. La portata generale della norma consente senz'altro di riferire il principio di derogabilità *in melius* e inderogabilità *in peius* anche alle norme che sanzionano con la nullità le violazioni delle regole di comportamento a carico dell'intermediario. Dalla regola potrebbe perciò trarsi spunto per sostenere che la clausola negoziale contenete la rinuncia preventiva del cliente a far valere una o più delle invalidità comminate dalla legge, derogherebbe in termini per lui sfavorevoli a tale disciplina. La clausola in oggetto, infatti, impedirebbe il determinarsi di quelle conseguenze sulla sorte del negozio o di una sua clausola, che per legge devono essere a vantaggio del cliente, alle quali da luogo il comportamento dell'intermediario difforme dalle regole a lui imposte.

Pertanto anche la clausola di rinuncia del cliente al potere di impugnare il contratto o una sua singola clausola, perché difforme dal contenuto imposto dalla legge, sarebbe nulla.

Un ausilio a tale soluzione può rinvenirsi nell'evoluzione prima sul piano legislativo, poi su quello dell'applicazione giurisprudenziale in altri settori delle contrattazioni, anche non di massa, che sono caratterizzati dalla presenza, come per le operazioni finanziarie, di una situazione di squilibrio delle parti, tale da indurre il legislatore a intervenire con un'apposita normativa volta a tutelare il contraente reputato debole. E' considerazione,

infatti, ovvia che l'introduzione di regole che proteggono una solo dei soggetti del rapporto negoziale, reca con sé l'esigenza di assicurarne la loro concreta applicazione a fronte dei prevedibili tentativi da parte di chi, contraente cd. forte, è mal disposto ad accettare la riduzione del suo maggior potere contrattuale e quindi approfitta di tale posizione di forza per imporre alla controparte in sede di stipula o nello svolgimento del rapporto, se di durata, la rinuncia avvalersi della situazione di favore accordatagli dalla legge.

Così l'art.2113 c.c., sanziona espressamente con l'invalidità "*le rinunzie ... che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e o dei contratti collettivi*". Identica regola stabilisce l'art. 23 della legge 11 febbraio 1971, n. 11 con riferimento ai diritti dell'affittuario di un fondo rustico, così come è sostanzialmente analoga quella dell'art. 79 della legge 392/1978 per le locazione di immobili urbani. Infine l'art. 1956, comma 2, nel testo modificato dall'art. 10, legge 17 febbraio 1992, n.154, afferma l'invalidità della preventiva rinuncia del fideiussore di invocare la propria liberazione per crediti concessi nonostante le sopravvenute difficoltà economiche del debitore.

L'applicazione giurisprudenziale delle richiamate norme ne chiarisce la loro portata. Così l'impugnabilità prevista dall'art.2113 c.c. della rinuncia del lavoratore, tanto se contestuale al contratto, tanto se intervenuta in costanza del rapporto, è stata spiegata dalla giurisprudenza col richiamo al principio generale dell'invalidità dell'atto abdicativo che abbia per oggetto diritti non liberamente disponibili delle parti, dal momento che quelli del lavoratore dipendente, sebbene abbiano natura patrimoniale, hanno la loro fonte in disposizioni inderogabili della legge ovvero della contrattazione collettiva. Da tale premessa è stato tratto argomento per escludere l'applicazione della regola quando non vengano in gioco diritti indisponibili. Così con riferimento al rapporto di agenzia, pur essendo in astratto pacifico la assoggettabilità dei

diritti scaturenti dal medesimo alla disciplina rigorosa dell'art.2113 c.c., si è esclusa l'invalidità della rinuncia dell'agente avente ad oggetto la misura delle provvigioni a lui spettanti, in quanto non essendo prescritti dei minimi inderogabili nella discipline legale o in quella collettiva, la loro determinazione rimessa alla libera disponibilità delle parti.

Se quindi il *discrimen* tra la validità o meno della rinuncia è costituito dall'averne oggetto diritti che trovano la loro fonte in disposizione di legge, nel primo caso derogabili nel secondo non, allora la soluzione proposta con riferimento alla clausola del contratto bancario contenente la rinuncia del cliente ad azionare le nullità previste dal TUB risulta rispettosa di tale criterio.

Vero, infatti, che le regole di comportamento sanzionate dalla predetta nullità sono parzialmente derogabili, ma altrettanto vero è che la deroga è consentita solo quando si traduce nella attribuzione al cliente di una posizione negoziale migliorativa rispetto a quella garantitagli dalla legge. Il diritto del cliente a vedersi riconosciuto dall'intermediario un trattamento negoziale non peggiore di quello previsto dalla legge è perciò indisponibile anche da parte del cliente, perché le norme di legge che lo prevedono non sono derogabili in tale senso. Le nullità previste dal TUB mirano a cautelare proprio tale diritto, consentendo al cliente di conseguire quel trattamento negoziale previsto dalla legge come limite alla libertà contrattuale dell'intermediario, che gli è stato negato da quest'ultimo in sede di conclusione dell'operazione. Ne segue che la rinuncia del cliente, già al momento in cui si instaura il rapporto, a far valere la nullità per l'inosservanza da parte dell'intermediario di una regola di condotta imposta dal TUB, sarebbe anch'essa nulla, perché concretizzerebbe un'abdicazione da parte del cliente al suo diritto di vedersi applicare le condizioni più favorevoli previste dalla legge, che nemmeno da lui è disponibile.

### 13. La ricognizione di debito

Proseguendo oltre nell'indagine, pur senza la pretesa di essere esaustivi sulle possibili forme di salvataggio della nullità<sup>60</sup>, vi è da chiedersi se effetti di tal genere possano riconnettersi a un atto del cliente ricognitivo di un debito verso l'intermediario, scaturente da un negozio o una singola clausola. Sia però che nella dichiarazione il cliente abbia menzionato il rapporto causale, sia che lo abbia taciuto, va detto subito che se quest'ultimo è afflitto da nullità, la ricognizione rimane improduttiva di effetti sostanziali, non dando luogo alla nascita di alcuna obbligazione di pagamento a carico del dichiarante. E' principio consolidato, infatti, che l'art. 1988 c.c. non deroga ai principi generali di nullità e inefficacia delle attribuzioni patrimoniali prive di causa<sup>61</sup>, per cui la ricognizione giammai ha effetti sostanziali sananti dell'eventuale nullità del rapporto sottostante.

Peraltro la mancata produzione di effetti idonei a recuperare sul piano sostanziale la nullità, non esclude che anche in tal caso si determinano le conseguenze processuali che il legislatore ricollega al negozio ricognitivo, vale a dire l'esonero per il destinatario della ricognizione - nel nostro caso l'intermediario - dal provare l'esistenza del rapporto fondamentale<sup>62</sup>, e quando non richiamato nella dichiarazione, anche dall'onere di indicarlo<sup>63</sup>.

Occorre, pertanto, chiedersi se e in quali termini l'astrazione processuale cui dà luogo il negozio ricognitivo sia suscettibile di incidere sulla deducibilità da parte del cliente di una delle nullità del TUB dalle quali sia eventualmente colpito il rapporto causale.

<sup>60</sup> Per le quali facciamo rinvio all'approfondito studio di Negri, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano*, Napoli, 1981, p. 13 e ss.

<sup>61</sup> Tra le tante, v. Cass. 17 marzo 1993, n.3173, in *Giur. it.*, 1994, I,1,1398 e Cass. 12 febbraio 1986, n.855, in *Mass. Foro it.*, 1996, col. 152.

<sup>62</sup> Così Cass. 9 settembre 1991, n.9480, in *Giur. it.*, 2992, I, 1, p. 719.

<sup>63</sup> Cfr. Cass. 11 marzo 1976, n.846, in *Mass. Foro it.*, 1976, col. 183.

Ipotizziamo, così, che il cliente rilasci un atto ricognitivo di un proprio debito all'intermediario. Quest'ultimo, giovandosi dell'astrazione processuale insita nel negozio non dovrà provare l'ammontare del suo credito, mediante l'esibizione delle sue scritture contabili (gli estratti conto) e, se non menzionata nella ricognizione, neppure sarà tenuto ad indicare la causa dello stesso.

Di fronte a ciò, le possibilità del cliente di contestare l'ammontare del credito dedotto dall'intermediario dipendono dal tipo di ricognizione effettuata.

Se, infatti la dichiarazione è titolata, perché indica l'operazione o le operazioni dal quale è scaturito il debito, gli importi dovuti per sorta capitale e quelli per eventuali interessi, il cliente potrà limitarsi a provare che i rapporti nominati sono nulli, tutti o solo alcuni, conseguendo per tal via la liberazione completa o parziale dalla ricognizione. Così, se dimostrerà che il tasso applicato all'operazione menzionata nella ricognizione era superiore a quello pubblicato dall'intermediario, non sarà tenuto al pagamento dell'importo riconosciuto per gli interessi. In tal caso, quindi, l'effetto processuale del negozio ricognitivo, vale a dire la presunzione di esistenza del rapporto sottostante, non pregiudicherà la possibilità da parte del suo autore di far valere la nullità di quest'ultimo.

Se, invece, la ricognizione indica solo l'ammontare del debito, ma non la ragione causale, per il cliente non sarà più sufficiente dedurre la nullità del rapporto fondamentale per sottrarsi all'adempimento. Di fronte, infatti al prevedibile ermetico silenzio dell'intermediario sulla causa del negozio ricognitivo, sarà il cliente a dover prima dimostrare, che sottostante al debito dichiarato non vi è rapporto diverso da quello che assume viziato da nullità. Non ottemperando a siffatto onere preliminare, l'azione (o l'eccezione) di

nullità sarebbe improponibile per il difetto dell'interesse a farla valere<sup>64</sup>, in quanto la stessa non priverebbe in assoluto di giustificazione causale la ricognizione.

E' ovvio che la prova di cui si è detto non sarà sempre agevole, specie quando il cliente intrattenga con l'intermediario una pluralità di rapporti, e quindi la deduzione della nullità di uno di essi, non escluderebbe la sussistenza di altra valida causa dell'attribuzione patrimoniale.

In tal caso quindi gli effetti processuali della ricognizione si rifletteranno negativamente sulla stessa deducibilità della nullità e anzi possono giungere fino al punto di escluderla. L'assolvimento da parte del cliente dell'onere probatorio in merito all'individuazione del rapporto sottostante, infatti, incontrerà il limite del giudicato sugli effetti costrittivi della sua ricognizione, per cui il formarsi di quest'ultimo precluderà allo stesso l'ulteriore proponibilità della nullità relativa al rapporto sottostante, ancorché insanabile e imprescrittibile, e lo vincolerà, quindi, definitivamente al pagamento del debito<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Così Cass. 29.4.1998, n. 4364, in *Mass. Foro it.*, 1998, col. 455.

<sup>65</sup> E' principio consolidato che l'insanabilità che viene ricollegata normalmente alle nullità (anche assolute) è da intendersi quale insanabilità nel corso del procedimento, in quanto l'intervenire del giudicato, impedendone il rilievo fuori di quel processo sana anche queste invalidità: così tra le tante Cass. 30 maggio 1995, n. 6050, in *Mass. Foro it.*, 1995, col. 714.