



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche
Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto

Corso di dottorato in diritto comparato, privato,
processuale civile e dell'impresa

Curriculum di diritto privato
XXXII Ciclo

DISCIPLINA DELLA NULLITÀ CONTRATTUALE
E PARADIGMA DELL'OPERATIVITÀ A VANTAGGIO
IUS/01

Tesi di dottorato di
Blanca Ignacia Maria Saavedra Servida
Matricola: R11578

Tutor:
Chiar.mo Prof. Francesco Delfini

Coordinatrice del corso di dottorato:
Chiar.ma Prof.ssa Maria Teresa Carinci

A.A. 2018/2019

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO PRIMO

LA NULLITÀ COME RIMEDIO:

DALLA STRUTTURA ALLA PROSPETTIVA FUNZIONALISTA

1. <i>Considerazioni introduttive e linee di sviluppo dell'indagine</i>	5
2. <i>Il sistema delle invalidità negoziali nell'impianto codicistico</i>	16
3. <i>La concezione strutturalistica tradizionale della nullità e i suoi limiti</i>	24
4. <i>La prospettiva funzionalista, la nullità virtuale e l'art 2035 c.c.</i>	30
5. <i>La nullità come strumento di controllo sulla libertà contrattuale</i>	42

CAPITOLO SECONDO

NULLITÀ DI PROTEZIONE, CONFORMAZIONE DEL REGOLAMENTO

E REGOLAZIONE DEL MERCATO

1. <i>Il diritto privato europeo come diritto regolatorio e la strutturazione giuridica del mercato interno unico</i>	51
2. <i>Il modello delle clausole abusive: a) nel Codice del consumo</i>	65
3. <i>Segue: b) nel Testo Unico Bancario. La nullità degli interessi usurari</i>	76
4. <i>Il paradigma della "operatività a vantaggio" quale fondamento dello statuto normativo della nullità di protezione</i>	87
5. <i>Nullità virtuale di protezione, nullità totale di protezione e nullità "selettiva": tre questioni ancora aperte</i>	95

CAPITOLO TERZO

OPERATIVITÀ A VANTAGGIO ED EFFETTI RESTITUTORI

1. <i>Nullità del contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento ed esercizio selettivo dell'azione di nullità</i>	102
--	-----

<i>2. Il paradigma della operatività a vantaggio fra limiti oggettivi del giudicato ed eccezione di buona fede</i>	116
<i>3. Gli effetti sostanziali della nullità totale di protezione: verso una (ir)ripetibilità unilaterale?</i>	126
<i>4. Le obbligazioni restitutorie tra dilazione e misurazione dello svantaggio</i>	136
<i>5. Valutazioni conclusive</i>	147
INDICE DEGLI AUTORI CITATI	151

Tutte le sentenze citate, ove non altrimenti indicato, sono reperibili sul web, al sito <https://curia.europa.eu/>

INTRODUZIONE

La nullità del contratto suscita, ormai da almeno un paio di decenni, un rinnovato interesse: ciò dipende dal largo uso che il legislatore ne ha fatto, e continua a farne, nell'ambito delle discipline a contenuto settoriale emanate in attuazione delle normative di fonte europea.

Partendo dalla constatazione che, in tali discipline, vi sono disposizioni diverse che si esprimono in termini analoghi, l'interrogativo a cui il lavoro intende rispondere è quale sia il significato normativo del paradigma della "operatività a vantaggio", nella convinzione che esso non sia dato a priori, ma possa estrinsecarsi solamente attraverso l'attività interpretativa.

Quel che si intende verificare, in un secondo momento, è se le varie fattispecie di nullità introdotte all'interno delle suddette discipline – che deviano vistosamente dal modello codicistico, soprattutto in punto di legittimazione ad agire – vadano a comporre un sistema espressivo di una razionalità differente rispetto a quella che è sottesa alle invalidità codicistiche.

L'idea di fondo, che permea l'intero lavoro, è che la nullità costituisca da sempre uno strumento atto a esercitare un controllo sugli atti di autonomia privata, che per loro natura implicano un conflitto di natura economico-sociale. Emancipata dai concettualismi, essa si configura allora come una tecnica inibitoria dell'efficacia giuridica, che impedisce che le parti possano ricorrere all'apparato coercitivo pubblico-giudiziario per l'attuazione di quei contratti i cui effetti confliggerebbero con norme o principi espressivi dei valori e degli interessi propri dell'ordinamento giuridico – quest'ultimo da intendere quale manifestazione dell'interesse generale della società – in un determinato momento storico.

Tale prospettiva disvela lo stretto legame che sussiste fra la nullità e la ripetizione dell'indebitato, che garantisce in via mediata la salvaguardia degli stessi valori e interessi presidiati dalla prima. Come si intuisce dall'art. 2035 c.c., ciò significa pure che la regola della (ir)ripetibilità delle prestazioni eseguite in attuazione del contratto nullo, facendo da contrafforte alla funzione della nullità, non dovrebbe contraddire quest'ultima.

Nel primo capitolo verrà analizzata, in chiave funzionalista, la categoria della nullità, prendendo le mosse da quella che è la disciplina codicistica dell'invalidità. Proprio l'esame del dato normativo consentirà di dimostrare che l'assunto secondo cui il contratto nullo è necessariamente caratterizzato da una inefficacia originaria, totale e irreversibile risulta, in realtà, privo di qualsiasi referente positivo; anzi, proprio gli artt. 2126 e, in certa misura, 2035 c.c. contemplano ipotesi di "inefficacia della nullità", per tali intendendosi le situazioni in cui il contratto, ancorché nullo, è dotato di una qualche forma di efficacia giuridica, si manifesti essa come produzione, sebbene transitoria, dei suoi effetti tipici, ovvero di effetti distinti e ulteriori.

Questo rilievo permetterà di fornire un fondamento teorico alla concezione del contratto nullo quale fatto giuridicamente rilevante, che, come tale, è oggetto di una qualificazione negativa da parte dell'ordinamento; proprio da tale concezione discende l'idea che l'inefficacia – in quanto mezzo con cui si evita che possa ricevere attuazione l'assetto negoziale così come programmato nel contratto nullo, in ragione della tipologia di interessi e valori che andrebbe a ledere – sia una conseguenza solo eventuale della nullità.

Nel secondo capitolo saranno illustrate le principali differenze che sussistono, nella materia contrattuale, tra la disciplina generale codicistica e le regole particolari di fonte europea, che si possono riassumere nella constatazione

che, mentre la prima svolge una funzione facilitatrice delle transazioni, le seconde svolgono altresì una funzione regolatrice del mercato, mirando a consentirne il corretto funzionamento e l'equilibrato sviluppo; infatti, queste regole – le quali si collocano nel quadro di un più ampio intervento normativo, che si è proposto, con un approccio neo-istituzionalista, di fondare e conformare il mercato – hanno reso il contratto funzionale alla tutela di un interesse strumentale di quel contraente che, versando in una condizione di debolezza di ordine tecnico, rischia di non poter esercitare consapevolmente la libertà contrattuale.

Si tenterà quindi di capire se e, nel caso, come ciò si rifletta sul tipo di controllo a cui viene sottoposto l'atto di autonomia e, dunque, sullo statuto della nullità: partendo dal presupposto che, tipicamente, nei contratti che danno veste all'atto di consumo sono divisati interessi finali che l'ordinamento approva, si giungerà alla conclusione che la qualificazione negativa in cui sostanzia il giudizio di disvalore in termini di nullità e l'inefficacia che ne consegue vadano circoscritte, tutte le volte che ciò sia possibile, alle sole pattuizioni in cui si concreta la lesione di un interesse strumentale del contraente debole.

Il meccanismo della parziarietà necessaria, infatti, appare il più idoneo a realizzare l'obiettivo di tutela perseguito dal legislatore – che si assume essere la rimozione degli squilibri connessi alla presenza di asimmetrie informative, le quali alimentano il rischio che si verifichino abusi del potere normativo di impresa – senza che venga compromesso l'interesse finale del soggetto a vantaggio del quale è disposta la nullità, la quale non gli impedisce di accedere al bene o servizio per il cui ottenimento aveva infatti concluso il contratto.

Queste osservazioni inducono a ritenere che la nullità debba considerarsi “di protezione” ogniqualvolta il giudizio di disvalore non investa, nella sua interezza, l'assetto di interessi perseguito dai contraenti, ma solo quegli elementi di squilibrio,

al suo interno, che appaiano sintomatici di un abuso da parte del contraente che detiene una maggior forza contrattuale; in queste ipotesi, pure nel silenzio del legislatore, lo statuto normativo applicabile è quello delineato dall'art. 36 del Codice del consumo e dall'art. 127 del Testo unico bancario, in cui è stato cristallizzato il paradigma della operatività a vantaggio; quest'ultimo, come si tenterà di dimostrare meglio nel terzo capitolo, dispiega i suoi effetti tanto sul piano processuale quanto su quello sostanziale.

Prendendo le mosse dalla proposta ricostruttiva avanzata, si tenterà allora di individuare, sul piano delle ipotesi, una soluzione che rispetti la necessità di non pregiudicare l'interesse finale del contraente nel caso in cui la nullità, ancorché di protezione, sia totale e non già parziale. È qui che può soccorrere l'idea che l'inefficacia non sia un predicato necessario della nullità, bensì una conseguenza meramente eventuale della stessa: ciò consente infatti di ipotizzare una modulazione nella negazione dell'efficacia giuridica, in ipotesi fondata sulla necessità di consentire alla funzione di protezione, compendiata nel paradigma dell'operatività a vantaggio, di esplicarsi.

CAPITOLO PRIMO

LA NULLITÀ COME RIMEDIO:

DALLA STRUTTURA ALLA PROSPETTIVA FUNZIONALISTA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive e linee di sviluppo dell'indagine. – 2. Il sistema delle invalidità negoziali nell'impianto codicistico. – 3. La concezione strutturalistica tradizionale della nullità e i suoi limiti. – 4. La prospettiva funzionalista, la nullità virtuale e l'art. 2035 c.c. – 5. La nullità come strumento di controllo sulla libertà contrattuale.

1. *Considerazioni introduttive e linee di sviluppo dell'indagine*

Nell'epoca del «diritto della transizione»¹, il tema dei rimedi – e, in particolare, quello della invalidità – costituisce uno dei punti nodali della riflessione in materia di contratto e autonomia privata².

¹ N. IRTI, *Il diritto della transizione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 11, ora in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1998, 105 ove l'espressione è utilizzata per descrivere quel nuovo diritto dei rapporti economici che è andato affermandosi a partire dal 1989, in un contesto economico-istituzionale caratterizzato dal tramonto delle vecchie ideologie, dalla caduta del collettivismo sovietico e dal ritiro dello Stato dal controllo e dalla gestione delle imprese.

² Come testimonia il rinnovato interesse per il tema della nullità contrattuale, dimostrato dal proliferare di contributi dottrinali dedicati all'argomento: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, VII, Torino, 2002, 31; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 202; ID., *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*², II, Torino, 2006, 1405; ID., *Le «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77; ID., *Invalidità e regole dello scambio*, in A. BELLAVISTA – A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 80; ID., *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.* 2013, 1105; F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema. Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004; V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 618; ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011; E. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, Milano, 2006, 1; EAD., *Norme imperative invalidanti: nullità "virtuali" di protezione?*, in A. BELLAVISTA – A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 175; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; R. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale: le evoluzioni del sistema*, in ID. (a cura di), *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, 2007, 487; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle*

In un orizzonte teorico segnato dalla progressiva erosione della centralità del codice civile³, il fenomeno del policentrismo normativo⁴ ha determinato una crescente complessità nel sistema delle fonti del diritto privato⁵.

In questo contesto, l'europizzazione dell'ordinamento giuridico e la globalizzazione del sistema economico⁶ – unitamente ai mutamenti che questi fenomeni hanno indotto nei rapporti tra Stato ed economia, nei quali si è assistito a uno spostamento dell'intervento pubblico «dalla funzione programmatrice alla funzione di rimozione degli ostacoli al funzionamento ottimale del mercato»⁷ – hanno inciso così profondamente sulla disciplina del contratto che si è reso necessario verificare se le tradizionali categorie concettuali fossero ancora in grado di fornire un'adeguata sistematizzazione della realtà normativa contemporanea⁸.

invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa, Padova, 2008; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 732; ID., voce «Nullità non testuale», in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 798; C. MIRIELLO, *La nullità virtuale*, Padova, 2010; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010; M. BARCELLONA, *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, cit., 61; A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012.

³ Sulla frantumazione dell'unità sistematica del diritto privato si veda N. IRTI, *L'età della decodificazione*, in *Dir. e società*, 1978, 631, ora in ID., *L'età della decodificazione*⁴, Milano, 1999.

⁴ Sulla frammentazione normativa si veda G. ALPA, *Le fonti del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, in *Il diritto civile oggi: compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 143, il quale, con l'espressione «policentrismo normativo», fa riferimento all'incremento dei centri deputati alla produzione di norme che disciplinano i rapporti ascrivibili al diritto privato.

⁵ N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 697; V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. impr.*, 2001, 1083; P. RESCIGNO, *Unità e pluralità del diritto civile: il sistema e le fonti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 23; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 147.

⁶ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 625.

⁷ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 1.

⁸ P. SIRENA, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, 121; ID., *L'europizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2014, 3, il quale, con specifico riferimento alla creazione del diritto consumeristico, parla di «rottura di quella tradizione civilistica che la pandettistica tedesca aveva forgiato sulla base del diritto romano-comune e che è stata poi trasfusa nelle grandi codificazioni nazionali».

In linea con lo spirito ordoliberal⁹ che anima la costituzione economica europea¹⁰, infatti, si è assistito a un mutamento nella fisionomia del contratto¹¹, la cui disciplina di parte generale¹² attualmente coesiste con complessi di norme¹³ che,

⁹ Con il termine ordoliberalismo si fa riferimento a quella corrente di pensiero sviluppatasi in seno alla Scuola di Friburgo, le cui idee sono state consacrate in un manifesto intitolato “Il nostro compito” (F. BÖHM-W. EUCKEN-H. GROSSMAN-DORTH, *Unsere Aufgabe*, in F. BÖHM (a cura di), *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart-Berlin, 1937, 7, trad. it. in F. FORTE-F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell’economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010, 47). Nella visione ordoliberale lo Stato – uno *starker Staat*, diverso dal *totaler Staat* di concezione schmittiana – non deve intervenire in senso stretto nell’economia, bensì istituire un quadro di regole – un *Ordnung*, per l’appunto – entro il quale il mercato possa svilupparsi in senso concorrenziale e gli individui possano agire liberamente, esercitando, fra le altre, la propria libertà contrattuale. Come messo chiaramente in luce da M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, trad. it. a cura di M. Bertani-V. Zini, Milano, 2005, 111, nella visione ordoliberale la concorrenza non è considerata un fenomeno naturale bensì un tratto caratteristico dell’ordinamento che, a monte, presuppone precise scelte economico-politiche. In questa prospettiva, il concetto di costituzione economica – *Wirtschaftsverfassung* – assume un ruolo centrale: evitando la concentrazione di potere economico in capo a singoli soggetti, privati o pubblici che siano, essa è l’unico strumento in grado di garantire la nascita e la sopravvivenza di quel modello concorrenziale – *Wettbewerbsordnung* – che consente il realizzarsi dell’economia sociale di mercato, reputata dagli ordoliberali l’unica valida alternativa tanto al collettivismo quanto al liberismo.

¹⁰ Per quanto concerne l’ordinamento dell’Unione europea, la scelta in senso ordoliberale che ha preceduto e ispirato la creazione del mercato interno pare ora espressamente esplicitata nell’art. 3, par. 3 del TUE, ove si prevede che l’Unione europea debba basarsi su «un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale», e non già su una semplice «economia di mercato aperta e in libera concorrenza», come si leggeva nel TCE. S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 365, spec. 387 ritiene che la nuova formulazione della norma sia indice dell’abbandono del modello liberista “estremo” a favore di un sistema nel quale la libera concorrenza è concepita quale mezzo e non come fine ultimo.

¹¹ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*³, Torino, 2011, 9, evidenzia come l’«erezione, ai margini di un codice in ritirata, di macrosistemi extra-codicistici» abbia determinato una «difficoltà crescente a ricostruire [...] una significativa unitarietà della figura contrattuale».

¹² Contenuta nel Titolo secondo del Libro quarto del codice civile, rubricato «Dei contratti in generale». Nella Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile, § 604, viene chiarito come «nella redazione del nuovo codice, in conformità della nostra tradizione giuridica, non si sono dettate norme per disciplinare il negozio giuridico; invece si è regolato quel negozio, centro della vita degli affari, che si chiama contratto». Dunque, in ragione della portata generale che assume la disciplina del contratto nel codice civile, qualora nel prosieguo del discorso venga fatto riferimento al negozio giuridico, esso va inteso quale sinonimo di contratto: sul punto si rinvia all’approfondito studio di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*⁵, Rimini, 1995, 89.

¹³ Se tali complessi di norme mantengano o abbiano perso la caratteristica dell’eccezionalità e, in quest’ultimo caso, possano assurgere a sistemi espressivi di regole suscettibili di applicazione analogica anche oltre l’ambito espressamente regolato è questione che verrà approfondita nel prosieguo dell’indagine. Sul punto, intanto, si rinvia alle fondamentali riflessioni di C. CASTRONOVO, *Diritto*

sul versante della politica legislativa, hanno come obiettivo primario la regolazione del mercato e delle transazioni che vi si svolgono serialmente¹⁴.

All'immagine del contratto quale incontro di volontà¹⁵ – quest'ultima, a un tempo, fondamento e criterio interpretativo dell'atto di autonomia privata¹⁶ – ritratta nelle codificazioni degli Stati liberali¹⁷ si sovrappone oggi, nelle aree in cui il diritto privato dell'economia concorre a edificare l'ordine giuridico del mercato, quella di

privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria, in *Jus*, 1981, 158 e, più di recente, ID., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 397, ora in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 5, il quale ha coniato l'espressione «diritti secondi» per fare riferimento a quei «ceppi normativi spostati dal tronco centrale del diritto comune per assoggettarli a una logica diversa». ID., *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, 22, ritiene infatti che il diritto privato possa idealmente disporsi «lungo due assi cartesiani che muovono rispettivamente, sul piano delle fonti, dal codice alla legislazione speciale; sul piano delle materie, dal diritto privato generale ai diritti secondi».

¹⁴ Per una sintesi di ciò a cui si intende far riferimento con il sintagma “regolazione del mercato” si rinvia ad A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 520, secondo il quale esso indica «l'insieme delle discipline che mirano a reagire al fallimento del mercato e/o a garantire coll'eteronomia il mercato concorrenziale: quindi a correggere l'asimmetria informativa tra le parti, a evitare il prodursi di esternalità negative, a porre rimedio al monopolio». P. SIRENA, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici*, cit., 7, ritiene che il diritto privato europeo sia «uno strumento per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno unico» e che, in ragione di ciò, esso costituisca «il naturale completamento del diritto europeo della concorrenza».

¹⁵ Secondo la nota formula di K.F. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di V. Scialoja, III, Torino, 1881, 404, secondo cui il contratto è il «concorso di più persone in una concorde dichiarazione di volontà, per cui vengono determinati i loro rapporti giuridici». Per una critica al c.d. “dogma della volontà” e all'idea che gli effetti promanino da quest'ultima si rinvia all'autorevole riflessione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1950, 55, il quale evidenzia che «la “volontà”, come fatto psicologico meramente interno, è qualcosa di per sé inafferrabile e incontrollabile, che appartiene unicamente al foro interno della coscienza individuale». Al riguardo, è doveroso ricordare anche la posizione di G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 22, il quale ha proposto una inedita interpretazione della nozione di consenso, che secondo l'Autore si risolve in un «problema di mere tecniche procedimentali, che vengono rigorosamente determinate dal legislatore secondo criteri di opportunità, tendenti a contemperare gli opposti affidamenti dei paciscenti».

¹⁶ V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e interpretazione giuridica*, Torino, 2008, 14.

¹⁷ Nelle quali il contratto si configura esclusivamente quale «strumento di acquisizione di beni economici da fonti diverse da quella familiare ed ereditaria», secondo la definizione di M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. a cura di G. Giordano, III, Milano, 1980, 23.

strumento la cui rilevanza non si esaurisce *inter partes*¹⁸, ma può essere apprezzata altresì su di un piano generale e meta-individuale¹⁹.

In particolare – e per ciò che più rileva ai fini della presente indagine – è il campo dell’invalidità – e, soprattutto, quello della nullità – ad aver risentito in misura maggiore degli effetti di tale trasformazione²⁰.

La legislazione dell’ultimo ventennio, infatti, ha introdotto numerose quanto eterogenee ipotesi di nullità che si discostano sensibilmente dal modello codicistico di cui agli artt. 1418 ss. c.c.²¹ e che, di conseguenza, presentano per gli interpreti non poche difficoltà di inquadramento dogmatico²².

¹⁸ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, 2017, 102, evidenzia come «gli strumenti tradizionali dell’autonomia privata [siano] riutilizzati per raggiungere finalità eccentriche o, comunque, ultronee rispetto agli interessi delle parti».

¹⁹ Il modello concorrenziale fatto proprio dall’economia sociale di mercato finisce per influire sul contenuto della libertà contrattuale nella misura in cui induce a negare tutela alla stessa, ove essa venga invocata per concludere contratti che, di fatto, mirano a limitare o annullare in radice tale libertà: l’art. 54 della Carta di Nizza stabilisce infatti che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un’attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». Sul punto si rinvia a P. SIRENA, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, cit., 121, secondo il quale «se abbandonata a se stessa, l’autonomia privata tende paradossalmente a distruggere proprio il modello di una società basata sulle libertà private, facendo prevalere la libertà del più forte sul più debole».

²⁰ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, cit., 683, nonché in ID., *Il contratto in trasformazione*, cit., 195.

²¹ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 15, osserva come «gli artt. 1418-1424 c.c. sembr[i]no ormai designare un paradigma residuale, di fronte alla proliferazione delle nullità speciali».

²² Si fa riferimento anzitutto alle ipotesi di nullità introdotte nel codice del consumo, nonché nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia e nel testo unico sull’intermediazione finanziaria. Come si vedrà meglio di seguito, di fronte a queste ipotesi parte della dottrina ha concluso nel senso che le nullità c.d. speciali siano un *tertium genus* rispetto alle nullità codicistiche e che, in quanto tali, debbano considerarsi assoggettate a un loro proprio statuto: così G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 185, il quale identifica nello squilibrio strutturale fra le parti contraenti la ragion d’essere dell’esistenza di regole «speciali rispetto alla legittimazione assoluta, ma espressamente “general” riguardo al gruppo di ipotesi considerate»; così anche M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema delle invalidità negoziali*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 69; in senso contrario S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 307, il quale esclude che la pluralità di statuti della nullità sia in grado di inficiare l’unitarietà della categoria.

Ciò non è certo un caso²³. Se la nullità, come si ritiene che sia, è anzitutto uno strumento atto a esercitare un controllo sugli atti di autonomia privata²⁴, la decostruzione del paradigma contrattuale a cui ha dato impulso il diritto di matrice europea non si sarebbe potuta che tradurre in una parallela, progressiva disgregazione dell'unitarietà della categoria dell'invalidità²⁵.

Di fronte alle nullità introdotte dal diritto privato europeo – che fa uso di un concetto ipostatizzato nel diritto interno per finalità eteronome, fra le quali spicca anzitutto la costruzione di un mercato concorrenziale e immune da fallimenti²⁶ – si è dunque acuita la crisi del pensiero dogmatico, già innescata dalla consapevolezza, maturata soltanto in epoca post-moderna, del fatto che alle categorie civilistiche non corrispondono altrettante realtà ontologiche²⁷.

Venuta meno quella condizione di possibilità del sistema storicamente individuata nella corrispondenza fra ordinamento giuridico e Stato-nazione²⁸, la

²³ M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione*, cit., 1, rileva che già la Pandettistica aveva intuito «il legame indissolubile tra la categoria dell'invalidità e quella del negozio giuridico».

²⁴ L'idea che la nullità sia uno strumento di controllo sugli atti di autonomia sembra rinvenibile già nelle parole di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 51, laddove viene enfatizzata la dimensione sociale dell'autoregolamentazione.

²⁵ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, cit., 647, osserva come, in un'epoca in cui «il contratto di oggi non è più quello di ieri», è giocoforza riconoscere come ciò «[debba] valere anche per il regime della sua patologia».

²⁶ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., *passim*, spec. 14, 33 e 235, definisce il diritto di fonte europea un «diritto pragmatico attento soprattutto agli obiettivi di *policy* del mercato». In proposito si vedano anche le riflessioni di C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 29.

²⁷ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, 27, il quale osserva che, nell'attuale momento storico, nel quale il senso del diritto si è frantumato e disperso «nei sensi di norme inattese, imprevedibili, indefinite», «la validità del diritto, cioè il valere della norma come norma, dipende soltanto dal volere, che abbia percorso le procedure e assunto le forme stabilite». In tema si veda anche M. BARCELLONA, *Il nichilismo giuridico, la forma del diritto moderno e il nuovo sovrano*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 769 e, ancora, ID., *Critica al nichilismo giuridico*, Torino, 2006.

²⁸ La definizione di sistema come «unità di molteplici conoscenze raccolte sotto un'idea» – che ha esercitato un'influenza decisiva sul pensiero giuridico a venire – si deve all'opera di I. KANT, *Critica della ragion pura*, trad. it. a cura di G. Gentile-G. Lombardo Radice, Roma, 2005, 509. Nella letteratura giuridica recente, N. IRTI, *Crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 40, osserva come

frammentarietà e l'incompletezza del dato positivo hanno indotto alcuni interpreti a desistere dal tentativo di ricondurlo a una qualche organicità²⁹.

Questo approccio, che risente del pensiero decostruzionista, ha condotto a una "anarchia metodologica"³⁰ di cui è espressione la negazione – assai ricorrente nel passato più recente – della possibilità di trovare alle nuove ipotesi di nullità una collocazione all'interno del tradizionale sistema delle invalidità.

All'evidenza, una simile conclusione non rappresenta una risposta soddisfacente alla questione della qualificazione di tali nuove fattispecie.

Il superamento della dogmatica classica e delle sue implicazioni logico-formali – basate sulla pretesa e aprioristica razionalità universale del sistema giuridico, inteso quale insieme di concetti conoscibili con metodo deduttivo – non deve necessariamente condurre al rifiuto di ogni istanza metodologica³¹.

Infatti, il riconoscimento del fondamento essenzialmente storico-sociale del diritto³² – la cui oggettività, ad ogni modo, è salvaguardata dalla natura istituita e

«qualunque sistema implica un nesso unitario di contenuti, una sostanza comune a tutte le norme». Per quanto riguarda il complesso equilibrio tra la possibilità di concepire un sistema unitario e la pluralità delle fonti, si veda C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 14, che imputa le attuali difficoltà alla «diaspora delle fonti, esterne ed interne perché alcune provenienti da oltre i confini nazionali dell'ordinamento ma con l'effetto di ridisegnare detti confini».

²⁹ A titolo esemplificativo, R. SACCO (-G. DE NOVA), *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2004, 544, ritiene che la nullità sia «un puro medio logico che viene dopo il vizio» e «precede la descrizione dell'incidenza del vizio sull'efficacia del contratto».

³⁰ N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1159, ora in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, 88, dal quale è tratta l'espressione virgolettata, con la quale l'Autore sembra evocare le conseguenze dell'avvertita impossibilità di utilizzare il metodo astratto e astrattizzante consegnatoci dalla tradizione per studiare le norme giuridiche e ricondurle entro un'unità sistematica. Le riflessioni di Irti sul c.d. "nichilismo giuridico" sono proseguite e confluite in numerosi, ulteriori contributi, fra i quali è opportuno ricordare anzitutto il – già citato – volume *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.

³¹ G. VATTIMO, *Fare giustizia del diritto*, in J. DERRIDA-G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Bari-Roma, 1998, 282.

³² S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, 57; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, *passim*; F. CIARAMELLI, *La metodologia giuridica e la sfida del nichilismo*, in *Riv. int. di filosofia del diritto*, 2012, 411 e, in particolare, 423,

istituzionalizzata dei processi di produzione e riproduzione delle norme – non pregiudica la possibilità né fa venir meno l’esigenza di rendere intellegibile la realtà normativa, la quale, quantunque in continua e rapida trasformazione, deve essere – nel senso letterale del termine – riordinata, affinché se ne possa recuperare proprio quel senso del quale si lamenta la apparente mancanza³³.

Benché – come è ovvio – non si intenda disconoscere il valore del patrimonio di conoscenze elaborato dalla tradizione giuridica continentale né l’autorevolezza che le è propria³⁴, per cogliere la razionalità intrinseca del fenomeno giuridico è allora necessario emancipare quest’ultimo da qualsiasi concettualismo, cosicché sia possibile costituirne il senso senza arrestarsi al livello puramente descrittivo di quelli che, accidentalmente, risultano essere gli elementi costitutivi delle fattispecie, con l’irrigidimento morfologico che ne consegue.

Se, infatti, il significato del diritto positivo non è dato a priori ma si estrinseca soltanto attraverso la sua interpretazione³⁵, allora il metodo continua a svolgere una funzione centrale, arginando i rischi insiti nel soggettivismo interpretativo³⁶

ove si evidenzia che «legislazione e giurisdizione derivano entrambe dall’immaginario sociale che istituisce i significati fondamentali di ogni epoca storica».

³³ G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, 1230.

³⁴ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 52, ritiene che «i dogmi giuridici non sono verità assolute e immutabili, autoritativamente sottratte al dubbio scientifico, ma soltanto principi euristici, formule saggiatorie, punti di vista pratici dotati di una particolare forza di persuasione perché consolidati dalla tradizione del pensiero giuridico e da questo rivestiti della forma prestigiosa dei principi logici».

³⁵ R. SACCO, *L’interpretazione*, in G. ALPA-A. GUARNERI-P.G. MONATERI-G. PASCUZZI-R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, Torino, 1999, 182, secondo cui «l’atto ermeneutico è indispensabile perché la norma abbia un significato che altrimenti non avrebbe».

³⁶ P.G. MONATERI, “Correct our Watches by the Public Clocks”: *l’assenza di fondamento dell’interpretazione del diritto*, in J. DERRIDA-G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, cit., 189 e, specialmente, 202, secondo cui «poiché il significato della norma interpretata sarà sempre il risultato dell’applicazione di un criterio interpretativo, sarà anche sempre, in questo senso, una creazione dell’interprete». In senso critico: F. CIARAMELLI, *Legislazione e giurisdizione. Problemi di metodologia giuridica e teoria dell’interpretazione*, Torino, 2007, 123.

attraverso l'individuazione di criteri che consentano di regolare e controllare il potere connesso all'applicazione della norma al singolo caso concreto³⁷.

Il fatto che si sia progressivamente perso il tradizionale equilibrio sistematico³⁸, quindi, non esime l'interprete dal compito di cercare un raccordo fra la disciplina generale codicistica e le discipline settoriali di derivazione europea, che sono a tutti gli effetti entrate a far parte dell'ordinamento nazionale³⁹.

³⁷ Pur concordando sul fatto che l'interpretazione giudiziale non funzioni secondo uno schema rigorosamente logico-deduttivo, non si condivide la tesi, su cui poggia la teoria ermeneutica, secondo cui il diritto sarebbe il prodotto di un'operazione interpretativa che attinge a un senso originario, preesistente e immanente alla realtà delle cose, che si oggettiva poi nelle singole norme; il corollario di questa impostazione è infatti la convinzione che l'interpretazione sia determinata dalla precomprensione di tale senso originario e che i criteri deputati al controllo dell'attività dell'interprete non siano criteri positivi, ma discendano piuttosto da una «esigenza generale di razionalità, che si deve presupporre nel diritto e che, se intesa come razionalità giustificativa e argomentativa, può comunque costituire un limite all'apporto inventivo del giudice» (così F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Per una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 193). Al contrario, si ritiene che il diritto – essendo una creazione di natura storico-sociale, come tale disancorata da qualsiasi fondamento trascendente – sia oggetto di un processo di significazione privo di qualsiasi forma di garanzia in ordine all'incontrovertibilità dei suoi esiti; in proposito, M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, cit., 284, muovendo dalla convinzione che l'interpretazione assolve il compito di fronteggiare la complessità incrementale del sistema giuridico, afferma che essa «opera come un dispositivo deputato a produrre *order from disorder*, e perciò, di certo, produce essa stessa l'ordine del diritto. Ma questa produzione costituisce pur sempre un'autoproduzione, un'*autopoiesi* del diritto, poiché le risorse di cui essa si avvale provengono sempre dal sistema giuridico, dal materiale normativo in esso già depositato e, soprattutto, dall'orizzonte di senso che ne determina la temporalità», sicché può dirsi che l'interpretazione «consiste in una creazione, poiché produce sempre nuova organizzazione delle norme», con la particolarità che essa ha «natura cognitiva, poiché questo *novum* è sì sollecitato dalla nuova complessità ambientale, ma non proviene affatto dall'esterno, è costruito con i principi regolativi già presenti nel sistema giuridico e, soprattutto, rimane vincolato all'orizzonte di senso che contrassegna quest'epoca del diritto e le sue oscillazioni evolutive».

³⁸ Fondato, come evidenzia U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, 34, sul «primato della forma-codice nel governo della complessità del sistema». L'Autore osserva come la «concezione restrittiva del canone della specialità» sia dipesa dal «postulato dell'esistenza di un modello di assetto normativo – la forma-codice – prevalente, in quanto tale e per la stessa sede della materia, su di ogni altro, già in virtù della sua pretesa e intrinseca attitudine a fornire le basi, neutre e razionali, di un sistema organico e coerente».

³⁹ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 690, evidenzia la necessità di «emancip[are] la "diversità" da ogni condizione di marginalità, eccezionalità o specialità, elevandola a una posizione di pari rango

La presente indagine si propone di analizzare, attraverso il prisma della nullità contrattuale, il complesso quadro delle relazioni che intercorrono tra diritto privato nazionale e diritto privato europeo, le cui previsioni normative hanno finito per capovolgere il rapporto che intercorre tra generalità e specialità⁴⁰.

L'obiettivo è quello di appurare se, alla luce delle loro specificità, anziché essere costrette entro i confini tradizionali della categoria della nullità o essere ricondotte alla diversa figura dell'annullabilità, le nuove fattispecie introdotte dalla legislazione extra-codicistica di matrice europea – e, segnatamente, quelle contenute nel codice del consumo, nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia e nel testo unico dell'intermediazione finanziaria – possano essere considerate figure autonome, costitutive di un sistema espressivo di una razionalità differente rispetto a quella che è invece sottesa alle invalidità codicistiche⁴¹.

Dal punto di vista operativo, si rende preliminarmente necessario riesaminare in una prospettiva funzionalista l'intera categoria della nullità, prendendo le mosse da quella che è la disciplina codicistica dell'invalidità negoziale.

Solo individuando il ruolo storicamente assegnato alla nullità nel contesto del codice civile, infatti, si può davvero comprendere la ragion d'essere di quei suoi tratti tipici – inefficacia, absolutezza, insanabilità e imprescrittibilità – che, nelle fattispecie di più recente introduzione, non sempre è dato riscontrare.

sistematico, dotata di eguale dignità e forza costitutiva, di identico senso di valore, quale principio euristico in grado di cogliere la fenomenologia del reale in tutta la sua complessità e nella globalità di tutte le sue possibili articolazioni».

⁴⁰ In tema G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 327, ove si illustra quello che viene definito “metodo sistematico”.

⁴¹ Sul metodo sistematico e la proposta di una nuova esegesi si veda soprattutto N. IRTI, *Il diritto come ricerca*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 339, ora in ID., *L'età della decodificazione*, cit., 182; sui rapporti fra metodo sistematico e metodo esegetico si veda S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, 197, ora in ID., *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, 669.

Come si tenterà di dimostrare nel corso del lavoro, ciò dipende dalla tensione impressa al rapporto tra potere statale e libertà contrattuale dal diritto privato europeo⁴². Le finalità pro-concorrenziali che animano le politiche economiche dell'Unione europea, infatti, si sono riverberate sulle tecniche di invalidazione del contratto, che vedono affidato allo strumento della nullità il compito di reagire alle turbative dell'autonomia privata indotte dallo squilibrio strutturale di potere negoziale che connota le transazioni in una economia di mercato⁴³.

Si tratterà allora di verificare se la nullità, in linea con la centralità che assume la prospettiva rimediale nel diritto privato europeo, sia divenuta un mezzo per soddisfare l'interesse a che le scelte negoziali operate dai singoli individui siano libere e consapevoli e, per tale via, a che non si consolidino quelle asimmetrie di potere fra le parti che, traducendosi in altrettante forme di rendita di posizione, impediscono al mercato di svilupparsi in senso pienamente concorrenziale⁴⁴. In altri termini, si tratterà di verificare se la nullità sia divenuta un rimedio a garanzia e tutela del corretto funzionamento del mercato interno unico⁴⁵.

⁴² Per tale intendendosi «il complesso delle modifiche apportate al diritto civile nazionale degli Stati membri dell'Unione europea per via del processo di armonizzazione»: così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 66.

⁴³ L. NIVARRA, *Relazione introduttiva*, in S. MAZZAMUTO-L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 5, ritiene che il contratto sia un «cavallo di troia di strategie aziendali intese a scollegare il profitto da un efficientamento dell'offerta» e, ancora, uno «strumento attraverso il quale avvalersi della propria posizione di forza sul mercato per lucrare un profitto opportunistico ancora una volta sconnesso da una specifica *performance* aziendale».

⁴⁴ E ciò in linea con l'autorevole insegnamento di S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., 680, secondo cui «la sistematica scientifica, nel suo incessante lavoro analitico, che presiede alla formazione dei concetti, tende costantemente a mettere in piena luce i fini pratici delle norme positive e i mezzi impiegati dal legislatore per conseguirli».

⁴⁵ S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 1, definiscono il rimedio uno «strumento di soddisfazione di un bisogno di tutela, sovente connesso alla violazione di un interesse riconosciuto dall'ordinamento giuridico». Sul punto si vedano anche Y. ADAR-P. SIRENA, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 359, che mettono in luce come sia il principio di sussidiarietà – che vincola le competenze legislative dell'Unione europea – a determinare la natura essenzialmente rimediale del diritto privato europeo, che si caratterizza per la sua extra-statalità.

2. Il sistema delle invalidità negoziali nell'impianto codicistico

Secondo la definizione fornita da un'autorevole voce dottrinale, il termine invalidità indica una «situazione di irregolarità o di mancata rispondenza dell'atto compiuto dalle parti ai criteri e requisiti stabiliti dalla legge»⁴⁶.

La categoria dogmatica della invalidità – concettualmente distinta dalla inefficacia e articolantesi in nullità e annullabilità – è il frutto delle elaborazioni della Pandettistica⁴⁷. Tale categoria è stata trasfusa nel *Bürgerliches Gesetzbuch* e successivamente fatta propria dal Legislatore italiano del 1942, che nel Libro quarto del codice civile ha adottato il sistema germanistico binario⁴⁸.

⁴⁶ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003, 373; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², Milano, 2000, 609 parla di «irregolarità giuridica».

⁴⁷ Prende il nome di Pandettistica o scuola delle Pandette quella corrente di pensiero sviluppatasi in Germania nel secondo Ottocento che, muovendo da un rigoroso studio del diritto romano classico, mirava a edificare un sistema giuridico completo, coerente e privo di aporie attraverso l'elaborazione di concetti generali e astratti (per una descrizione di tale sistema si rinvia a M. WEBER, *Economia e società*, cit., 15, il quale osserva come esso consista «nel coordinamento di tutti i principi giuridici – *Rechtssätze* – ricavati con il lavoro di analisi, in modo che essi formino un sistema di regole logicamente chiaro in se stesso, logicamente privo di contraddizioni interne, e soprattutto – almeno in linea di principio – privo di lacune, un sistema che aspira dunque a che tutte le fattispecie – *Tatbestände* – pensabili debbano poter essere logicamente sussunte sotto una delle norme che lo compongono»). Proprio in ragione di tale concezione del diritto quale entità autosufficiente e autonoma rispetto a qualsiasi condizionamento di ordine etico, ideologico o politico F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980, 123, fa riferimento a tale corrente di pensiero – o, perlomeno, a quegli esponenti della c.d. *Begriffsjurisprudenz* che si collocano nella fase “post-puchiana” – con il termine “positivismo scientifico”. Chi meglio di tutti incarnò i tratti caratteristici del metodo logico-razionale adottato dai pandettisti fu Bernard Windscheid (1817-1892), al quale si deve quell'opera di sistematizzazione dell'invalidità che tanto profondamente avrebbe influenzato la disciplina contenuta nel *Bürgerliches Gesetzbuch*. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda-P.E. Bensa, I, Torino, 1925, 264, considera il concetto di inefficacia (*Unwirksamkeit*) in un rapporto di genere a specie con il concetto di invalidità (*Ungültigkeit*), che viene predicata di quei negozi ai quali «il diritto non accorda la forza di produrre quella conformazione dei rapporti, cui ess[i] intende[rebbero]». L'Autore, poi, riprendendo le elaborazioni di K.F. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di V. Scialoja, IV, Torino, 1889, 611, suddivide la categoria unitaria dell'invalidità in nullità (*Nichtigkeit*) e annullabilità (*Anfechtbarkeit*) a seconda che il negozio, ancorché giuridicamente rilevante, «non produca l'effetto giuridico a cui mira, proprio come se non fosse mai stato concluso» ovvero «genera l'effetto giuridico a cui mira, ma questo si appalesa inetto a produrre od a conservare quello stato di fatto che gli corrisponde».

⁴⁸ G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, 367, ripercorre le tappe che hanno condotto all'attuale assetto della

L'influenza del pensiero giuridico tedesco emerge chiaramente nel tessuto normativo del codice civile italiano, che nel regolare i vizi originari della fattispecie negoziale ha previsto due distinte figure di invalidità contrattuale, connotate da caratteristiche opposte e speculari in punto di legittimazione all'azione, prescrizione dell'azione e possibilità di convalida dell'atto invalido⁴⁹.

Da un lato vi è la nullità, che può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse, può essere rilevata d'ufficio dal giudice ed è imprescrittibile⁵⁰; dall'altro l'annullamento, che può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge, non può essere rilevato d'ufficio dal giudice e si prescrive in cinque anni⁵¹. Inoltre, mentre il contratto nullo, salvo che la legge disponga diversamente, non può essere convalidato ma solo convertito in un contratto diverso, di cui contenga i requisiti di sostanza e di forma, il contratto annullabile può essere convalidato dal contraente a cui spetta l'azione di annullamento⁵².

materia dell'invalidità negoziale. Come noto, le scelte operate dal legislatore del 1942 sono tendenzialmente ispirate all'impianto del *Bürgerliches Gesetzbuch* entrato in vigore nel 1900, che nel disciplinare le patologie negoziali distingue le ipotesi in cui la dichiarazione di volontà "*ist nichtig*" da quelle in cui essa "*kann ... anfechten*", ovvero sia suscettibile di essere impugnata. Nel codice civile del 1865, infatti, non vi era alcuna distinzione tra inefficacia e invalidità, e soltanto con il progetto di codice italo-francese del 1927 e con il successivo progetto di riforma del codice civile ha iniziato a prendere forma quella distinzione fra patologie che attengono agli elementi strutturali del negozio e patologie che attengono alle condizioni dei soggetti che si sarebbe poi tradotta nella bipartizione della categoria dell'invalidità in nullità e annullabilità.

⁴⁹ Per quanto riguarda la rescindibilità, la dottrina civilistica è divisa circa la possibilità di ricondurla alla categoria dell'invalidità. Se da un lato vi è chi ritiene che la rescindibilità, al pari della nullità e dell'annullabilità, sia una manifestazione di invalidità determinata da un vizio originario della fattispecie, dall'altro lato altra parte della dottrina ritiene invece che la rescindibilità vada tenuta distinta sia dalla nullità che dalla annullabilità, in quanto essa dipende da fatti estrinseci rispetto al negozio. Non essendo possibile approfondire ulteriormente la questione in questa specifica sede, ci si limita a condividere l'osservazione di M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 17, secondo la quale la rescissione «[ha] perso quasi completamente di rilevanza agli occhi degli interpreti, se non altro dal punto di vista della sistematica generale, dato che come *modus operandi* non presenta in definitiva peculiarità rilevanti rispetto alla annullabilità, essendo riconducibile, come quest'ultima, alle ipotesi di invalidabilità ad iniziativa di parte».

⁵⁰ Cfr. artt. 1421-1422 c.c.

⁵¹ Cfr. artt. 1441-1442 c.c.

⁵² Cfr. artt. 1423-1424 c.c. e art. 1445 c.c.

Tradizionalmente, si è ritenuto che queste differenze in punto di disciplina fossero determinate da una diversità sostanziale tra le due figure di invalidità⁵³, che si sarebbe riverberata sul piano effettuale. E così, mentre il contratto annullabile evidenzerebbe un regolamento negoziale lesivo dell'interesse particolare di almeno una delle parti contraenti, il contratto nullo presupporrebbe un assetto negoziale in contrasto con preminenti interessi generali⁵⁴.

Di conseguenza, mentre il contratto annullabile produrrebbe effetti precari, suscettibili di essere elisi retroattivamente attraverso una sentenza costitutiva ovvero di consolidarsi con la convalida, in entrambi i casi esclusivamente su iniziativa del soggetto al quale spetta l'azione di annullamento, il contratto nullo sarebbe inefficace *ab origine* e l'eventuale pronuncia giudiziale – come può desumersi dalla lettera dell'art. 1422 c.c.⁵⁵ – si limiterebbe ad accertare questa specifica qualità dell'atto negoziale, che, essendo intrinseca, può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse nonché rilevata d'ufficio dal giudice⁵⁶.

⁵³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 462, sostiene che «le differenze di regime fra nullità e annullabilità sono conseguenze naturali derivanti dalla diversa indole delle due forme di invalidità». L'Autore – pur riconoscendo che il negozio nullo «possa per avventura produrre taluno degli effetti corrispondenti o altri diversi, di carattere negativo o aberrante» – ritiene che esso sia «inidoneo a dar vita a quella nuova situazione giuridica che il diritto ricollega al rispettivo tipo legale in conformità con la funzione economico-sociale sua caratteristica», mentre il negozio annullabile darebbe «vita precaria alla nuova situazione giuridica che la legge ricollega al tipo legale».

⁵⁴ P. TRIMARCHI, *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, 191; la distinzione si deve al pensiero di R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Dijon Paris, 1909, 353.

⁵⁵ Sulla genesi dell'azione di mero accertamento della nullità si rinvia a G. SMORTO, *Le invalidità nel diritto privato: raffronti comparatistici*, in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato europeo*, cit., 405, il quale osserva come nell'art. 1422 c.c. – che parla di azione per far dichiarare la nullità – sia stata pienamente recepita l'impostazione chiovendiana, secondo cui le azioni di mero accertamento sarebbero espressione del principio dell'indipendenza dell'azione rispetto al diritto soggettivo che l'azione mira a tutelare.

⁵⁶ In proposito, è utile evidenziare che il meccanismo di conversione descritto dall'art. 1424 c.c. opera di diritto: quindi, la conversione deve essere rilevata d'ufficio dal giudice ogniqualvolta sia stata proposta azione di nullità e la sentenza che la dichiara, al pari della sentenza che dichiara la nullità, è di natura meramente accertativa.

Benché a un primo sguardo l'assetto sistematico che il legislatore ha conferito al sistema codicistico delle invalidità negoziali possa apparire perfettamente lineare nel suo schematico dualismo – da un lato vi è la nullità, caratterizzata da inefficacia, assolutezza, insanabilità e imprescrittibilità; dall'altro vi è l'annullabilità, caratterizzata da efficacia, relatività, sanabilità e prescrittibilità – esso conosce, già al suo interno, una serie di eccezioni⁵⁷.

Limitando l'osservazione al piano dell'atto negoziale e rinviando al prosieguo la questione delle differenze di trattamento a cui risultano sottoposti contratti parimenti affetti da nullità⁵⁸, è opportuno evidenziare come sia la figura della sanatoria del negozio nullo⁵⁹ che, ai fini che qui maggiormente interessano, quella della nullità relativa⁶⁰ – l'ammissibilità delle quali si può dedurre dagli incisi contenuti negli artt. 1421 e 1423 c.c. – appaiano chiaramente devianti rispetto al modello di nullità tipizzato in via generale e astratta.

⁵⁷ Una simile osservazione è assai ricorrente nella letteratura sul tema. Sul punto si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività: L. CARIOTA FERRARA, *Annulabilità assoluta e nullità relativa (Un contributo alla teoria dell'invalidità dei negozi giuridici)*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940, 73, ora in ID., *Scritti minori*, Napoli, 1986, 269; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 461; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1976, 247; R. SACCO, voce «Nullità e annullabilità», in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 294.

⁵⁸ Si fa riferimento alle differenze di trattamento tra contratto illegale e contratto immorale nonché alle prestazioni di fatto con violazione di legge di cui all'art. 2126 c.c., su cui si rinvia alle considerazioni di G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 147.

⁵⁹ Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle o di donazioni nulle, di cui agli artt. 590 e 799 c.c., in relazione alle quali V. ROPPO, *Il contratto*², Milano, 2011, 856, parla di «meccanismi che prescindono da qualsiasi volontà negoziale e consistono in atti o fatti cui la legge ricollega in modo obiettivo il consolidamento degli effetti programmati col contratto nullo» (in senso contrario, tuttavia, si veda F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, *passim*, che ritiene non si sia in presenza di una sanatoria del negozio nullo, bensì che il negozio nullo sia causa dell'atto di attribuzione). E, ancora, alle fattispecie di cui agli artt. 2126 c.c. e 2332 c.c., in cui l'esecuzione del contratto nullo limita gli effetti ordinari della nullità.

⁶⁰ Si pensi, ad esempio, alla alienazione dei beni dotali di cui all'art. 190 c.c., la cui nullità poteva essere fatta valere soltanto dal marito e non già dal terzo acquirente. E, ancora, alla donazione compiuta dal genitore al figlio naturale non riconoscibile di cui all'art. 780 c.c., la cui nullità poteva essere fatta valere solo dal donante, dai suoi discendenti legittimi o dal coniuge. Benché entrambe le fattispecie siano state abrogate dalla riforma del diritto di famiglia introdotta con L. 19 maggio 1975, n. 151, esse dimostrano come già nell'impianto codicistico vi fossero ipotesi di nullità relativa.

Sebbene queste figure, in una prospettiva riduzionista⁶¹, siano state relegate a semplici eccezioni⁶² – come tali insuscettibili di applicazione analogica e, di conseguenza, non in grado di sconfessare la costanza degli attributi della nullità – il dato positivo lascia intendere che il sistema delle invalidità negoziali sia più duttile e i confini tra nullità e annullabilità meno rigidi di quanto il processo di concettualizzazione li abbia storicamente fatti apparire⁶³.

Questo vale, a maggior ragione, se si considera che dal confronto con il dato positivo emerge che, mentre degli altri caratteri della nullità – ovvero assolutezza, rilevabilità d'ufficio, imprescrittibilità e insanabilità – viene fatta una più o meno espressa menzione nel dettato codicistico, l'assunto secondo cui il contratto nullo si connoterebbe per una originaria, totale e irreversibile inefficacia risulta in realtà privo di qualsiasi riferimento normativo⁶⁴.

Anzi, è proprio nel codice civile che possono rinvenirsi indicazioni di segno contrario: infatti, nonostante possa dirsi, a ragione, che la negazione dell'efficacia giuridica sia una conseguenza paradigmatica della qualificazione del contratto in termini di nullità, si danno pure ipotesi in cui al contratto nullo è riconnessa la produzione di tutti o alcuni dei suoi effetti tipici⁶⁵.

⁶¹ Per tale intendendosi la tendenza a operare una *reductio ad unum* di tali figure, così da consentire di salvaguardare l'unitarietà della categoria della nullità attraverso la dialettica generalità/specialità.

⁶² Sul rapporto che intercorre tra norme generali, norme speciali e norme eccezionali si vedano E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 87; N. IRTI, *La regola e l'eccezione (resoconto sulla dottrina italiana del diritto privato nel secolo XX)*, in *Dir. soc.*, 1996, 439, il quale sottolinea come l'eccezione possa considerarsi «indice di una nuova logica legislativa».

⁶³ A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 41, osserva che «volendo riflettere sul modello di nullità che sembra emergere dal codice, sembrerebbe conseguente affermare che esso è un non modello e/o sicuramente un modello carico di elementi tra loro diversi ed eterogenei».

⁶⁴ U. MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 329.

⁶⁵ A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., 98, offre una rassegna analitica di tali ipotesi, distinguendo fra casi in cui il contratto nullo produce – anche solo transitoriamente – taluni dei suoi effetti tipici, casi in cui il negozio nullo – pur assolutamente improduttivo degli effetti suoi propri – rappresenta la fonte di effetti ulteriori e diversi – come accade nel caso dell'art. 2035 c.c. – e, ancora, casi in cui la spontanea esecuzione del contratto nullo determina trasformazioni materiali che sono la causa dell'insorgere di autonome situazioni giuridiche.

Emblematico, in tal senso, è l'art. 2126 c.c., in base al quale la nullità del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, purché la nullità non derivi da illiceità dell'oggetto o della causa del contratto stesso⁶⁶. Dunque, se la prestazione lavorativa è stata eseguita dal lavoratore e ricevuta dal datore di lavoro nonostante il fatto che il contratto di lavoro fosse nullo, in capo al lavoratore maturano, in relazione al periodo durante il quale si è effettivamente svolto il rapporto di lavoro, tutti i diritti che sarebbero derivati dal contratto se quest'ultimo fosse stato valido⁶⁷.

Dal tenore letterale della disposizione si evince chiaramente che, affinché il lavoratore maturi il diritto alla retribuzione e alla contribuzione in conformità alla prestazione lavorativa che di fatto ha reso, è necessaria la presenza di un contratto di lavoro, ancorché nullo; se, invece, la prestazione è stata eseguita in assenza di contratto, al lavoratore residua solo la tutela offerta dall'azione di ingiustificato arricchimento, ove ne ricorrano i presupposti⁶⁸.

Si è inequivocabilmente di fronte a una ipotesi in cui al contratto nullo è attribuita efficacia piena, ancorché transitoria⁶⁹. Al riguardo, poi, è essenziale evidenziare che, a rigore, di specialità del diritto del lavoro può parlarsi soltanto a partire dall'epoca della legislazione del c.d. garantismo individuale⁷⁰: l'idea di

⁶⁶ L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.e.c.a.*, Milano, 1965, 413 e, spec., 463; P. RESCIGNO, *Lavoro prestato contro promessa di adozione*, in *Mass. giur. lav.*, 1965, 409, e ora in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 233 e, spec., 243.

⁶⁷ A. ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali delle nullità: la nullità del contratto di lavoro*, già in *Eur. dir. priv.*, 2006, 929, e ora in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, cit., 159.

⁶⁸ F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, p. 223; A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 503.

⁶⁹ In capo al lavoratore, infatti, non sorge alcun diritto alla stabilizzazione e alla prosecuzione del rapporto: sul punto si veda, *ex multis*, Cass., sez. lav. 28 giugno 1986, n. 431, in *Giur. it.*, 1987, 854.

⁷⁰ F. LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato europeo*, cit., 223, la quale sottolinea come prima degli anni Sessanta del secolo scorso «non pote[ss]e riconoscersi un'autonomia concettuale dal punto di vista sistematico» alla specialità del

equilibrio, infatti, pare del tutto estranea alla concezione del rapporto di lavoro subordinato propria del Legislatore del 1942, che con gli artt. 2094 ss. c.c. aveva inteso predisporre un corpo di norme volte a tutelare interessi particolari del lavoratore e non già interessi generali, come si è successivamente sostenuto per fondare l'inderogabilità delle norme giuslavoristiche⁷¹.

Se, in origine, non era intenzione del legislatore proteggere il lavoratore in ragione della sua debolezza, causata dalla disparità di potere contrattuale fra le parti, allora bisogna concludere che, al momento dell'emanazione del codice, il diritto del lavoro e il diritto civile erano accomunati da un'identità di *ratio*, sicché la previsione dell'art. 2126 c.c. può considerarsi un indice del fatto che già all'interno dell'impianto codicistico dell'invalidità vi sono casi in cui il contratto nullo non si qualifica per la sua assoluta e totale inefficacia.

diritto del lavoro, intesa come «dimensione autonoma di sviluppo, legittimante deroghe al diritto civile a livello di *ratio* oltre che di disciplina».

⁷¹ Nella Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile, al § 806, si afferma che «i rapporti tra l'imprenditore e i suoi dipendenti [sono] innalzati su un piano di collaborazione» e al § 843, si specifica che «la disciplina del lavoro subordinato nell'impresa è fondata sul principio e sul dovere di collaborazione, proclamato dalla Carta del lavoro; nello spirito dell'ordinamento corporativo la differenziazione delle categorie e degli interessi professionali non esclude, ma anzi concorre a cementare la loro solidarietà a servizio dell'interesse superiore della Nazione». Con specifico riferimento alla Sezione terza del Titolo secondo del Libro quinto, poi, il § 845 spiega che si tratta di un «corpo di norme organiche, semplici e precise, destinate a trovare applicazione qualunque sia il posto gerarchico occupato dal prestatore di lavoro nell'impresa, sia questi dirigente, impiegato o operario». Infine, per quanto specificamente riguarda l'art. 2126 c.c., al § 849 si chiarisce che «la tendenza legislativa è nel senso di ridurre al minimo le sanzioni di nullità, che nuocciono più che non giovino al prestatore di lavoro, come pure è nel senso di separare la sorte del rapporto da quella del suo contratto costitutivo, quando essendosi attuato l'uno sia riconosciuto o dichiarato nullo l'altro»; ciò, prosegue il § 861, «si giustifica, da una parte, per l'irrevocabilità degli effetti determinati dall'attuazione del rapporto di lavoro, dall'altra parte e soprattutto per l'esigenza di tutelare le legittime aspettative dei prestatori di lavoro col permettere ad essi di realizzare i benefici inerenti al lavoro compiuto, tanto se tali benefici siano attribuiti direttamente dalla legge o dalle norme corporative, quanto se dipendano esclusivamente dal contratto nullo o annullato. Si è solo logicamente eccettuato il caso che la nullità derivi dalla illiceità dell'oggetto o della causa, di cui non può non essere complice e quindi corresponsabile il prestatore».

Quanto si è detto sinora consente di trarre un primo ordine di conclusioni. Anzitutto, si può sostenere che, da sempre, siano state ricondotte nel perimetro di quel che si indica con il termine nullità situazioni assai differenti fra di loro e, pertanto, induce a chiedersi se ad esso sia mai, effettivamente corrisposto un istituto giuridico realmente unitario e omogeneo.

Un simile interrogativo, all'evidenza, reca inevitabilmente con sé il rischio che la categoria dell'invalidità – e, con essa, quella della nullità – soffra un processo di disgregazione all'apparenza irreversibile, in grado di comprometterne il fondamento positivo e, per tale via, di vanificare in radice la possibilità di ricondurre a sintesi la pluralità di fattispecie esistenti.

Su questo aspetto si ritornerà meglio nel prosieguo, quando, nel tentativo di fornire loro una sistemazione concettuale, si analizzeranno le varie figure di nullità introdotte dalla legislazione post ed extra-codicistica soprattutto di matrice europea, che deviano vistosamente dal canone descritto, perlopiù in punto di legittimazione attiva e, correlativamente, di efficacia⁷².

In secondo luogo, si può iniziare ad ammettere per ipotesi che la qualificazione di un contratto in termini di nullità non escluda radicalmente la possibilità che esso sia comunque dotato di una qualche forma di efficacia giuridica, si manifesti essa come produzione, ancorché transitoria, dei suoi effetti tipici – come accade nel caso dell'art. 2126 c.c. – ovvero di effetti distinti e ulteriori: dato, quest'ultimo, che si rivelerà di cruciale importanza per confutare le teorie strutturalistiche della nullità, di cui si dirà nel seguente paragrafo.

⁷² A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1571, evidenzia che, se «la legge restringe ad una parte la legittimazione ad agire, facendone dipendere che il vincolo sussista o cada, è impossibile negare che per l'altra parte non si siano prodotti gli effetti».

3. *La concezione strutturalistica tradizionale della nullità e i suoi limiti*

Lo schematicismo del codice civile in materia di invalidità – che si è illustrato in apertura del paragrafo precedente – risente della teoria della fattispecie⁷³, in auge all'epoca della sua entrata in vigore, che ha indotto la dottrina del tempo a rinvenire l'essenza del fenomeno invalidante in una qualche forma di imperfezione dell'atto, identificata nella mancanza o, in alternativa, nella patologia di uno dei suoi requisiti essenziali, come elencati all'art. 1325 c.c.⁷⁴.

Proprio da questa impostazione metodologica discende la definizione della nullità in termini di irrilevanza giuridica e dell'atto nullo di *quid facti* insuscettibile addirittura di una qualificazione negativa⁷⁵.

⁷³ La teoria della fattispecie – termine, quest'ultimo, che la dottrina civilistica italiana ha utilizzato per tradurre il vocabolo tedesco *Tatbestand*, impiegato per indicare l'insieme degli elementi fattuali che determinano l'applicabilità della sanzione penale – si è sviluppata in Germania, nell'ambito della scuola delle Pandette, ed è stata successivamente recepita in Italia: per una più approfondita esposizione della stessa si vedano R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331; ID., voce «*Fattispecie*», in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 1, nonché N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 74, ora in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984 e B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, 32. Secondo la definizione proposta da D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1938, rist. anast., Camerino, 1978, 3, la fattispecie sarebbe il «complesso degli elementi necessari per la produzione di un effetto o di un insieme di effetti». Seguendo tale impostazione, il negozio giuridico risulta essere la fattispecie dell'effetto: ciò significa che, data una norma giuridica che prevede una fattispecie astratta condizionante determinati effetti giuridici, ogniqualvolta la fattispecie concreta sia sussumibile nella fattispecie astratta insorgeranno gli effetti giuridici previsti dalla norma; viceversa, qualora la fattispecie concreta non sia sussumibile nella fattispecie astratta, essa andrà considerata assolutamente improduttiva di effetti giuridici.

⁷⁴ L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 334, ritiene che «si ha invalidità (nullità, annullabilità) quando manca o è viziato un elemento essenziale o costitutivo del negozio giuridico, se si vuole un elemento intrinseco del negozio»; nello stesso senso E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 469; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 240; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 61. Sul punto si vedano le critiche di R. TOMMASINI, voce «*Invalidità (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 576, il quale osserva come tale approccio, in assenza di un fondamento logico o fenomenologico della distinzione fra requisiti essenziali e non essenziali, «consent[a] solo una elencazione delle cause di invalidità, ma non permet[t]a una ricostruzione unitaria, su basi dogmatiche, della figura».

⁷⁵ N. IRTI, voce «*Rilevanza giuridica*», in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1094 e, spec., 1108, secondo cui il fatto giuridico «è il fatto che è come il diritto richiede che sia»; R. SCOGNAMIGLIO,

Se, infatti, si ritiene che il fatto giuridico sia la causa degli effetti giuridici⁷⁶ e, dunque, che un contratto sia in grado di produrre i propri effetti tipici solamente in forza della corrispondenza tra fattispecie concreta e fattispecie astratta normativamente prevista, la mancata corrispondenza tra l'una e l'altra determina una carenza di fattispecie che rende assolutamente impossibile qualificare come contratto quel determinato fatto storico e, di conseguenza, del tutto inconcepibile l'idea che esso, dal momento che versa in una condizione di totale irrilevanza giuridica, possa produrre un qualsivoglia effetto giuridico⁷⁷.

Per tale via, la teoria strutturalistica tradizionale, che risente di un'impostazione logico-riduzionista, ha condotto a una indebita sovrapposizione tra il concetto di nullità e quello, distinto, di inesistenza⁷⁸.

Fatto giuridico e fattispecie complessa, cit., 331; ID., voce «*Inefficacia (diritto privato)*», in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1988, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 1996, 161.)

⁷⁶ A monte di tale affermazione si staglia il complesso tema – che, in questa sede, non è possibile affrontare compiutamente – della natura che deve attribuirsi alla norma negoziale, per un approfondita esposizione del quale si rinvia ad A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, 1934, 30, che riduce il problema alla seguente alternativa: «se, cioè, l'attributo della giuridicità derivi dalla volontà o dalle volontà che pongono in essere [la norma negoziale], o se invece tale attributo sia derivato da una norma superiore, estranea alla volontà dei soggetti del negozio». In estrema sintesi, l'alternativa che si prospetta è quella tra tesi anti-normativistiche e tesi normativistiche: secondo le prime, l'autonomia privata costituirebbe un ordinamento primario e il diritto si limiterebbe a incorporare i regolamenti di interessi plasmati dai privati, la cui vincolatività si potrebbe apprezzare già a livello sociale, e quindi in un momento logicamente anteriore a quello in cui la legge gli conferisce una sanzione giuridica (così N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011, 59, secondo cui «il negozio nasce in una sfera anteriore al diritto dello Stato»); in base alle seconde, invece, il diritto recepirebbe e trasformerebbe in fattispecie tipiche tali regolamenti, le cui conseguenze vincolanti, pertanto, «non derivano propriamente dall'atto, ma dal fatto che un certo atto è stato compiuto, il quale quindi viene in considerazione come fattispecie prevista dalla legge perché le sue disposizioni trovino attuazione» (così SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 12).

⁷⁷ A. FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 57; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., 52. Sul processo che ha condotto all'equiparazione fra irrilevanza e inefficacia si veda anche la approfondita ricostruzione effettuata da V. SCALISI, *L'inefficacia*, in ID., *Il contratto in trasformazione*, cit., 6, ove ulteriori riferimenti bibliografici.

⁷⁸ Sulle differenze fra inesistenza e nullità si vedano G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983 e, nella letteratura più recente, F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali*

Tuttavia, l'inadeguatezza di questo approccio emerge piuttosto chiaramente laddove si consideri che, come si è appena visto, già nel codice civile – e sarebbe lapalissiano evidenziarne l'antiorità rispetto alla legislazione extra-codicistica di matrice europea, che ha introdotto fattispecie di nullità nelle quali l'inefficacia appare soltanto eventuale⁷⁹ – sono contemplate ipotesi in cui al negozio nullo è ricondotta la produzione di un qualche tipo di effetto giuridico⁸⁰.

Ciò induce a ritenere preferibile l'idea che il contratto, ancorché nullo, sia un fatto giuridicamente rilevante⁸¹ e che, come tale, sia oggetto di una qualificazione, seppur negativa, da parte dell'ordinamento giuridico⁸².

nell'evoluzione del sistema, cit., 271, il quale, muovendo da una impostazione strutturalistica, individua «nell'accordo la fattispecie minima del contratto esistente ancorché nullo».

⁷⁹ In questo senso S. POLIDORI, *op. ult. cit.*, 180, il quale sostiene addirittura che «la produzione di effetti giuridici [sia] ormai da considerare connotato regolare della nullità».

⁸⁰ In senso contrario B. DE GIOVANNI, *op. ult. cit.*, 66, il quale, muovendo dall'idea che gli effetti apparentemente riconducibili a un atto nullo vadano imputati piuttosto a una diversa e autonoma fattispecie, rilevante ancorché incapace di integrare lo schema negoziale, ritiene che «l'inefficacia necessaria [sia] condizione inderogabile d'imperio del concetto di nullità». Più di recente si veda S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, 42, il quale, valorizzando la distinzione fra rilevanza negoziale e giuridica – per la quale si rinvia ad A. CATAUDELLA, voce «*Fattispecie*», in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 936 – ritiene che il contratto nullo sia assolutamente inefficace ma rilevante giuridicamente nella misura in cui esso va a integrare una fattispecie complessa, e che sia quest'ultima, concepita quale fattispecie autonoma e distinta rispetto alla fattispecie che il contratto integrerebbe se fosse valido e rilevante negozialmente, a produrre gli effetti giuridici.

⁸¹ La dottrina giusprivatistica è divisa sul significato da attribuire alla nozione di rilevanza giuridica. A. FALZEA, voce «*Efficacia giuridica*», in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 462, ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997, 125; ID., voce «*Rilevanza giuridica*», in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 900 ritiene che la rilevanza, intesa quale attributo minimo e indefettibile della giuridicità, sia la situazione in cui versa un interesse rilevante per il diritto che, come tale, può accedere a una tutela preliminare e conservativa, ma non alla tutela satisfattiva che l'ordinamento accorda attraverso la concessione dell'efficacia giuridica. Secondo altra dottrina, la rilevanza va riferita al fatto giuridico – e non già all'interesse dallo stesso evidenziato – e ne esaurisce la dimensione di giuridicità; nel caso del negozio giuridico, poi, sarebbe la vincolatività del regolamento la situazione effettuale tipica in cui si risolverebbe la rilevanza giuridica (cfr., fra gli altri, R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, cit., 331; ID., voce «*Fattispecie*», cit., 1).

⁸² In questo senso V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., 627, secondo il quale «la valutazione in termini di validità/invalidità ha come presupposto necessario ed obbligato la rilevanza giuridica dell'interesse evidenziato dal fatto, ponendosi quale esito di una

A questa qualificazione negativa, poi, può eventualmente conseguire – e, di solito, consegue – la negazione dell’efficacia⁸³.

In quanto atto che non è in grado di realizzare autonomamente e immediatamente – ossia prescindendo dall’intervento dell’ordinamento giuridico – gli interessi ivi divisati dalle parti, il contratto⁸⁴ – e, più precisamente, gli interessi a rilevanza inattuosa che esso evidenzia⁸⁵ – devono infatti essere sottoposti a una verifica in ordine alla loro rilevanza⁸⁶ e alla regolarità, strutturale e funzionale, della loro venuta a esistenza e conseguente enunciazione⁸⁷.

ulteriore e distinta fase del processo di qualificazione normativa dell’interesse nella sua tensione verso la piena realizzazione».

⁸³ R. TOMMASINI, voce «Invalidità (dir. priv.)», cit., 577, ritiene che «l’invalidità giuridica presuppon[ga] un giudizio di disvalore dell’ordinamento rispetto a un comportamento umano che evidenzia interessi non meritevoli di tutela» e che questo giudizio in termini di validità-invalidità «indic[hi] la qualifica di un fatto della vita al fine dell’attribuzione o della negazione a esso di efficacia giuridica».

⁸⁴ A. FALZEA, *L’atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 34, ritiene che il contratto sia riconducibile al novero dei comportamenti significanti «che si esauriscono nell’evidenziare l’interesse e nel prospettarne il programma realizzativo». Sull’argomento si veda anche V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 58, che valorizza la funzione progettuale del contratto e, valorizzando l’attualità della relativa categoria, definisce il negozio giuridico come «la complessiva operazione risultante dalla confluenza di tre elementi distinti ma concorrenti: un interesse a rilevanza inattuosa, un programma pratico di azioni dirette alla sua realizzazione, una situazione finale rappresentata da corrispondenti effetti intesi a procurare l’attuazione giuridica dell’interesse».

⁸⁵ V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, cit., 597, definisce gli interessi a rilevanza inattuosa o programmatica come quegli interessi umani «che i soggetti non sono in grado di portare a compiuta e diretta realizzazione senza il preventivo e determinante intervento qualificativo dell’ordine giuridico» e cita, a titolo esemplificativo, l’interesse traslativo che connota i contratti a effetti reali. L’Autore, a p. 605, prosegue sottolineando come «tra l’interesse che chiede al diritto garanzia di realizzazione, e l’effetto deputato a fornire tale garanzia, sta il “programma” [...] che rende possibile la transizione dalla realtà pratica e sociale dell’interesse considerato alla realtà giuridica dei correlativi effetti».

⁸⁶ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della nullità*, cit., 624, definisce la rilevanza giuridica «dimensione assiologica tipica del fatto che costituisce o esprime interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento (art. 1322, 2° comma, c.c., con riferimento al contratto)».

⁸⁷ V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico*, cit., 613, ritiene che «l’ordinamento giuridico [sia] chiamato a verificare non solo la rilevanza dell’interesse in termini di meritevolezza e compatibilità, ma anche la regolarità del suo processo di formazione, in quanto già per precisa scelta di diritto positivo la mancanza di elementi costitutivi essenziali o di altri requisiti prescritti a pena di nullità (art. 1418 c.c.) impedisce il passaggio alla successiva fase (realizzativa) della produzione di effetti».

Soltanto un regolamento negoziale che esprima una programmazione sufficientemente determinata dal punto di vista soggettivo e oggettivo nonché dotata di un adeguato fondamento causale, infatti, può essere oggetto del processo di qualificazione giuridica finalizzato a valutarne la validità e, nel caso di esito positivo, ad attribuirgli quell'efficacia necessaria affinché gli interessi pratici perseguiti dalle parti possano trovare integralmente attuazione⁸⁸.

Pertanto, è proprio il regolamento negoziale a costituire il medio logico sul quale si appunta il giudizio normativo in termini di validità o invalidità, il cui risultato dipende, rispettivamente, dalla regolarità o dalla irregolarità del procedimento di formazione e/o di conformazione del contratto.

Allora, l'incapacità del regolamento di produrre stabilmente e definitivamente i suoi effetti giuridici tipici – situazione che, a livello concettuale, coincide con l'invalidità⁸⁹ – precede l'inefficacia e, per questo, non va confusa con quest'ultima, che ne costituisce soltanto una conseguenza⁹⁰.

In questa prospettiva, l'inefficacia si configura come l'esito meramente eventuale di un processo di valutazione – della giuridicità, prima, e della conformità

⁸⁸ V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico*, cit., 601, secondo cui è necessari che «il diritto, prima di ammettere a realizzazione l'interesse, verifichi in sede di disposizione della correlativa situazione giuridica effettuale che l'interesse in questione non sia incompatibile, oltre che con gli interessi individuali di altri *cives*, anche con il sistema degli interessi comuni e l'interesse fondamentale della comunità giuridica, che degli uni e degli altri esprime la sintesi assiologica onnicomprensiva. Solo dopo sarà possibile valutare se, avuto riguardo alla totalità dei valori sostanziali e reali dell'ordinamento, l'interesse possa riconoscersi siccome meritevole di tutela e conseguentemente trovare attuazione con la statuizione di un correlativo sistema di effetti giuridici».

⁸⁹ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., 629, secondo cui «le cause di invalidità sono perfettamente speculari agli elementi o requisiti normativamente richiesti allo scopo di garantire che regolamento e programma siano in grado di portare a compiuta realizzazione l'interesse già apprezzato siccome rilevante».

⁹⁰ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., 619, sottolinea a più riprese che dall'inefficacia non può inferirsi l'invalidità: stante l'autonomia che intercorre tra le due categorie concettuali, infatti, può ben aversi un contratto valido e ciò nonostante inefficace in ragione di fattori esterni (c.d. inefficacia in senso stretto), così come si danno ipotesi di efficacia del contratto invalido.

al dettato normativo, poi – che si articola in tre momenti logicamente e cronologicamente distinti. Questi momenti consistono in un giudizio sulla rilevanza, in un giudizio sulla validità e, da ultimo, in un giudizio sull'efficacia, ovvero sia sul trattamento giuridico da riservare al contratto affetto da nullità⁹¹.

Se la circostanza che rende un contratto giuridicamente rilevante è la materiale esistenza di una regolamentazione espressiva di interessi che l'ordinamento è tenuto a prendere in considerazione in quanto meritevoli *ex art. 1322, 2° comma, c.c.*, l'inefficacia non si configura più come un predicato necessario della nullità, bensì come un mezzo attraverso il quale l'ordinamento, laddove lo ritenga necessario, impedisce che siffatta regolamentazione si traduca in un vincolo giuridico avente forza di legge fra le parti, le quali non potranno far ricorso all'apparato coercitivo pubblico-giudiziario per l'attuazione del contratto nullo.

Questa ricostruzione ha il pregio di fornire una spiegazione adeguata di quei casi in cui un contratto nullo produce effetti tipici suoi propri⁹².

Ritenere che, in linea teorica, la produzione di effetti giuridici da parte di un contratto nullo sia ammissibile in ragione della sua rilevanza⁹³, infatti, consente di confutare la tesi della sua necessaria, assoluta inefficacia – che, come si è visto, si fonda sulla coppia concettuale fattispecie/effetto e ha quali corollari l'insanabilità,

⁹¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 455, parla di «trattamento giuridico [...] delle possibili anormalità del negozio». A. GENTILI, *op. loc. ult. cit.*, preferisce parlare, anziché di contratto valido ed efficace, di «contratto che offre un titolo a certe pretese».

⁹² Oltre alle ipotesi analizzate in precedenza, si fa qui riferimento alle c.d. nullità di protezione e alle nullità parziali non soggette alla regola dell'art. 1419 c.c., che risultano produttive di effetti «più o meno ampi, più o meno estesi, più o meno eliminabili o transitori» (così V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 647), ma comunque ben diversi da quelli riconducibili ai casi di c.d. efficacia eccezionale del contratto nullo. Non a caso, rispetto a questi casi, chi nella letteratura più recente ha adottato un'impostazione strutturalista ha dovuto concludere che «la divergenza della disciplina rispetto a quella degli artt. 1418 ss. c.c. fa fuoriuscire il fenomeno [...] dall'ambito della nullità» (F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, cit., 93).

⁹³ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 11, parla della nullità come di una «disciplina di effetti del contratto rilevante, in tutto o in parte non congruenti con il regolamento posto dai privati».

l'assolutezza e l'imprescrittibilità della nullità – e, in questo modo, di superare agevolmente le difficoltà che incontra nell'esprimere un potenziale conoscitivo e precettivo rispetto alla realtà normativa contemporanea⁹⁴.

4. *La prospettiva funzionalista, la nullità virtuale e l'art. 2035 c.c.*

Ampliando l'angolo di campo, il progressivo distacco dal pensiero astratto e concettualizzante ha condotto a un ripensamento critico della categoria negoziale: emblematico, in tal senso, è il rifiuto bettiano del volontarismo soggettivistico e dell'individualismo liberale in nome della funzione sociale del diritto privato⁹⁵, che è riassumibile nell'idea – pur influenzata dal contesto politico in cui versava l'Italia all'epoca – che l'autonomia privata non costituisca una libertà sconfinata, ma che, al contrario, essa possa e debba esser sottoposta a limiti rispondenti alle preminenti finalità sociali perseguite dall'ordinamento positivo⁹⁶.

⁹⁴ U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 176, ha messo in luce l'intervenuta «rottura del nesso rigido fra la categoria della nullità e i corollari codificati».

⁹⁵ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 171, sostiene che «occorre portare, specie nell'ambiente della società moderna, un grado di sensibilità sociale, del quale il vecchio individualismo dei giuristi non aveva sentore». Già tre anni prima – la seconda edizione della *Teoria generale del negozio giuridico*, da cui è tratta l'ultima citazione, risale infatti al 1950 – l'Autore, ne *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in *Giur. It.*, 1947, 136, replicando alle critiche mosse da G. Stolfi, aveva espressamente affermato che «l'autonomia privata non si esaurisce in un fatto psicologico individuale come la volontà, ma attiene alla vita di relazione e configura un fenomeno sociale».

⁹⁶ S. PATTI, *La funzione sociale nella "civilistica italiana" dell'ultimo secolo*, in F. MACARIO-M. MILETTI (a cura di) *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, 23; M. MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane di una formula*, ivi, 9, ove è riportata la seguente citazione, nella quale il Maestro camerte, commentando la propria collaborazione alla preparazione del Libro quarto del codice civile, esprimeva la «convincione che si dovesse respingere l'orientamento individualistico del vecchio codice e assoggettare l'autonomia privata a limiti ed oneri rispondenti a fondamentali esigenze d'interesse sociale, come quelle della chiarezza e della buona fede, senza tuttavia menomare l'iniziativa individuale» (E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, Padova, 2014, 39). N. IRTI, *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in ID., *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 1, evidenzia come il latente anti-normativismo di Betti – che emerge dalla concezione, per così dire, naturalistica del negozio giuridico, inteso come auto-regolamentazione di interessi che il sistema giuridico si limita a riconoscere per attribuirgli cogenza normativa (v. *supra*, nt. 75) – coesista con una pretesa conformativa, che si manifesta appieno

È nel solco di questa riflessione che, attraverso un processo che sarebbe giunto a maturazione soltanto due decenni più tardi, negli anni Settanta del secolo scorso, è andata evolvendosi la teoria del contratto⁹⁷.

A riprova di ciò può osservarsi che risalgono proprio a quel periodo gli studi di S. Rodotà sulle fonti di integrazione del contratto, che hanno portato allo scoperto la necessità, ancora adesso attuale, «di guardare al contenuto contrattuale come il risultato di un concorso di fonti diverse dalla sola volontà delle parti, per la tutela di interessi certo immediatamente riferibili ad una di esse, ma in cui si riflettono manifestamente anche finalità d'ordine generale, non riducibili esclusivamente alla tutela del corretto funzionamento del mercato»⁹⁸.

Può dunque dirsi che la reinterpretazione in chiave funzionalista dell'atto di autonomia e della sua patologia – che ha consentito alla dimensione economico-sociale del conflitto che esso sottende di emergere pienamente – affondi le sue radici in quello che è stato definito «processo di secolarizzazione della teoria del contratto», con ciò intendendosi quella «erosione dello schema formale della fattispecie» che, in definitiva, ha sancito il «passaggio dalla astoricità delle strutture formali alla storicità e finitezza di funzioni e rapporti»⁹⁹.

nell'idea che l'ordinamento debba incanalare l'autonomia privata entro tipi contrattuali predeterminati, che già presuppongono un certo ordinamento dell'economia e della società.

⁹⁷ F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *Studi in onore di N. Lipari*, II, Milano, 2008, 1491, ove il riferimento all'opera di S. Rodotà, di cui si darà conto a breve; ID., *L'autonomia privata*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, 119; L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni Settanta*, in ID. (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, cit., 1.

⁹⁸ S. RODOTÀ, *Introduzione a Le fonti di integrazione del contratto* (1969), rist. integrata, Milano, 2004, V; si precisa che l'introduzione da cui è tratta la citazione non è presente nella prima edizione.

⁹⁹ E. SCODITTI, *Modernità e finitezza*, in *Democrazia e diritto*, 1991, 349. Al riguardo, è imprescindibile il riferimento a N. Bobbio, il quale, nell'espone la teoria funzionalistica del diritto, non manca di osservare che «il diritto è, rispetto al sistema sociale considerato nel suo complesso in tutte le sue articolazioni e in tutte le sue interrelazioni, un sottosistema che sta accanto, e in parte si sovrappone e in parte si contrappone, ad altri sottosistemi, quali l'economico, il culturale, il politico» e che «ciò che lo distingue come sottosistema dagli altri sottosistemi, insieme ai quali costituisce il sistema sociale nel suo complesso, è la funzione» (N. BOBBIO, *Premessa a Dalla struttura alla funzione*:

Infatti, il riconoscimento del fatto che il rapporto negoziale – essendo espressione dell’assetto di interessi perseguito, in concreto, dai contraenti – si colloca su di un piano concettualmente distinto e indipendente rispetto a quello dell’atto e della sua struttura è stato un fattore determinante nell’indurre gli studiosi dell’autonomia privata a riconsiderare l’intero fenomeno contrattuale dal punto di vista della produzione degli effetti giuridici¹⁰⁰ e, in questo quadro, per chi ha mosso dall’art. 1374 c.c., ad attribuire rilevanza a interessi diversi e, in ipotesi, confliggenti con quelli avuti di mira dalle parti del contratto¹⁰¹.

nuovi studi di teoria del diritto, Roma, 2007, 24 e, *amplius*, ID., *Diritto e scienze sociali*, ivi, 63). Quanto alla genesi storica, l’Autore – secondo il quale «la prospettiva funzionalistica del diritto deve una parte della sua attuale fortuna al peso sempre maggiore del marxismo, dei vari marxismi, nelle scienze sociali», come dimostrato dal fatto che «ciò che Marx ed Engels avevano aggiunto alla definizione tradizionale del diritto come ordinamento coattivo era la determinazione della sua funzione, il dominio di classe» – imputa e ricollega «lo scarso interesse per il problema della funzione sociale del diritto nella teoria generale del diritto dominante sino ai giorni nostri [...] al rilievo che i grandi teorici del diritto, da Jhering a Kelsen, hanno dato al diritto come strumento specifico, la cui specificità non deriva dai fini cui serve ma dal modo con cui i fini, quali che siano, vengono perseguiti e raggiunti» (ID., *L’analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, ivi, 113, 115, 117, ma originariamente comparso con il titolo *Intorno all’analisi funzionale del diritto*, in *Sociologia del diritto*, 1975, 1). Dopo aver avvertito delle difficoltà che le teorie strutturali – con il loro anti-teleologismo – hanno incontrato in seguito alla transizione dallo Stato liberale allo Stato sociale, nel quale alla tradizionale funzione preventiva e repressiva si affianca la funzione promozionale, l’Autore suggerisce quindi di analizzare il diritto, «dal punto di vista funzionale, come forma di controllo e di direzione sociale», evidenziando che «la funzione di un ordinamento giuridico non è solo quella di controllare i comportamenti degli individui, il che può essere ottenuto attraverso la tecnica delle sanzioni negative, ma anche quella di dirigere i comportamenti verso certi obiettivi prestabiliti, il che può essere ottenuto preferibilmente attraverso la tecnica delle sanzioni positive e degli incentivi» (ID., *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, ivi, 84 e, spec., 111).

¹⁰⁰ Il riferimento corre obbligato, in primo luogo, a S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici* (1945), ed. rivista e aggiornata a cura di A. Falzea, Milano, 1996, 58, secondo cui la norma può comprimere la volontà negoziale dei privati, che viene concepita come l’elemento materiale del fatto giuridico: «se il diritto impone certi effetti come tipici e inderogabili, ponendo per essi un limite insuperabile dalla volontà privata, in funzione della necessità di contemperare interessi pubblici e privati, d’altra parte lascia alla volontà medesima un margine più o meno esteso entro il quale essa può volere determinati effetti o escluderne altri, modificando, integrando o specificando lo schema giuridico, in modo che gli effetti predisposti dal diritto coincidano con il risultato concreto che il privato mira a conseguire a tutela del proprio interesse».

¹⁰¹ S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni*, in *Stato e diritto*, 1942, 26, ora in ID., *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, cit., 174, che pur riteneva che l’art. 1374 c.c. avesse scarsa portata pratica; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 178.

È in questo contesto storico-culturale che si è originata e ha preso compiutamente forma una concezione assiologica ed empirico-realistica del diritto¹⁰², secondo cui – essendo l’ordinamento un «sistema di interessi, cioè di valori reali oggettivi»¹⁰³ – «ciò che veramente caratterizza un fenomeno giuridico è sempre l’effetto giuridico, il quale traduce nell’ambito della norma la classe di valori o interessi umani a cui il diritto intende dar tutela»¹⁰⁴.

La centralità assunta dal concetto di interesse ha condotto a un’originale rielaborazione teorica della nozione di rilevanza giuridica¹⁰⁵, la quale, come si è visto nello scorso paragrafo, è assunta al rango di categoria autonoma ancorché strettamente connessa a quella dell’efficacia, che, in quest’ottica, si sostanzia nell’attribuzione di un valore – di necessità o di possibilità – a un fatto umano implicante un conflitto di interessi già qualificato come rilevante dall’ordinamento¹⁰⁶.

¹⁰² Si fa chiaramente riferimento al pensiero di A. Falzea, su cui si veda V. SCALISI, *Fonti – Teoria – Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell’epoca della post-modernità*, Milano, 2012, 168, che offre, nell’ambito di una più ampia ricostruzione sui professori del genere civilistico istituzionale a Messina, un rapido ma approfondito *excursus* sull’itinerario scientifico dell’illustre Autore, definito «l’erede di S. Pugliatti», avendone rappresentato «l’allievo principale e il continuatore più autentico»; sulla figura di A. Falzea si veda anche G. OPPO, *Tecnica giuridica e animi negli scritti di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 338. Sulla scuola di Messina, in generale, si rinvia a N. IRTI, *La scuola di Messina*, in ID., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, 139.

¹⁰³ A. FALZEA, voce «Efficacia giuridica», cit., 455, per cui tale sistema «deriva, per sua sostanza, da una vita comune e si manifesta, più o meno formalmente, in una comune esperienza e cultura».

¹⁰⁴ A. FALZEA, voce «Accertamento (teoria generale)», in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 205, ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 206.; ID., voce «Efficacia giuridica», cit., 462, muovendo da una «non superficiale presa di contatto con la teoria filosofica dei valori, anche considerato il larghissimo impiego che se ne fa, specialmente in Germania, tanto nella filosofia del diritto quanto nella metodologia (e persino nella dogmatica) della scienza del diritto», afferma che «ciò che in termini di causalità si chiama l’effetto giuridico è in più corretti termini niente altro che un peculiare valore, il valore giuridico» (per tale intendendosi, se si è ben capito, quel “dover essere ideale” che Kelsen definisce *Sollen*).

¹⁰⁵ A. FALZEA, voce «Rilevanza giuridica», cit., 901, la definisce «la situazione speciale di un interesse preso in considerazione dal diritto ma in grado soltanto di pretendere la garanzia giuridica della propria conservazione e non ancora la garanzia giuridica della propria realizzazione. L’interesse rilevante produce mere aspettative; l’interesse efficace produce diritti pieni».

¹⁰⁶ V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico*, cit. 603. Sul punto si veda anche P. SIRENA, *La teoria dell’efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1005.

Per quanto riguarda il contratto, ciò si concretizza nella predisposizione dei mezzi necessari affinché possano trovare attuazione solamente quegli interessi a rilevanza inattuosa che, essendo coerenti con i valori che esprime il sistema giuridico in un determinato momento storico, risultano meritevoli di essere tradotti in altrettanti diritti soggettivi: questo avviene attraverso l'attribuzione di un valore di doverosità a quei comportamenti ai quali le parti contraenti hanno demandato la soddisfazione dei suddetti interessi.

Questa impostazione teorica – che presuppone che il diritto svolga un ruolo ordinante rispetto ai rapporti sociali¹⁰⁷ – dischiude nuove prospettive di indagine in materia di invalidità: se l'ordinamento, concedendo o negando il proprio assenso alla produzione di effetti giuridici, mira ad orientare i comportamenti dei consociati, in questa chiave deve essere riletta pure l'inefficacia che consegue a quella qualificazione negativa in cui, come si è illustrato precedentemente, si compendia il giudizio di disvalore in termini di nullità¹⁰⁸.

Un simile approccio pare suffragato dalla previsione del 1° comma dell'art. 1418 c.c., in base al quale il contratto contrario a norme imperative è nullo, salvo che la legge disponga diversamente¹⁰⁹.

¹⁰⁷ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*⁶, Milano, 2008, 392, afferma che «le regole del diritto, qualunque sia la loro fonte, vogliono orientare i comportamenti dei consociati, privati soggetti e organi pubblici, verso la realizzazione degli interessi giuridici. Anzi, è in questa funzione di direzione e di orientamento delle forze individuali e collettive che sta il compito del diritto, non essendo sufficiente a fare di esso un fenomeno della realtà sociale la mera rilevazione degli interessi comuni eminenti e non potendo per contro spingersi la sua influenza fino al punto di fornire l'assicurazione incondizionata della loro realizzazione».

¹⁰⁸ R. TOMMASINI, voce «Invalidità (dir. priv.)», cit., 579, ritiene che, benché «l'atto di autonomia prospett[i] l'interesse dei soggetti che possono liberamente “foggiare” il contenuto negoziale – da ciò prende rilievo la distinzione tra comportamenti negoziali e gli altri fatti – è l'ordinamento che garantisce la realizzazione dell'interesse prospettato, adeguando gli effetti giuridici al contenuto della dichiarazione negoziale. Una valutazione negativa degli interessi negoziali, alla luce dei valori espressi dall'intero sistema, esclude, però, la garanzia, e l'atto è improduttivo di effetti o quantomeno dei suoi effetti definitivi».

¹⁰⁹ Sul 1° comma dell'art. 1418 c.c. si vedano: G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, 1993;

Essa è indicativa del fatto che il controllo di validità previsto dal codice non è di tipo meramente strutturale, ma anche funzionale¹¹⁰.

La nullità virtuale¹¹¹, infatti, colpisce il contratto non tanto perché difforme dalla fattispecie astratta prevista dal legislatore, bensì in quanto esso risulti espressivo di un regolamento di interessi che travalica quel limite imposto all'autonomia privata e che è rappresentato dalla norma imperativa¹¹².

A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. D'AMICO, voce «Nullità non testuale», in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 810, il quale osserva che, in definitiva, «la contrarietà del contratto a “norme imperative” potenzialmente rilevante ai fini del comma 1° dell'art. 1418 c.c. sembra dunque potersi prospettare (almeno in astratto) o quando l'ordinamento riprova (e, pertanto, proibisce) il regolamento contrattuale, o quando esso vieta la conclusione del contratto a (o tra) determinati soggetti (in assoluto, ovvero in mancanza di abilitazioni o iscrizioni in albi o registri, ovvero in mancanza di altri requisiti legittimanti etc), oppure quando difettino o risultino “viziati” determinati presupposti oggettivi (autorizzazioni, procedimenti amministrativi che devono precedere la conclusione di contratti da parte della Pubblica Amministrazione etc), o infine quando la norma proibisce alcune modalità (temporali, spaziali o di altra natura) di svolgimento dell'attività negoziale».

¹¹⁰ La Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile, al § 649, chiarisce infatti che «la violazione delle norme imperative della legge è ricordata quale ragione autonoma di nullità del contratto per comprendere anche le ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita».

¹¹¹ La nullità per contrarietà a norme imperative è definita virtuale in quanto «inespressa, ma implicita nella natura imperativa della norma», così G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità negoziale (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, cit., 367, il quale sottolinea che anche questa previsione normativa risente dell'influenza del pensiero tedesco, come dimostra il fatto che il §134 *BGB* stabilisca un principio sostanzialmente analogo laddove prescrive che «un negozio che contrasta con un divieto legale è nullo, se dalla legge non risulta diversamente».

¹¹² Tradizionalmente, sono state repute imperative le norme inderogabili poste a presidio di interessi pubblici, sicché la disposizione non solo non è derogabile ad opera delle parti, ma neppure è dato rinvenire nella legge o in altre fonti a essa equiparate eccezioni o altri tipi di deroghe (M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, cit., 39; della stessa Autrice, si veda anche *Norme imperative invalidanti: nullità “virtuali” di protezione?*, cit., 179, spec. nt. 12, ove ulteriori riferimenti bibliografici). La natura pubblica dell'interesse presidiato, poi, andrebbe desunta dal fatto che la norma esprima una regola di ordine pubblico o di buon costume (ma, in senso contrario, G.B. FERRI, voce «Ordine pubblico (diritto civile)», in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, 1038, secondo cui, benché l'art. 1343 c.c. ne faccia menzione congiuntamente, l'ordine pubblico, il buon costume e l'imperatività restano concetti distinti, per quanto tutti operanti come criteri di valutazione della liceità dell'agire negoziale dei privati). Questa impostazione è stata messa in crisi dall'emersione delle norme imperative riconducibili al c.d. ordine pubblico di protezione, poste a tutela di interessi speciali di cui sono portatrici determinate categorie di soggetti (sulla inadeguatezza della distinzione tra interesse generale e interesse speciale quale criterio da cui desumere l'imperatività di una norma si vedano le osservazioni critiche di A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 84, secondo cui «la stessa tutela di un interesse

Integrando un giudizio di disvalore rispetto a quei regolamenti che, confliggendo con l'assetto di interessi sancito dalla norma imperativa, sono di fatto incompatibili con esso¹¹³, la nullità virtuale può considerarsi uno strumento di cui l'ordinamento giuridico si serve per esercitare un controllo sull'esercizio della libertà contrattuale¹¹⁴, similmente a quel che accade, a toni invertiti, attraverso i meccanismi di determinazione e sostituzione eteronoma¹¹⁵.

Colpendo contratti strutturalmente perfetti ma i cui effetti contrastano con norme o principi che incorporano scelte politiche dell'ordinamento, la nullità del contratto illegale – e, a maggior ragione, quella del contratto illecito¹¹⁶ – sono state definite nullità *politiche* o, ancora, *da disvalore*¹¹⁷.

particolare può assurgere a fine generale di una normazione e, in tal modo, giustificare la nullità» e, ancor prima, di P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 21, secondo cui è «possibile che l'interesse della collettività esiga, per essere tutelato e realizzato, la realizzazione e la tutela dell'interesse del singolo»). Anche in queste ipotesi, tuttavia, si può constatare che l'interesse protetto dalla norma imperativa, benché particolare, è indisponibile, come dimostra il fatto che le parti non vi possano convenzionalmente derogare, quantomeno in senso peggiorativo (ritiene che si debba «accertare la sussistenza di uno specifico elemento di indisponibilità nella disciplina dei rimedi e delle sanzioni» per affermare la natura imperativa della norma A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 46).

¹¹³ M. BARCELLONA, *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, cit., 69, ritiene che «ricorre la *ratio* della nullità virtuale tutte le volte in cui la permanenza dell'assetto giuridico-materiale programmato dal contratto appaia in sé oggettivamente o soggettivamente del tutto incompatibile con l'assetto programmato dalla norma violata».

¹¹⁴ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., 160, parla delle norme imperative come di un «limite funzionale» alla «libera autonomia contrattuale»; R. TOMMASINI, voce «Nullità (*dir. priv.*)», in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 876, ritiene che la nullità sia posta a «tutela degli interessi generali che si intendono preservare dalle iniziative individuali».

¹¹⁵ Ci si riferisce a quei limiti legali all'autonomia privata rappresentati anzitutto dal 2° comma dell'art. 1419 c.c., in base al quale la nullità di singole clausole non comporta la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, nonché dall'art. 1339 c.c., in base al quale le clausole e/o i prezzi di beni o di servizi imposti dalla legge sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti.

¹¹⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 701, spiega la differenza come segue: «il contratto è illecito, quando il contrasto con la norma imperativa (o l'ordine pubblico o il buon costume) investe la causa o l'oggetto o il motivo comune o la condizione. È semplicemente illegale, quando viola la norma imperativa sotto profili diversi da quelli appena richiamati».

¹¹⁷ A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 73, parla di nullità «da disvalore»; V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 699, parla di «nullità politiche», con tale espressione riferendosi a «quelle che colpiscono i contratti (in ipotesi

In queste ipotesi, l'inefficacia appare chiaramente preordinata a impedire che il contratto disapprovato produca i suoi effetti, poiché questi, inevitabilmente, andrebbero a ledere i valori sottesi alla norma e/o ai principi violati, vanificando la protezione approntata dall'ordinamento giuridico¹¹⁸.

In proposito, è opportuno ricordare che, secondo un'autorevole voce dottrinale, nemmeno le nullità strutturali in senso stretto¹¹⁹ – ovverosia quelle che dipendono dalla mancanza nel contratto di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. o dalla mancanza nell'oggetto di uno dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c., ad eccezione di quello della liceità¹²⁰ – dipenderebbero realmente da una carenza di

senzati e completi, ma) disapprovati dall'ordinamento, perché *contrastanti con valori o scelte politiche dell'ordinamento* stesso». Queste posizioni sembrano riecheggiare, almeno in parte, la concezione della nullità come sanzione: originariamente sviluppata in Francia da R. Japiot, essa era stata successivamente recepita da una parte della dottrina italiana, che riteneva di rinvenire l'essenza dell'invalidità nel suo essere una sanzione conseguente alla violazione di una norma positiva (così, a titolo esemplificativo, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 88, secondo cui nullità e annullabilità sono «sanzioni obiettive, nel senso che l'unico presupposto della loro ammissibilità sta nella violazione della legge»). In epoca successiva, tuttavia, è stata autorevolmente negata la possibilità di qualificare la nullità in termini di sanzione, quantomeno da un punto di vista strettamente tecnico: in proposito si rinvia a N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, 542, il quale – coerentemente con la definizione di sanzione enucleata in via generale da N. BOBBIO, voce «Sanzione», in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 535 – ha valorizzato la distinzione fra *posse e licere* ed evidenziato che, mentre la sanzione presuppone una condotta vietata dall'ordinamento giuridico e serve a evitare che tale condotta sia posta in essere, la nullità presuppone l'esistenza di un comportamento negoziale astrattamente approvato dall'ordinamento giuridico ma, in concreto, giudicato inidoneo alla produzione degli effetti voluti dalle parti, che restano così delusi o comunque frustrati; pertanto, tale inidoneità rende l'atto negoziale nullo inutile senza che a tal fine si renda necessaria un'ulteriore fase esecutiva, che è invece necessaria affinché la sanzione abbia attuazione.

¹¹⁸ U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA-U. BRECCIA-A. LISERRE, *Il contratto in generale*, III, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, Torino, 1999, 127, rimarca che si deve guardare agli effetti del contratto onde valutarne l'incompatibilità con la norma imperativa che si assume violata.

¹¹⁹ A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 41, non a caso le definisce «nullità-fattispecie».

¹²⁰ Quanto ai confini fra illiceità dell'oggetto – che integra sicuramente un'ipotesi di nullità da disvalore – e impossibilità giuridica – la cui qualificazione, invece, è meno certa – V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 326, afferma che «l'oggetto è illecito quando la prestazione contrattuale è direttamente vietata per sé stessa da una norma: ad es. pagare in contanti una somma superiore a quella consentita dalle norme antiriciclaggio [...] Inoltre l'oggetto è illecito quando la prestazione, pur non vietata in sé, è direttamente strumentale a un risultato vietato: ad es. appalto per realizzare un edificio in una zona dove è proibito edificare. Invece l'oggetto è giuridicamente impossibile quando non è la prestazione a essere strumentale al risultato proibito dalla legge, bensì è il risultato proibito a essere strumentale

fattispecie, nel senso che si è specificato nel precedente paragrafo: anche in questi casi, che sono ritenuti «espressione legale di una irrazionalità della scelta contrattuale», il giudizio in termini di invalidità e la conseguente negazione di efficacia giuridica dipenderebbero dalla scelta dell'ordinamento di non dotare di quella forza in senso lato coercitiva regolamenti contrattuali espressivi di un assetto di interessi intrinsecamente inutile se non, addirittura, insensato¹²¹.

Un altro indice del fatto che il diritto svolge un ruolo ordinante dei rapporti sociali è offerto dall'art. 2035 c.c., che priva il *solvens* dell'azione di ripetizione se costui ha eseguito la prestazione per uno scopo che, sia da parte sua che da parte dell'*accipiens*, costituisce un'offesa al buon costume.

In questa ipotesi, dal momento che il contratto è nullo, ai contraenti non è accordata azione per l'adempimento. Tuttavia, qualora il *solvens*, nonostante non vi fosse obbligato, abbia spontaneamente adempiuto la prestazione *ob turpem causam*, l'immoralità della stessa rappresenta un fatto preclusivo rispetto all'azione di ripetizione dell'indebito: dal contratto immorale, quindi, non scaturisce alcun effetto se non quello, distinto e ulteriore rispetto a quanto perseguito dalle parti con il regolamento non meritevole, della *soluti retentio*¹²².

alla prestazione, che ne dipende: ad es. locazione di bene futuro, consistente in un edificio da costruire in zona edificabile».

¹²¹ A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, cit., 80, 138, ove parla di «regole private del tutto irrazionali sul piano semantico». L'Autore, *ivi*, 120, sottolinea che «i contratti privi di un definito accordo, di un soggetto reale, di un oggetto esistente, determinato, possibile, sono nulli in tutti i sistemi giuridici» poiché in essi manca il «presupposto logico e semantico della rilevabilità di una compiuta scelta negoziale», mentre «i contratti privi di causa sono nulli» poiché «la regola dello scambio vale giuridicamente se esprime una piena razionalità strumentale, cioè capacità di soddisfare efficacemente bisogni effettivi»; in queste ipotesi l'invalidità è «per forza logica, e quindi per obbligata scelta legale, necessaria, totale, assoluta, definitiva. Nel primo caso perché non dandosi una regola dello scambio il legislatore neppure saprebbe cosa rendere vincolante e coercibile. Nel secondo perché mancando sicuramente di utilità lo scambio sarebbe del tutto inefficiente e quindi del tutto ingiustificato, senza rimedio».

¹²² P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, 26, specifica infatti che l'art. 2035 c.c. «va interpretato come negazione della sola pretesa personale alla restituzione basata sul pagamento, e, pertanto, qualora si tratti di cosa certa e determinata, il *solvens* conserva il diritto di esperire

La previsione dell'art. 2035 c.c. costituisce dunque un'eccezione alla regola generale fissata dall'art. 2033 c.c., in base al quale chi ha eseguito un pagamento indebito ha diritto di ripetere ciò che ha pagato.

Tuttavia, a differenza di altre ipotesi, soltanto apparentemente analoghe, nelle quali la legge prescrive l'irripetibilità del pagamento – si pensi anzitutto all'art. 2034 c.c., che stabilisce in via generale che non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di un'obbligazione naturale, ma anche agli artt. 2940, 1933, comma 2° e 1185, comma 2°, c.c. – nella fattispecie disciplinata dall'art. 2035 c.c. non è riscontrabile una giusta causa dell'attribuzione patrimoniale¹²³, che resta pertanto indebita e, dunque, inidonea a fondare l'effetto traslativo programmato con il contratto turpe¹²⁴.

l'azione reale, naturalmente sobbarcandosi del relativo onere probatorio»; nello stesso senso D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, 121; S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul problema traslativo dei diritti*, Padova, 1997, 244; ID., *Della irripetibilità delle prestazioni "ob turpem causam" nel sistema del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 726; A. ALBANESE, *Immoralità, illiceità e soluti retentio*, in *Corr. giur.*, 2005, 871. In senso contrario D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 c.c. tra vecchie e nuove "immoralità"*, Napoli, 1995, 51; ID., *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 506; ID., *La rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 345, il quale ritiene che il *solvens* non sia legittimato alla *rei vindicatio* poiché il contratto, ancorché immorale, costituirebbe un fatto materiale che – laddove seguito dalla volontaria esecuzione – sarebbe in grado di giustificare lo spostamento patrimoniale e costituirebbe dunque un valido titolo d'acquisto a favore dell'*accipiens*.

¹²³ Quale è, invece, il dovere sociale o morale: sul punto si rinvia a M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1968, 120 e, spec., 131, il quale, tuttavia, ritiene che l'art. 2035 c.c., eccezionalmente, attribuisca rilevanza a un rapporto illecito, nel senso che la materiale esistenza del contratto, ancorché nullo, sarebbe sufficiente a legittimare l'attribuzione patrimoniale a favore dell'*accipiens*, pur non trattandosi di un adempimento in senso tecnico. L'idea di fondo sembra esser presente anche in U. BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, 185, secondo il quale, benché in capo al *solvens* non sussista alcun obbligo di adempiere, stante la nullità del contratto, l'attribuzione patrimoniale spontaneamente realizzata dal *solvens* risulterebbe ugualmente giustificata, collocandosi sul piano del rapporto negoziale e prescindendo quindi dal piano dell'atto e della sua perfezione strutturale.

¹²⁴ E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti "private" delle obbligazioni*, Padova, 1999, 489, secondo cui l'adempimento di un'obbligazione naturale costituirebbe un autonomo modo di acquisto a titolo derivativo della proprietà; concordemente L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, Milano, 2004, 77.

Per quanto riguarda il fondamento della norma in questione, si è tradizionalmente ritenuto che essa costituisca la codificazione del principio “*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*”, che risponderebbe alla necessità di escludere dalla tutela restitutoria quei soggetti che, per accedervi, dovrebbero allegare in giudizio il fatto della propria immoralità¹²⁵.

Tuttavia, muovendo dalla constatazione della progressiva compressione dell’ambito di operatività della norma ad opera della giurisprudenza, negli anni Sessanta del secolo scorso è stato messo in dubbio che «a base dell’art. 2035 c.c. vi sia una esigenza morale, avvertita dal legislatore e della quale possono farsi custodi i giudici»¹²⁶: il principio dell’irripetibilità, infatti, sembra premiare l’*accipiens*, nonostante anch’egli sia partecipe dell’immoralità¹²⁷.

¹²⁵ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, 275 e, nella letteratura più recente, S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, cit., 233, che ritiene si sia in presenza di una misura sanzionatoria a carico del *solvens*. In proposito si rinvia alla sintesi degli orientamenti interpretativi circa il fondamento dell’art. 2035 c.c. offerta da E. MOSCATI, *Del pagamento dell’indebito*, in L. ARU-E. MOSCATI-P. D’ONOFRIO, *Delle obbligazioni. Artt. 2028-2042*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 376, ove ulteriori riferimenti bibliografici. Nella letteratura più recente, si rinvia alla ricostruzione delle varie spiegazioni dell’art. 2035 c.c. offerta da F.P. PATTI, «In pari causa turpitudinis», *cinquant’anni dopo*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, II, Napoli, 2018, 1542.

¹²⁶ P. RESCIGNO, «In pari causa turpitudinis», in *Riv. dir. civ.*, 1966, 53, che conclude affermando che «sul piano della valutazione politica non si trova, dell’art. 2035 c.c., una convincente giustificazione». Sul punto si veda anche P. SIRENA, *La ripetizione dell’indebito*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, I, Milano, 2009, 525, il quale osserva che la giurisprudenza «esclude sicuramente l’applicabilità dell’art. 2035 c.c. a varie fattispecie di prestazione eseguita in base a un intento immorale (comune a entrambe le parti): il brocardo *nemo auditur suam turpitudinem allegans* è inidoneo a spiegare tale riduzione teleologica della norma e non risulta perciò adeguato rispetto alla sua ragione sostanziale».

¹²⁷ E. MOSCATI, *Del pagamento dell’indebito*, cit., 372, osserva che «l’immoralità del *solvens* non appare, in linea di massima, superiore a quella di chi si appropria dell’oggetto della *solutio*» e che «se il *solvens* merita di perdere la prestazione, l’*accipiens* nell’accettarla si è posto al pari di lui contro il buon costume e, pertanto, non gli si deve riconoscere il diritto di ritenerla». D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, cit., 197; ID., *Illiceità del contratto e restituzioni*, cit., 501; ID., *La rilevanza del negozio nullo e l’interpretazione sistematica dell’art. 2035 c.c.*, cit., 348, sviluppando taluni spunti contenuti nel saggio di P. Rescigno del 1966 – e, più nello specifico, il riferimento alla regola giusnaturalistica “*pacta sunt servanda*”, che porrebbe l’*accipiens* in uno stato di immoralità maggiore rispetto a quello del *solvens* – ha concluso nel senso che la regola

A fronte delle difficoltà che sorgono nel tentativo di conciliare la regola della *soluti retentio* – che, a prima vista, parrebbe cristallizzare la situazione patrimoniale acquisita dall'*accipiens*, nonostante corrisponda all'assetto di interessi oggetto del giudizio di disvalore – con quella che è la disciplina positiva della nullità, la dottrina più recente ha ritenuto di rinvenire la *ratio* dell'art. 2035 c.c. nella funzione deterrente che esso assolverebbe¹²⁸.

Esponendo il contraente che adempie per primo al rischio di perdere il valore economico della propria prestazione e, al contempo, di non conseguire neanche la controprestazione, l'irripetibilità dovrebbe dissuadere i privati dal concludere ed eseguire contratti bilateralmente immorali.

Lo scopo general-preventivo, peraltro, sembrerebbe raggiunto anche qualora si ammetta, in linea con l'opinione dottrinale più diffusa, l'esperibilità dell'azione di rivendicazione da parte del *solvens*¹²⁹: stante l'impossibilità per quest'ultimo di agire per la ripetizione ai sensi dell'art. 2033 c.c., escludendo che l'*accipiens* possa paralizzare l'azione reale si evita che si consolidi l'assetto di interessi programmato con il contratto turpe, che, essendo nullo, preclude di per sé a entrambe le parti di agire per l'adempimento.

dell'irripetibilità vada considerata la risposta dell'ordinamento giuridico all'abuso della pretesa restitutoria da parte del *solvens*.

¹²⁸ J. KOSTRITSKY, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, in *Iowa Law Review*, 1988, 115; G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, 32; A. ALBANESE, *Immoralità, illiceità e soluti retentio*, in *Corr. giur.*, 2005, 870, secondo cui «l'irripetibilità rafforza gli effetti disincentivanti della nullità», poiché «una volta, infatti, che una delle parti abbia dato esecuzione all'accordo, essa, grazie alla regola della irripetibilità, perde il controllo della situazione e la possibilità di indurre anche l'altra parte all'esecuzione»; P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 525, parla di «prevenzione generale dell'offesa al buon costume»; F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 58; F.P. PATTI, *op. ult. cit.*, 1546, evidenzia le criticità laddove ambo le parti abbiano eseguito la prestazione con scopo turpe, come nel caso in cui esse siano adempiute contestualmente.

¹²⁹ In senso contrario P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 526, secondo cui questa tesi «si dimostra incompatibile con la ragione sostanziale della norma, poiché la prevenzione generale dello scambio di una prestazione contraria al buon costume presuppone che chi l'ha richiesta corra comunque il rischio di perdere la controprestazione che ha eseguito a titolo di corrispettivo».

Nonostante le criticità che si incontrano ove si tenti di rinvenire una *ratio* unitaria a fondamento dell'art. 2035 c.c.¹³⁰, la disposizione pare indubbiamente sintomatica del fatto che sia l'inefficacia che l'efficacia eventualmente riconnessa al contratto nullo possono venir modulate in base ai valori e agli interessi sottesi alla norma la cui violazione ha dato luogo alla nullità.

Se si ammette per ipotesi che, in tal modo, il diritto intende orientare i comportamenti dei consociati, esse risultano strumentali alla tutela di quegli interessi generali che lo Stato – inteso quale «custode dell'ordine pubblico»¹³¹ – protegge attraverso la nullità: come si vedrà meglio nel prosieguo, la ripetizione dell'indebito – con cui si assicura la caducazione delle attribuzioni patrimoniali realizzate attraverso l'esecuzione di un contratto che, essendo espressivo di un regolamento negoziale giudicato invalido, si assume inefficace – deve allora considerarsi avvinta alla nullità da un inscindibile nesso funzionale, garantendo in via mediata la salvaguardia degli stessi interessi presidiati da quest'ultima.

5. *La nullità come strumento di controllo sulla libertà contrattuale*

Alla luce di quanto esposto, è possibile affermare che la disciplina della nullità contenuta nel codice civile costituisce uno strumento atto a consentire all'ordinamento giuridico di esercitare una prima forma di controllo sull'esercizio della libertà contrattuale da parte dei soggetti privati¹³².

¹³⁰ U. BRECCIA, *Causa*, cit., 325, suggerisce di evitare «la contrapposizione rigida fra le scelte simboliche e di valore e i calcoli di efficiente razionalità economica», a tutto vantaggio di un «confronto fra la ragion d'essere dei divieti giuridici di efficacia e di restituzione e i risultati incoerenti che possano derivarne».

¹³¹ N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in ID., *Dalla struttura alla funzione*, cit., 31.

¹³² P. BARCELLONA, voce «*Libertà contrattuale*», in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 487, evidenzia che la questione della libertà contrattuale e dei suoi limiti può essere affrontata sotto due distinti profili: quello della conformità/diffornità dell'atto allo schema legale oppure quello del contrasto dell'atto con principi e regole vigenti nel sistema normativo, da cui vanno desunti gli eventuali vincoli. Sul punto si veda anche ID., *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 580.

Se ciò coglie nel segno, allora deve ammettersi che non può che risentire dell'equilibrio in cui si compone la dialettica tra potere autoritativo dello Stato e libertà contrattuale, intesa non solo come libertà di concludere il contratto, ma anche come libertà di determinarne il contenuto.

In base a una concezione privatistica dell'economia – quale è quella che animava le codificazioni liberali dell'Ottocento, ispirate all'individualismo borghese – la circolazione dei beni avviene nella sfera dei rapporti interindividuali. Ne discende che, avendo esteso a tutti i soggetti la capacità giuridica e, in tal modo, avendogli assicurato la possibilità di concludere contratti in posizione di reciproca eguaglianza formale, il diritto privato assolverebbe «unicamente la funzione di facilitare lo stabilimento di questi rapporti, di garantirne la continuità e la sicurezza, e d'impedire la sopraffazione reciproca»¹³³.

L'idea di fondo di questo modello – che è stato definito una «perfetta sintesi di giuspositivismo e giusnaturalismo»¹³⁴ – è che ciascun individuo sia il miglior arbitro dei propri interessi e che, di conseguenza, purché formatasi senza anomalie, si debba massimamente rispettare la volontà dei contraenti, il più puntuale esercizio di quel potere che è l'autonomia privata¹³⁵.

¹³³ N. BOBBIO, *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, cit., 129, secondo cui «strettamente connessa alla concezione privatistica del diritto è la concezione negativa dello Stato, secondo cui lo stato non ha ingerenza alcuna nei rapporti economici e pertanto la sua funzione diventa esclusivamente quella di provvedere attraverso norme imperative e coattive, cioè attraverso il diritto, al mantenimento dell'ordine». Questa posizione sembra riecheggiare quanto affermato da H. Kelsen, secondo il quale «ciò che noi chiamiamo diritto privato è, dal punto di vista della funzione, solo la forma giuridica particolare della produzione economica e della distribuzione dei prodotti che corrisponde all'ordinamento economico capitalistico» (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di R. Treves, Torino, 2000, 114). Sul punto si veda anche M. GIORGIANNI, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, 381, secondo cui l'autonomia contrattuale costituisce «il riverbero, sul piano giuridico-formale, di un sistema fondato sulla libertà economica, ovvero sia del disinteresse dello Stato per le vicende patrimoniali dei soggetti, affidate esclusivamente all'iniziativa dei singoli individui».

¹³⁴ L. NIVARRA, *Relazione introduttiva*, cit., 4.

¹³⁵ L'idea in discorso è ben sintetizzata dal noto adagio «*qui dit contractuel, dit juste*», che viene generalmente attribuita ad A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Parigi, 1880, 410. Al

Tuttavia, a partire dagli anni Trenta del Novecento ha preso avvio una nuova fase del diritto dei contratti, definita di «regolamentazione del contratto o di dirigismo contrattuale da parte dei pubblici poteri»¹³⁶.

Da questa prospettiva, il Libro quarto del codice civile del 1942 segna una frattura rispetto alla «etica individuale della volontà e della libertà»¹³⁷ di matrice liberale, che presupponeva un modello di politica economica fondato su un mercato autoregolato, nel quale lo Stato doveva limitarsi a garantire la cornice normativa minima affinché la libertà di iniziativa economica dei singoli potesse estrinsecarsi e oggettivarsi nell'incontro di domanda e offerta.

Come si evince dalla disciplina di cui all'art. 1322 c.c.¹³⁸, il libro quarto – in cui è stata uniformata la disciplina di obbligazioni civili e commerciali – garantisce la libertà contrattuale, ma nel contempo la sottopone a un controllo di conformità agli interessi pubblici, per tali intendendosi, in un'accezione laica, gli interessi comuni, condivisi dalla generalità dei consociati.

E questo perché, nel contesto di uno Stato moderno, tali interessi devono essere sottratti alla logica di scambio che è sottesa alle relazioni contrattuali, la cui dinamica si presta a soddisfare soltanto interessi privati, per loro natura “rivali”¹³⁹, di cui l'ordinamento valuta poi la meritevolezza.

riguardo, è opportuno richiamare anche la definizione di autonomia privata come «uso pienamente libero della ragione» (per la quale cfr. K.F. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 23), che parrebbe preconizzare il modello dell'*Homo oeconomicus*, posto a fondamento della razionalità del mercato nella teoria economica classica.

¹³⁶ G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto. Riflessioni di uno storico del diritto*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, cit., 162.

¹³⁷ F. WIEACKER, *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna*, in ID., *Diritto privato e società industriale*, trad. it. a cura di G. Liberati, Napoli 1983, 25.

¹³⁸ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 258,

¹³⁹ Nel tipo di società che vi corrisponde, «non appena la divisione del lavoro si è generalmente consolidata, soltanto una piccolissima parte dei bisogni di un uomo può essere soddisfatta col prodotto del suo personale lavoro. La massima parte egli la soddisfa scambiando la parte in sovrappiù dei prodotti del suo lavoro che supera il suo consumo, con le parti del prodotto del lavoro degli altri uomini di cui ha bisogno. Così ogni uomo vive di scambio o diventa in certa misura un mercante e

A livello costituzionale, una simile impostazione sembra trovare una conferma nell'art. 41, il cui 2° comma – che sancisce che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana – prospetta una socializzazione dei rapporti privatistici, intesa come superamento della visione individualistica a tutela dei soggetti deboli e degli interessi della collettività¹⁴⁰.

Superate le angustie della teoria della fattispecie, a ben vedere, la disciplina della nullità appare complementare rispetto al complesso di norme che regolano, in positivo, l'esercizio dell'autonomia privata, attraverso le quali l'ordinamento giuridico detta le condizioni necessarie e sufficienti affinché i regolamenti di interessi voluti dai privati possano accedere alla forza di legge a cui fa riferimento l'art. 1372 c.c.¹⁴¹ e possano così aversi relazioni di mercato¹⁴².

la società stessa tende a diventare ciò che propriamente si chiama società commerciale» (A. SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, trad. it. a cura di F. Bartoli-C. Camporesi-S. Caruso, Milano, 1973, 26).

¹⁴⁰ G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958, 190, sostiene che, nella Costituzione, l'autonomia privata «viene in rilievo come uno degli aspetti del problema della tutela della persona e della sua libertà, intesa come libera disponibilità di interessi ed iniziative». In argomento, si vedano anche le riflessioni di M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 391; U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 687 ora in ID., *Immagini del diritto privato*, I, Torino, 2013, 77; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 9.

¹⁴¹ N. IRTI, *I cinquant'anni del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, 233, sottolinea che «nella prospettiva del codice civile, l'ordine giuridico degli scambi coincide con il diritto dei contratti, ossia di accordi in cui si esprime l'autonomia privata». Sul punto si rinvia a ID., *L'ordine giuridico del mercato*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 11; ID., *Persona e mercato*, ivi, 67, secondo cui «il mercato è un *locus artificialis*, ossia un sistema di relazioni governato dal diritto: insomma, non un istituto originario e spontaneo, ma un istituto giuridico. Il mercato non è trovato, ma costruito dal diritto», il quale è, a sua volta, espressione di «una decisione politica dello Stato. Questa è la “mano visibile” della legge» (in senso critico B. LIBONATI, *Ordine economico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1540).

¹⁴² Si fa riferimento al concetto di mercato quale istituzione storico-sociale, la cui esistenza presuppone che vi siano degli scambi e delle regole stabili che li disciplinano: sul punto il riferimento corre obbligato a K. POLANYI, *La grande trasformazione*, trad. it. a cura di R. Vigevani, Torino, 2000, il cui pensiero è ben sintetizzato, non senza che ne siano messi in luce i profili più critici, da M. MAGGATI, *L'utopia della società di mercato: la sfida di Karl Polanyi*, in *Studi di sociologia*, 1989, 77. L'Autore identifica nello scambio di mercato la modalità idealtipica di allocazione delle risorse nel

Determinando la negazione dell'efficacia giuridica rispetto a quei regolamenti di interessi che confliggono con norme o principi espressivi dei valori etico-morali, economici e politici propri dell'ordinamento giuridico, inteso quale espressione dell'interesse generale della società, in un determinato momento storico, la nullità si configura allora come uno strumento tecnico per la realizzazione di scelte politiche¹⁴³ e opera come un limite legale negativo all'autonomia privata, intesa quale espressione tipica dell'interesse particolare del singolo.

È da questa funzione della nullità¹⁴⁴ che dipendono i suoi tratti caratteristici, nel loro complesso tutti funzionali a rendere indisponibile la tutela e, in tal modo, a garantire il primato di certi interessi e valori sull'individualismo economico e sull'atomismo sociale che connotano l'*Homo oeconomicus*.

In particolare l'inefficacia, che nell'impianto codicistico appare connaturata al giudizio di nullità, è il mezzo impiegato dal legislatore del '42 per impedire che possa ricevere attuazione l'assetto negoziale così come programmato nel contratto nullo, in ragione della tipologia di interessi che esso lede¹⁴⁵.

sistema economico delle società capitalistico-liberali (è interessante notare che secondo l'Autore l'avvento del fascismo è imputabile agli effetti distruttivi del libero mercato, che, reggendo e dominando la società, avrebbe finito per disgregare quest'ultima e le sue fondamenta).

¹⁴³ N. LIPARI, *Scelte politiche e determinazione storica dei valori realizzabili*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, II, Roma-Bari, 1973, 37.

¹⁴⁴ Come si è illustrato nel precedente paragrafo, si tratta, da un lato, della funzione svolta dalle nullità strutturali in senso stretto, che operano a garanzia della razionalità dei traffici giuridici e, quindi, di un valore eminentemente economico, e, dall'altro, della funzione svolta dalle nullità testuali e da quelle che colpiscono i contratti illeciti e i contratti illegali, che operano a inderogabile tutela di quei valori etico-morali nonché economico-politici di cui sono espressione sia le norme imperative, che i principi dell'ordine pubblico e del buon costume.

¹⁴⁵ Come si è già avuto modo di evidenziare, sotto questo profilo si può apprezzare la differenza che intercorre fra nullità e annullabilità, che tutela l'interesse del singolo contraente a che la propria volontà si formi liberamente e immune da vizi; risultando esclusivamente lesivo degli interessi del soggetto che lo ha posto in essere, il contratto annullabile produce dunque effetti giuridici, che sono suscettibili sia di essere rimossi che di divenire definitivi a seconda che il contraente la cui volontà è stata viziata, unico soggetto legittimato a impugnare il contratto, faccia valere o meno il vizio (in tema si veda R. TOMMASINI, voce «Annullabilità e annullamento», in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 3).

Essendo una tecnica inibitoria degli effetti che consente che gli interessi generali prevalgano su quelli privati, anche la nullità codicistica si presta a esser qualificata come un rimedio: l'inefficacia, infatti, appare pienamente coerente rispetto alle ragioni che, come si è visto, stanno alla base di quel giudizio di disvalore che poi si traduce nella qualificazione in termini di nullità¹⁴⁶.

Evidentemente, dall'inefficacia discendono altresì l'assolutezza del vizio e l'insanabilità del contratto: infatti, se la nullità operasse esclusivamente a istanza di parte e/o il contratto nullo fosse convalidabile, rischierebbero di venir frustrate sul piano applicativo le finalità perseguite attraverso la nullità.

Ed è a questo punto della riflessione che emerge, in tutta la sua complessità, la questione della collocazione sistematica delle figure introdotte dalla legislazione post ed extra codicistica soprattutto di fonte europea, a cui la dottrina fa sinteticamente riferimento con la formula "nullità speciali"¹⁴⁷: esse, infatti, si caratterizzano per la parzialità e la relatività della legittimazione ad agire, che nell'impianto codicistico è ascrivibile invece alla categoria dell'annullabilità.

Proprio la relatività della legittimazione ad agire solleva interrogativi sulle modalità con cui si atteggia l'inefficacia in tali ipotesi. Ferma restando la convinzione che il contratto, ancorché nullo, sia giuridicamente rilevante e che l'inefficacia rappresenti l'esito meramente eventuale di tale qualificazione negativa da parte dell'ordinamento giuridico, si tratta di appurare quale sia il rapporto che intercorre

¹⁴⁶ R. TOMMASINI, voce «Nullità (*dir. priv.*)», cit., 875, parla di «criterio di qualificazione (negativa) del controllo sulla meritevolezza degli interessi delle parti rispetto ai valori che l'ordinamento intende realizzare e perciò garantire».

¹⁴⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 705, evidenzia che la specialità può apprezzarsi su tre distinti livelli: esse, infatti, sono contenute in fonti normative speciali, sono di derivazione comunitaria e fanno parte di discipline che tutelano il buon funzionamento del mercato. In termini simili A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 127, il quale evidenzia che l'aggettivo "speciale" può riferirsi tanto alla fonte che ha introdotto la previsione, «da ravvisare nelle leggi "speciali" extra-codice», quanto al «carattere degli effetti, appunto "speciali", di cui sono corredate le nuove forme di nullità». M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 321, utilizza la locuzione "nullità anomale".

tra la relatività della legittimazione ad agire – che, quantomeno da un punto di vista strettamente fattuale, sembrerebbe implicare la produzione di effetti nei confronti della parte che non è titolata ad agire per far dichiarare la nullità – e la funzione che è sottesa alla norma che la commina.

Come è stato sottolineato, infatti, il legislatore europeo – definito «un legislatore pragmatico, che poco si cura delle architetture concettuali»¹⁴⁸ – ha introdotto percorsi di tutela che aggirano la fattispecie e ne riscrivono la dinamica effettuale, modulata per meglio raggiungere quegli obiettivi di strutturazione e regolazione del mercato che, come si tenterà di dimostrare nel prossimo capitolo, vengono perseguiti attraverso il diritto privato europeo.

Ciò ha reso necessaria la predisposizione di un apposito apparato rimediale, in grado di tutelare quel modello concorrenziale e pluralistico posto alla base di una società fondata sulle libertà individuali¹⁴⁹.

Nell'ordinamento interno, uno degli strumenti normativi utilizzati è consistito nell'introduzione di una variegata serie di ipotesi di nullità testuale, le quali operano in seguito alla violazione di norme che, come si vedrà meglio in seguito, hanno il precipuo scopo di prevenire e colmare l'asimmetria informativa che sussiste fra gli attori economici dei mercati finali, reputata una delle prime cause di fallimento della dinamica concorrenziale¹⁵⁰.

¹⁴⁸ C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano, 2007, 12.

¹⁴⁹ Il diritto di fonte europea non è autosufficiente, ma si regge su e integra gli effetti dei diritti nazionali, della cui leale collaborazione si avvale: l'art. 4, par. 3, del Trattato sull'Unione europea stabilisce infatti che, in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Sul punto si veda anche A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341.

¹⁵⁰ In base all'art. 288, par. 3° del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, infatti, le direttive vincolano lo Stato membro a cui sono rivolte per quanto riguarda il risultato da raggiungere, ferma restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Ciò significa che il legislatore nazionale, che in concreto ha scelto la nullità quale rimedio per la violazione di determinate norme di matrice europea, in astratto avrebbe ben potuto ricorrere ad altre figure, quali l'annullabilità o la rescissione, per le quali potrebbe optare altresì in una prospettiva *de iure condendo*.

L'ipotesi assunta è che queste nullità mirino ad assicurare che l'autonomia privata si conformi, in positivo, a quanto è stabilito nella disciplina imperativa dei contratti del consumatore¹⁵¹, protetto se non solo, comunque, anche in quanto «agente della razionalità del mercato»¹⁵²; con i suoi interventi eteronomi, il diritto privato europeo – che, tendenzialmente, comprime l'autonomia del soggetto professionista, ormai non più nella condizione di determinare il contenuto contrattuale esclusivamente in base a una sua valutazione di convenienza – avrebbe dunque finito col ridefinire la linea di confine tra Stato e mercato¹⁵³.

¹⁵¹ P.M. PUTTI, voce «Nullità (nella legislazione di derivazione europea)», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1995, 676, osserva che la disciplina contrattuale di origine comunitaria, «al contrario di quella codicistica (fondata sull'atto come espressione dell'autonomia negoziale), per la sua caratteristica di strumento per la realizzazione di un mercato unico europeo si incentra sulla disciplina dell'attività economica svolta in modo professionale», con la conseguenza che «le previsioni in tema di forma e le nullità (virtuali o testuali) rappresentano l'espressione della logica di interventi finalizzati alla disciplina dell'attività di contrattazione degli operatori economici».

¹⁵² S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 238, secondo cui «le istanze solidaristiche costituiscono sempre e soltanto un riflesso o – se si vuole – un accidente, una sorta di effetto collaterale, se è vero ciò che in altra sede si è affermato in ordine al ruolo di mezzo piuttosto che di fine assegnato dal legislatore comunitario alla tutela del consumatore e dell'impresa debole». A sostegno di questo assunto, l'Autore osserva che, in materia di vendita di beni di consumo, l'art. 129 cod. cons. impone al compratore di «esperire, in prima battuta, i rimedi volti al ripristino della conformità del bene» (ID., *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1037; ID., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 56). In senso parzialmente difforme C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 727, la quale, pur riconoscendo la natura ancillare della disciplina consumeristica rispetto alla concorrenza, ritiene che a essa non siano del tutto estranee istanze solidaristiche, perlomeno nella misura in cui esse risultino compatibili o comunque non contrastanti con la logica del mercato.

¹⁵³ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, cit., 524, sostiene che «il paradigma concorrenziale smentisce l'idea dell'autonomia privata intesa nei termini di norme attributive e ricognitive d'un interesse finale, e quindi d'una libertà, consegnato integralmente alla valutazione dell'attore del mercato. Basti considerare che la nozione e l'interesse concorrenziale protetto postula il realizzarsi d'un fine esterno al rapporto contrattuale singolarmente considerato», declinabile a seconda dei contesti giuridici e economici». F. MEZZANOTTE, *Regulation of Business-Clients Relationships through "Organizational Law"*, in *European Review of Contract Law*, Vol. 13, Issue 2, 2017, 123.

Nel prossimo capitolo verranno analizzate, nel loro insieme, queste nuove figure di nullità, per appurare se esse conseguano effettivamente finalità omogenee e, in caso di risposta affermativa, se il diritto contrattuale di stampo consumeristico vada a comporre un sistema autonomo e coerente, sottostante a un principio regolatore unitario e quindi in grado di esprimere regole suscettibili di trovare applicazione anche al di là dei casi espressamente regolati.

CAPITOLO SECONDO

NULLITÀ DI PROTEZIONE, CONFORMAZIONE DEL REGOLAMENTO E REGOLAZIONE DEL MERCATO

SOMMARIO: 1. Il diritto privato europeo come diritto regolatorio e la strutturazione giuridica del mercato interno unico. – 2. Il modello delle clausole abusive: *a)* nel Codice del consumo. – 3. Segue: *b)* nel Testo Unico Bancario. La nullità degli interessi usurari. – 4. Il paradigma della “operatività a vantaggio” quale fondamento dello statuto normativo della nullità di protezione. – 5. Nullità virtuale di protezione, nullità totale di protezione e nullità “selettiva”: tre questioni ancora aperte.

1. Il diritto privato europeo come diritto regolatorio e la strutturazione giuridica del mercato interno unico

Dopo la crisi economica degli anni Settanta del Novecento, l’adozione dell’Atto Unico Europeo del 1986 ha segnato un punto di svolta nelle politiche di integrazione europea e nel progetto di costruzione del mercato interno unico¹, che oggi viene definito uno «spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», basato «su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale»².

¹ L’Atto Unico Europeo, adottato a Bruxelles il 28 febbraio 1986 ed entrato in vigore il 1° luglio 1987, ha apportato rilevanti modifiche alle regole di funzionamento delle istituzioni comunitarie; in particolare, avendo sostituito alla regola dell’unanimità quella del voto a maggioranza qualificata, esso ha significativamente semplificato l’*iter* decisionale nelle materie concernenti l’instaurazione e il funzionamento del mercato unico, creando le basi per la costruzione di un diritto privato europeo.

² Così recitano, rispettivamente, l’art. 26.2 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea e l’art. 3.3 del Trattato sull’Unione europea. Come si è già avuto modo di dire, nella corrispondente norma del Trattato sulla Comunità europea si parlava invece di «economia di mercato aperta e in libera concorrenza»: sul punto si rinvia nuovamente alle considerazioni di S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, cit., 365, secondo cui la tutela dei diritti fondamentali della persona è un obiettivo primario del diritto privato europeo, come dimostrerebbe anche il Trattato di Lisbona.

Si è così inaugurata una nuova fase, che ha richiesto il ricorso a soluzioni tecnico-giuridiche adeguate all'obiettivo perseguito³.

La necessità di armonizzare quelle aree del diritto privato che coinvolgono direttamente i profili giuridici del mercato ha pertanto condotto a una serie di interventi normativi che, avendo introdotto regole uniformi per le operazioni economiche che avvengono in determinati settori in senso lato merceologici e coinvolgono altrettanto determinate categorie di soggetti, hanno finito per incidere, ancorché in via mediata, sulla disciplina interna del contratto, che è il principale strumento per la circolazione dei beni e dei servizi⁴.

E questo perché la progressiva espansione, anche spaziale, del mercato⁵ ne ha compromesso la trasparenza, con la conseguenza che, al fine di garantire che chi

³ Inizialmente, infatti, la Comunità europea si era posta il diverso obiettivo di costruire un mercato comune. In quella prima fase, in relazione alla quale si parla di “integrazione negativa”, il processo di rimozione degli ostacoli tecnici e giuridici alla circolazione intracomunitaria di merci, persone e capitali è stato attuato grazie all'interpretazione che la Corte di Giustizia ha dato, a partire dal caso *Cassis de Dijon*, del principio di equivalenza tra le varie normative nazionali, sul quale si fonda il principio del mutuo riconoscimento: in tema si veda N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*², I, Padova, 2003, 29. In tema si veda anche P. SIRENA, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, cit., 125, secondo il quale il mercato interno unico «è orientato alla realizzazione di una società basata sulle libertà private (*Privatrechtsgesellschaft*) come vero e proprio progetto costituzionale dell'Unione».

⁴ Nella Risoluzione sul diritto contrattuale europeo approvata a Strasburgo il 7 settembre 2006, il Parlamento europeo ha ribadito la sua convinzione che un mercato interno uniforme non possa essere pienamente funzionale senza ulteriori progressi verso l'armonizzazione del diritto civile. Su tale tendenza “neo-pandettistica” si rinvia alle riflessioni di R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 703; ID., *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001, 187.

⁵ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, cit., 18, evidenzia come tale espansione si rifletta anzitutto sulle forme e sulle tecniche di negoziazione, che «tendono proprio ad eludere il meccanismo del confronto tipico del mercato concorrenziale: si pensi, ad es., alle vendite porta a porta ovvero a “distanza” volte a cogliere di sorpresa l'interlocutore e, quindi, a sfruttare il suo *isolamento dal circuito delle informazioni* su cui si fonda il corretto funzionamento della competizione economica»; in secondo luogo, come siano anche le caratteristiche dei beni e dei servizi commercializzati – che risultano «molto distanti dalle tradizionali merci, più o meno

vi partecipa non compia scelte negoziali in condizione di razionalità limitata, si è reso necessario redistribuire l'informazione⁶.

L'asimmetria informativa che connota, a livello strutturale, la contrattazione di massa tra gli operatori professionali e gli utenti finali dei beni e dei servizi commercializzati dai primi, infatti, viene reputata una delle principali cause di fallimento di un mercato concorrenziale⁷, il cui corretto funzionamento postula che gli attori non debbano sopportare alcun costo di transazione⁸ per poter giungere alla conclusione del contratto più conveniente⁹.

omogenee, di facile valutazione da parte degli interlocutori, quali sono quelle che si possono trovare sulle bancarelle di una fiera» – a contribuire all'opacizzazione del mercato.

⁶ Questo, ovviamente, assumendo quale ipotesi di lavoro il paradigma neo-classico della razionalità economica, che postula che l'agente economico sia in grado di ordinare le proprie preferenze, come descritto nella teoria delle preferenze rivelate, e che, nel compiere le proprie scelte, decida massimizzando l'utilità individuale ottenibile in quella determinata situazione di incertezza, come descritto nella teoria dell'utilità attesa (per le quali si rinvia, rispettivamente, a P.A. SAMUELSON, *A note on the Pure Theory of Consumer's Behaviour*, in *Economica*, 1938, 61 e J. VON NEUMANN-O. MORGENTERN, *Theory of games and economic behavior*², Princeton (N.J), 1947). Come è noto, nel criticare il modello teorico dell'*homo oeconomicus*, la *behavioral economics* ha dimostrato empiricamente come esso ignori le effettive modalità attraverso le quali opera la razionalità umana e i limiti a cui essa è sottoposta. In particolare, la teoria della razionalità limitata ha messo in luce, da un lato, come la raccolta di informazioni che precede e su cui si fonda il processo decisionale comporti dei costi elevati e sconti comunque il rischio che le informazioni raccolte siano parziali e incomplete e, dall'altro, come tanto fattori esterni di ordine sociale e psicologico quanto fattori interni di ordine cognitivo limitino o, comunque, interferiscano con la razionalità umana: al riguardo, si rinvia soprattutto al contributo di M. ALLAIS, *Le comportement de l'homme rationel devant le risque: critique des postulats et axiomes de l'ecole americaine*, in *Econometrica*, 1953, 503.

⁷ Sul concetto di "asimmetria informativa" e sulla "selezione avversa" che ne deriva il rinvio è ovviamente a G.A. AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, 1970, 488. L'Autore esemplifica gli effetti dell'asimmetria informativa su di un mercato in cui sono commercializzati beni la cui qualità, non omogenea, non è correttamente apprezzabile dal potenziale acquirente a causa della disparità di informazioni detenute da ciascuna delle parti, che determina un fenomeno di selezione avversa: essa, infatti, incentiva il venditore a sfruttare tale opacità per vendere a caro prezzo beni di scarsa qualità.

⁸ Sul concetto di "costi di transazione" si rinvia a R. COOTER-U. MATTEI *et al.*, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*², I, Bologna, 2006, 151, che ascrivono alla categoria tutti i costi che le parti devono sostenere per addivenire a uno scambio.

⁹ È opportuno evidenziare che, in seguito alla crisi finanziaria del 2009, da più fronti è emersa l'inadeguatezza di una disciplina costruita esclusivamente sul soggetto e sulle condizioni di esercizio della razionalità individuale, che non valorizza adeguatamente le caratteristiche oggettive

Il diritto privato europeo è quindi intervenuto definendo nuove regole in ambito contrattuale, le quali si affiancano alla disciplina generale contenuta nel codice civile ma, a differenza di quest'ultima, essendo preordinate a colmare l'asimmetria informativa che colpisce le relazioni economiche di cui sono parte soggetti che versano in una condizione di debolezza di natura tecnica, non presuppongono la parità giuridica dei contraenti¹⁰.

dell'attività esercitata dal soggetto professionista, ma solo «i riflessi soggettivi di tale esercizio, colti nel possesso da parte del soggetto professionista di maggiori informazioni e maggiore capacità di elaborarle». La centralità del tema della razionalità del soggetto – o, in altri termini, dell'autonomia privata e dei limiti fattuali alla sua capacità di esplicarsi – dipende dalla concezione del contratto quale «strumento funzionale alla miglior esplicazione della capacità di azione delle parti». In una prospettiva neo-liberale – secondo cui, per prevenire o rimediare ai fallimenti del mercato, bisogna intervenire sui singoli soggetti che vi agiscono – risulta quindi decisivo l'esame del contesto in cui il contraente, concepito quale «soggetto che sta esercitando le sue facoltà di decisore razionale», si trova al momento della conclusione del contratto: se la contingente situazione di asimmetria informativa non consente alla razionalità di uno dei contraenti – nello specifico, del contraente debole – di esplicarsi pienamente, mentre quella dell'altro potrebbe, conseguentemente, indirizzarsi verso comportamenti opportunistici, il rimedio principe viene identificato nell'imposizione, in capo al soggetto che detiene una posizione di superiorità informativa, di obblighi informativi che integrino e completino la razionalità del cliente, altrimenti fallibile. Tuttavia, una costruzione concettuale che si riferisce esclusivamente alla qualità dei soggetti contraenti – il cui obiettivo comune sarebbe quello di esercitare pienamente la propria razionalità – incontra i propri limiti laddove non prende in considerazione il fatto che quei soggetti sono portatori di interessi distinti e potenzialmente confliggenti. La crisi finanziaria ha dimostrato che anche un mercato nel quale tutti i soggetti sono posti nella condizione di esercitare al meglio, se non altro potenzialmente, la propria razionalità intenzionale può non essere in grado di definirne i ruoli in maniera tale da garantire altresì la razionalità del sistema. E così, nonostante i vari soggetti abbiano agito in maniera pienamente coerente con la propria razionalità individuale, il mercato non ha funzionato correttamente: come è stato autorevolmente osservato, infatti, «per le banche [era] razionale non interessarsi troppo della solvibilità di un debitore che avrebbe presto ceduto grazie alla cartolarizzazione e [...] calcolare attraverso statistiche, e non con indagini dirette, le probabilità di insolvenza di gruppi disparati di debitori ammassati in tranches» e, parimenti, «la trasformazione della figura del risparmiatore, manifestatasi [...] in una modifica dell'idea stessa di risparmio, concepito non più come mezzo per assicurare un consumo differito ma come mezzo di guadagno, ben poteva rendere perfettamente razionale che il nullatenente (il c.d. *ninja*) contraesse un mutuo fondiario nella speranza di ripagarlo attraverso la rivalutazione della casa che andava acquistando» (sul punto si rinvia a F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI-M. MAUGERI-N. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, 74, da cui son tratte tutte le precedenti citazioni).

¹⁰ A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, cit., 83, evidenzia come proprio il fatto che la debolezza sia di natura tecnica e non già socio-economica costituisca una

In questa prospettiva, per garantire la trasparenza contrattuale e, in tal modo, consentire anche alla parte debole di addivenire consapevolmente alla decisione di concludere il contratto, è stata introdotta una copiosa serie di obblighi informativi e di forma-contenuto, aventi carattere inderogabile¹¹.

Il fine ultimo di queste disposizioni, ad ogni modo, non sembrerebbe rinvenibile tanto o, comunque soltanto, nella volontà di tutelare la parte debole in sé e per sé considerata, nei termini di una decisione assiologicamente orientata, quanto piuttosto in quella di rimuovere preventivamente e sistemicamente tutti quegli ostacoli che, limitando di fatto l'effettivo esercizio della libertà contrattuale e delle altre libertà economiche da parte dei privati, impediscono il corretto ed efficiente funzionamento del mercato interno unico¹².

fondamentale differenza tra la posizione del consumatore e quella delle figure di contraente debole note al codice civile, quali sono, a titolo esemplificativo, il lavoratore, il coltivatore diretto o il conduttore di immobile urbano; l'Autore evidenzia come, a parità di disparità di forza contrattuale, quello del consumatore debba considerarsi uno *status* di natura tecnico-giuridica episodico e occasionale, protetto per gli effetti di incentivazione economica che da tale protezione derivano. Nello stesso senso E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1151, che osserva come «la questione della presunta “debolezza” del consumatore, in realtà, dovrebbe essere affrontata mediante la distinzione tra la debolezza socio-economica, che caratterizza strutturalmente un soggetto o una classe di soggetti, e la debolezza contrattuale, soprattutto sotto il profilo dell'asimmetria informativa, in cui può trovarsi qualsiasi soggetto relativamente a certi atti e rispetto a determinate controparti, a prescindere dal proprio status socio-economico»; ID., *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: i contraenti*, in *Giust. civ.*, 2005, 183. Si vedano anche le originali considerazioni di N. IRTI, *La fondazione hegeliana del diritto dei consumatori*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Milano, 2006, 475.

¹¹ H.W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, EUI Working Paper Law, Nr. 2008/14, 26, secondo cui «European private law is governed by “seven legally binding principles – or better devices – or parameters” which are designed to implement the Internal Market program, such as (1) the protective instrumental device, (2) the “merging” of advertising, pre-contractual information and contract conclusion, (3) competitive and contractual transparency, (4) standardized contract making, (5) fairness as market clearance and market access (as opposed to social justice), (6) post-contractual cancellation/rescission/termination rights and (7) effective legal redress».

¹² A. SOMMA, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 39. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra*

Queste disposizioni, infatti, si collocano nell'ambito di un più ampio intervento normativo¹³ che, con un approccio che potrebbe definirsi neo-istituzionalista¹⁴, si è proposto, da un lato, di fondare e conformare il mercato e, dall'altro, di adottare tutti i correttivi necessari per rimuovere alla radice gli squilibri connessi alla presenza di asimmetrie normative e, per quel che qui maggiormente rileva, informative, che dipendono dal fallimento di quel mercato e alimentano il rischio che si verificino abusi del potere privato¹⁵.

parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 539, pur non mettendo in dubbio che la disciplina consumeristica «descrive un segmento della disciplina comunitaria del mercato unico», sottolinea che la sua *ratio* va ravvisata «nel fatto che il regolamento contrattuale pregiudica il realizzarsi della persona umana, quale valore costituzionale preminente».

¹³ Al quale sono riconducibili, oltre alla disciplina dei contratti del consumatore, anche e soprattutto la normativa antitrust, nonché tutti gli interventi di regolazione che hanno interessato, successivamente alla loro privatizzazione, i mercati delle *public utilities*, e altresì tutte le disposizioni dei Trattati sulla libera circolazione delle merci e dei servizi: come è stato osservato, questo intervento è andato a comporre un sistema “multilivello” e “multidirezionale” a tutela della concorrenza e del mercato (sul punto si rinvia ad A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali dell'Unione europea e il diritto privato*, cit., 11, secondo cui «il diritto che dà ordine al mercato unico postula un ruolo concorrente sia di regole e istituzioni che s'indirizzano agli Stati, sia di regole che attengono ai rapporti tra gli ordinamenti e i singoli cittadini degli Stati membri, sia di norme comunitarie che disciplinano direttamente le relazioni tra soggetti privati, al contempo destinatari delle norme nazionali loro proprie e di quelle dell'Unione europea»). In proposito, si vedano anche le riflessioni di P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in G.A. BENACCHIO-M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Trento, 2016, 338, secondo cui, «per quanto attuata mediante strumenti diversi da quelli del diritto amministrativo tradizionale, la regolazione dell'attività economica seguirebbe la logica di uno Stato decentrato e l'apparente privatizzazione dell'ordinamento giuridico si pervertirebbe così nel suo opposto».

¹⁴ Per tale intendendosi l'approccio proprio di quella corrente di pensiero facente capo a N. McCormick e O. Weinberger che, in reazione al modello giuspositivistico, afferma che il diritto è costituito da fatti istituzionali, ovverosia da fatti la cui esistenza presuppone delle regole costitutive. In questa prospettiva, risulta particolarmente rilevante il pensiero di D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, trad. it. a cura di W. Santagata, Bologna, 1994, 23, secondo il quale le istituzioni, essendo strutture di regolazione, «sono le regole del gioco di una società o, più formalmente, i vincoli che gli uomini hanno definito per disciplinare i loro rapporti. Di conseguenza danno forma agli incentivi che sono alla base dello scambio, sia che si tratti di scambio politico, sociale o economico».

¹⁵ M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 651, osserva che la disciplina consumeristica «non sovrappone affatto una *ratio* politica alla *ratio*

Se, come pare che accada, il diritto privato europeo disciplina i rapporti contrattuali di cui sono parte soggetti che versano strutturalmente e serialmente in una condizione di debolezza tecnica, al fine di consentire l'equilibrato sviluppo di quel sistema concorrenziale che meglio dovrebbe garantire la realizzazione degli interessi sottesi alle libertà fondamentali dell'Unione europea¹⁶, allora lo si può considerare un diritto eminentemente regolatorio¹⁷.

mercantile, ma si limita a far propri gli equilibri normativi e distributivi che il libero mercato avrebbe determinato e che solo il suo inefficiente funzionamento ha precluso»; sulla divergenza fra “mercato ideale” e “mercato reale” si veda anche ID., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 38. Da una prospettiva diversa, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., 540, sostiene che «le norme dettate per i contratti tra imprese, se lette nella prospettiva sistematica del diritto della concorrenza, devono essere intese a proteggere anche i consumatori finali e il corretto funzionamento del mercato».

¹⁶ P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, cit., 343, evidenzia che «è tipicamente ordo-liberale l'enfaticizzazione del ruolo dello Stato e più in generale dei poteri pubblici nella creazione e nella “imposizione” di un ordine giuridico del mercato: in tal senso dev'essere intesa la grande “scelta di sistema” (*Systementscheidung*) a favore di un'economia sociale di mercato, la quale identifica la costituzione economica (*Wirtschaftsverfassung*)». L'Autore muove dal presupposto che quello europeo sia «un autonomo ordinamento giuridico, teleologicamente orientato alla realizzazione di un proprio modello costituzionale, quello appunto di una società basata sulle libertà individuali», che «può realizzarsi soltanto se esse sono inserite in una cornice di regole “forti” di tutela dell'ordine concorrenziale e pluralistico», e sottolinea poi che in un simile modello di società «il potere pubblico ha anzitutto il compito di proteggere e di incentivare l'autodeterminazione di ciascun individuo, non di funzionalizzarla al perseguimento di obiettivi centralizzati».

¹⁷ A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 9, afferma che «la regolazione si esplica essenzialmente in forma di norme imperative che integrano il contenuto dei rapporti giuridici privati, così da disciplinare l'agire degli attori economici e orientare i comportamenti verso i risultati allocativi ritenuti socialmente preferibili, in quanto coerenti al paradigma concorrenziale». Secondo il paradigma della c.d. “competition on the merits”, infatti, il diritto consumeristico mira a conformare il mercato a partire dalle scelte d'acquisto dei singoli consumatori, il cui agire economico è funzionalizzato in considerazione del fatto che tali scelte influiscono sulla formazione dell'offerta e quindi si riverberano direttamente sulla dinamica concorrenziale tra imprese, condizionando la struttura del mercato (sul punto si veda M. LIBERTINI, voce «Concorrenza», in *Enc. dir., Ann.*, III, 2010, Milano, 240, secondo cui «1) lo strumento principale di concorrenza dev'essere costituito da miglioramenti dell'offerta rivolta dalle imprese ai consumatori; 2) il successo dell'offerta di beni o servizi da parte delle imprese deve sempre

Questo è un primo elemento di differenza rispetto alla disciplina generale del contratto di cui agli artt. 1321 ss. c.c., la cui funzione si riduce essenzialmente a quella che, di solito, viene definita “facilitatrice”¹⁸.

Essa, infatti, si limita a stabilire le condizioni alle quali le singole operazioni contrattuali possono dirsi valide e vincolanti per le parti, sul presupposto che sia la loro razionalità a garantire, di riflesso, quella razionalità funzionale del mercato che dovrebbe, perlomeno in ipotesi, assicurare il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale. Muovendo dall’assunto che esista un circuito informativo al quale tutti i soggetti che intrattengono relazioni economiche possono effettivamente accedere, la rilevanza giuridica dello squilibrio viene quindi circoscritta ai soli casi patologici di «perturbazione individuale»¹⁹, a cui rimedia la disciplina dei vizi della volontà, anzitutto errore e dolo.

dipendere dal giudizio finale dei consumatori, i quali devono essere in grado di esprimere una consapevole libertà di scelta»).

¹⁸ Per tale intendendosi la funzione di facilitare le transazioni: essa, ovviamente, non è estranea al diritto privato europeo, nel quale tuttavia si coniuga con la funzione di regolazione del mercato. In proposito, si vedano le considerazioni di A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., 526, che definisce le disposizioni di cui agli artt. 1321 ss. c.c. «norme pensate in funzione d’una logica che si risolve nel nesso atto-diritto soggettivo e che, di conseguenza, prescinde da qualsiasi considerazione funzionale della struttura della relazione contrattuale», sottolineando che, «nella logica “pandettistica”, il nesso strutturale tra atto e diritto soggettivo è assicurato dalla teoria della volontà, che collega il diritto soggettivo – quale potere della volontà – e il negozio giuridico, inteso come dichiarazione di volontà».

¹⁹ M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 266, che ad essa contrappone la «perturbazione seriale» a cui, nell’impianto codicistico, rimedia la disciplina delle condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c.; sul punto si veda anche C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell’autonomia contrattuale nella prospettiva di diritto europeo. Breve excursus sul “contraente debole”*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 831, secondo la quale «nell’ottica generale ed astratta del codice civile, la medesima ratio di garanzia dello svolgimento formalmente paritario delle contrattazioni private è perseguita attraverso due metodi e due rimedi contrapposti, a seconda del carattere individuale o seriale del problema. Nell’un caso, attraverso l’estirpazione del contratto malformato; nell’altro attraverso la sua conservazione, salva l’eventuale inopponibilità. Nell’un caso il mercato è risanato attraverso l’eliminazione del contratto difforme dalle regole; nell’altro attraverso la sua legittimazione, con alcune misure compensative».

L'intero sistema del diritto privato contenuto nel codice civile del '42, infatti, si fonda sul principio di eguaglianza in senso formale²⁰, con l'ovvia conseguenza che, al suo interno, il soggetto di diritto viene concepito, in astratto, come un individuo unico, libero ed eguale²¹. Tuttavia, gli antagonismi economico-sociali che si celano dietro la «piattezza soggettiva del linguaggio del codice»²² erano già emersi nella transizione dalla società borghese a quella industriale, il cui contesto economico era profondamente mutato rispetto a quello che aveva fatto da sfondo alle grandi codificazioni dell'Ottocento.

È stato il fenomeno della standardizzazione dei contratti di impresa, in particolare, ad aver reso manifesto il rischio di abuso della libertà contrattuale che si annida nella disciplina generale del contratto²³: come evidenziato da accorta

²⁰ Emblematico di tale impostazione è quanto afferma F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*³, Milano, 1948, 32, per cui «parità giuridica significa che entrambi i contraenti godono di tutela di eguale intensità, da parte della legge; che nessuno di essi può fare appello se non alla libera determinazione dell'altro, perché addivenga alla stipulazione del contratto (libertà di contrarre) e che nessuno di essi può imporre unilateralmente il contenuto del contratto (libertà contrattuale)».

²¹ P. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984, 113, parla di «un soggetto interamente libero a condizione che la sua libertà si eserciti esclusivamente come libertà giuridica formale, come libertà astratta di usare tutte le forme giuridiche, e non già come potere di modificare le condizioni materiali dalle quali dipende in ultima istanza l'effetto pratico di tale uso»; ID., *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987, 32. In tema si veda anche V. SCALISI, *Fonti – Teoria – Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della post-modernità*, cit., 7, secondo cui ciò è funzionale «alla predisposizione di una tutela soltanto difensiva e statica in linea con il processo storico che dallo *status* aveva progressivamente menato al contratto: tutela non solo del tutto astraente dalle differenti condizioni e qualità degli agenti storici della trasformazione sociale, ma pure e soprattutto fondamentalmente incentrata e ragionata sulle categorie patrimonialistiche dell'*avere*, con l'individuo assunto a mero “possessore” di beni o “produttore” di reddito».

²² A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni Settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 904, il quale evidenzia che gli elementi di differenziazione presenti riguardavano soltanto l'ambito del lavoro e delle professioni.

²³ G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, cit., 155, evidenzia che risalgono agli anni Settanta dell'Ottocento le prime critiche sociali alla codificazione del 1865, che non aveva preso in considerazione la disuguaglianza economica e sociale delle parti né il problema del possibile abuso della libertà contrattuale, che sarebbe poi emerso appieno all'inizio del Novecento. Per quel che specificamente riguarda la standardizzazione contrattuale, l'Autore sottolinea l'importanza di L. Mossa, che ha tentato di «di risolvere il problema dei contratti

dottrina, la contrattazione di massa tende a svolgersi in una sostanziale e sistematica deroga alle regole di diritto dispositivo contenute nel codice civile²⁴, le quali, concedendo una libertà astratta, dischiudono la possibilità che la parte con minor potere negoziale sia sopraffatta dal contraente più forte²⁵.

Rispetto a questo modello, rivelatosi incapace di far fronte agli sviluppi del mercato nella società post-industriale²⁶, la peculiarità delle regole di matrice europea risiede nel fatto che esse attribuiscono nuova rilevanza alla qualificazione soggettiva delle parti, che diviene condizione necessaria e sufficiente affinché trovi applicazione la disciplina dei contratti del consumatore²⁷.

standard contrassegnati dalla disparità di forza economica dei contraenti forzando le tradizionali categorie civilistiche nella direzione di quello che oggi, efficacemente, è stato chiamato “solidarismo ermeneutico”» (sul punto si veda anche ID., *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in *Quaderni fiorentini*, 2016, 249).

²⁴ P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in ID. (a cura di), *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: Atti della tavola tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania: 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970, 109; ID., *Introduzione a L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, Roma-Bari, 1973, VIII, osserva che «interi settori del diritto privato (l'ordinamento della società civile degli uomini liberi che entrano in relazione attraverso il contratto di scambio) sono di fatto disapplicati: ad esempio il diritto dispositivo relativo ai rapporti contrattuali (cioè, le norme che si applicano solo se la volontà delle parti non ha disposto diversamente), che avrebbe dovuto assicurare un'adeguata tutela per il compratore e un equo temperamento degli interessi per i normali rapporti d'affari, viene sostanzialmente disapplicato nella prassi contrattuale. Questi istituti non operano perché l'imprenditore vanifica ogni forma di tutela dell'altro contraente, derogando al diritto dispositivo con la contrattazione di massa; cioè con la predisposizione unilaterale di una serie di regolamenti che vengono imposti al consumatore [...]. Ciò sta a significare che un intero settore, che si riteneva sottoposto al controllo giuridico, adesso è un'area completamente estranea al diritto». G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977, 175, ritiene che gli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c. siano «direttive a sostegno dell'impresa, cui si garantisce il più ampio campo d'azione».

²⁵ A. DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, in P. BARCELLONA (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali: il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, 112, ritiene che «la categoria contrattuale ha tratto storicamente la sua legittimazione dal potere eguale dei contraenti di raggiungere l'optimum dell'equilibrio (di scambio)», sicché «la crisi della categoria è da collegare alla messa in discussione di quel potere eguale».

²⁶ P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Milano, 1973, 276.

²⁷ L'art. 3, comma 1°, lett. a) del Codice del consumo definisce il consumatore o utente come «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

Infatti, il 1° comma dell'art. 33 del Codice del consumo, adottato con d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, attribuisce un rilievo decisivo alla circostanza che il contratto sia stato concluso tra il consumatore e il professionista, al fine di soddisfare interessi e bisogni della vita personale che esulano da qualsiasi dimensione in senso lato professionale²⁸.

Tramontata l'idea della neutralità del diritto privato, gli interventi normativi a protezione del consumatore – che, come si è detto, appaiono nel loro complesso finalizzati a mettere quest'ultimo nella condizione di compiere scelte d'acquisto effettivamente libere e consapevoli²⁹ – vedono affidato al contratto il compito di trasmettere le informazioni ritenute essenziali per ripristinare e mantenere il corretto funzionamento della dinamica concorrenziale, alle quali il consumatore non riuscirebbe altrimenti ad accedere³⁰.

²⁸ A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni Settanta del diritto privato*, cit., 908, ritiene che ciò costituisca «l'aspetto peculiare di questi rapporti rispetto al modello di rapporto di scambio cui è improntato lo schema tradizionale della vendita intesa come affare». Sul punto, più approfonditamente, si veda anche ID., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 558.

²⁹ Sul rapporto che intercorre fra informazione e disparità di potere contrattuale si veda A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 561, secondo cui l'informazione incide direttamente sulla forza contrattuale.

³⁰ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., 40, evidenzia che «le maggiori difficoltà circa la gestione del fallimento del mercato sono emerse non tanto a livello delle informazioni relative ai prodotti o ai servizi (individuazione di soglie minime di sicurezza e di qualità e di puntuali illustrazioni delle differenze: la c.d. *factual information*), quanto a livello delle informazioni aventi ad oggetto i diversi e molteplici «trattamenti giuridici» presenti nei contratti (*legal information*)»; l'Autore prosegue osservando come questa «progressiva opacizzazione delle operazioni contrattuali produce effetti negativi in misura maggiore su quel segmento del mercato in cui entrano in campo i consumatori, ossia i soggetti normalmente più «dipendenti» da un sistema diffuso di informazioni e che peraltro sono in grado di valutare sì il prezzo (per cui sono *price conscious*) ma ben più difficilmente le clausole contrattuali (per cui non sono *term conscious*)». Per far fronte a questo problema, A. SCHWARTZ, *Legal Implications of Imperfect Information in Consumer Markets*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 151, 1995, 31, ha suggerito di uniformare le informazioni fornite ai consumatori («standardize the formats in which firms provide information, thereby facilitating comparison»).

Nel quadro di una disciplina che attribuisce rilevanza all'appartenenza a una determinata categoria soggettiva, il contratto di consumo, veicolando informazioni uniformi rispetto al suo contenuto economico e normativo³¹, contribuisce a strutturare un circuito informativo³² che, realizzando quella condizione di trasparenza che è il presupposto indefettibile affinché possa efficacemente operare la concorrenza³³, dovrebbe consentire anche ai consumatori – che si presumono contraenti più deboli e/o inesperti rispetto alla controparte professionale – di autodeterminarsi consapevolmente.

Alla luce di quanto sinora esposto, può sostenersi, in via di prima approssimazione, che la legislazione in senso lato consumeristica abbia funzionalizzato lo strumento contrattuale in vista della tutela di un interesse strumentale del consumatore³⁴, la cui protezione, ad ogni modo, si intreccia

³¹ Dal quale, come si vedrà meglio nel prosieguo, sono espunte tutte quelle clausole considerate vessatorie, che sono colpite da nullità.

³² S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno. Le regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 257, rileva che «nel diritto europeo dei contratti le regole di informazione hanno la precedenza sulle regole di contenuto. Il fattore centrale affinché sia assicurata una concorrenza vera ed efficiente risiede proprio nell'informazione e nel diritto all'informazione». Questa strategia normativa prende il nome di “neo-formalismo informativo”. In argomento si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività: N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985; P. PERLINGIERI, *Forma degli atti e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 705; R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999; U. BRECCIA, *La forma*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, I, *Formazione*, Milano, 2006, 465; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 119; G. D'AMICO, voce «Formazione del contratto», in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, 582; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; ID., voce «Neoformalismo contrattuale», in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2011, 772; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011; G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013.

³³ M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 437.

³⁴ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 67, invita a recuperare e valorizzare la distinzione tra interesse strumentale e interesse sostantivo, formulata da G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969. Quest'Autore, muovendo dalla critica alla nozione

indissolubilmente con la protezione di un interesse generale e diffuso al corretto funzionamento del mercato interno unico e del modello di economia sociale su cui tale mercato poggia le sue fondamenta.

In questa prospettiva, in un contesto in cui le operazioni economiche si ripetono attraverso atti uniformi³⁵, la libertà di determinare il contenuto contrattuale non può venir attribuita incondizionatamente, ma dev'esser parimenti funzionalizzata a quegli obiettivi di strutturazione e regolazione del mercato di cui si è parlato poc'anzi. Infatti, se il contratto è chiamato a concorrere alla realizzazione di tali obiettivi, allora anche l'autonomia del professionista, che quegli atti predispone perlopiù unilateralmente, dev'essere conformata mediante l'imposizione eteronoma di un contenuto prescrittivo minimo, coerente con il sistema voluto dal legislatore europeo.

di consenso quale incontro e fusione delle volontà dei contraenti e attribuendo autonomia concettuale al procedimento di conclusione dell'accordo, aveva suggerito che quest'ultimo attenesse piuttosto «alla determinazione dei momenti dell'*iter* formativo del contratto, a cui sono riconducibili le varie «tecniche, obiettivamente considerate, attraverso le quali, secondo il diritto positivo, si forma il consenso», che «dipendono essenzialmente dalle scelte del legislatore, le quali sono ispirate, secondo i diversi ordinamenti, alle finalità pratiche ora indicate»; in questa prospettiva, «la varia configurazione dei procedimenti riflette essenzialmente il variare dell'interesse strumentale circa il modo in cui l'assetto di interessi si configura»). Il legislatore europeo, essendo ben conscio del fatto che nella contrattazione di massa non ha luogo alcuna trattativa, attribuisce grande rilevanza all'interesse strumentale a che il contraente debole compia scelte negoziali consapevoli, come dimostra l'introduzione di una copiosa serie di obblighi di informazione e di forma-contenuto, nonché quella di un diritto di recesso in capo al consumatore: sul punto si rinvia a G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 351.

³⁵ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 721, ritiene sia incontestabile «il contrarsi del momento regolativo pattizio – sino a ridursi in alcuni casi a regola dettata da una sola parte (come in ipotesi di c.d. contratti di massa), e in molti altri casi a scomparire del tutto (come nei segnalati scambi televisivi, elettronici o telematici). Ed è naturale poi che tale contrazione, riduzione o scomparsa della regola pattizia non resti senza effetto e anzi reagisca sulle stesse modalità di formazione del contratto, inducendo una sensibile alterazione del normale dispiegarsi della vicenda contrattuale quale delineato dagli artt. 1326 ss. c.c., con conseguente notevole rarefazione del momento dell'accordo».

Tutto ciò, evidentemente, non poteva che riverberarsi anche sulla patologia del contratto di consumo: quello che si intende verificare nel prosieguo, tramite l'esame del dato normativo, è in che modo il regime giuridico della nullità abbia risentito di tale funzionalizzazione³⁶.

Più nel dettaglio, ci si chiede se quei caratteri che, variamente combinandosi, connotano le nullità di matrice europea – come si vedrà a breve, si tratta della relatività, della rilevabilità d'ufficio e della parziarietà necessaria, eventualmente assistita da meccanismi di integrazione e/o sostituzione – siano l'espressione di una regola di sistema.

Se questo fosse il caso, se ne potrebbe inferire che, ogni volta che si sia in presenza di una norma che tutela l'interesse strumentale del consumatore, alla sua violazione consegua, anche nel silenzio del legislatore, la nullità, i cui effetti vanno modulati in base a una strategia conformativa che rifugga dal canone codicistico dell'inefficacia integrale, in considerazione del fatto che l'interesse sostantivo divisato dai contraenti, non essendo avversato dall'ordinamento, non giustifica un totale diniego della protezione giuridica³⁷.

³⁶ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 648, parla di nullità “conformata dal mercato”, riferendosi al fatto che la nullità «è divenuta in prospettiva europea un rimedio sempre più dipendente e relato, e cioè *conformato*, quanto a struttura e funzione, ma anche nel suo fondamento sostanziale, dal tipo di operazione contrattuale posta in essere, valutata sia dal punto di vista dello specifico assetto di interessi in gioco che sotto il profilo della particolare posizione delle parti coinvolte e della natura dei beni e servizi dedotti».

³⁷ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 698, ritiene che il diritto europeo abbia sancito «il trapasso della nullità europea da strumento essenzialmente demolitorio a tecnica invece costruttiva di graduazione della efficacia del contratto, variamente modulandola sia in estensione che in intensità con la predisposizione di regimi contrattuali duttili ed elastici». Secondo l'Autore, «il tratto identificativo e connotativo di tali figure [risiede] nella loro preordinazione al rimodellamento del regolamento contrattuale secondo canoni e criteri valutativi idonei a garantire la più efficace ed appropriata realizzazione dell'assetto di interessi volta a volta perseguito e quindi, in ultima istanza, nella loro preordinazione alla costruzione di corrispondenti regolamenti che in ragione del mezzo tecnico utilizzato e della finalità perseguita possono denominarsi *regolamenti di protezione*».

2. *Il modello delle clausole abusive: a) nel Codice del consumo*

La legge 6 febbraio 1996, n. 52, nel recepire la Direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori³⁸, ha introdotto nel Titolo secondo del Libro quarto del codice civile il Capo XIV-*bis*, rubricato «*Dei contratti del consumatore*»³⁹.

In un secondo momento, nell'ambito di un più ampio disegno di riorganizzazione e sistematizzazione delle numerose disposizioni all'epoca vigenti in materia di tutela dei consumatori, la disciplina originariamente contenuta negli artt. 1469-*bis* ss. c.c. è stata trasfusa negli artt. 33 ss. del Codice del consumo, adottato con d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206⁴⁰.

³⁸ La competenza comunitaria in materia di protezione dei consumatori è stata inizialmente radicata, oltretutto nell'art. 2 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea, in base al quale uno degli obiettivi principali della Comunità europea è il miglioramento costante delle condizioni di vita e di occupazione dei suoi cittadini, anche negli artt. 85 e 86 dello stesso, che contengono regole finalizzate ad assicurare la concorrenza tra imprese. Sulla scorta di ciò, nel 1973 l'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa aveva approvato la Carta europea di protezione dei consumatori, ivi definiti «ogni persona fisica o morale, alla quale siano venduti beni o forniti servizi per uso privato». Con la risoluzione del 24 aprile 1975, la Commissione europea aveva dunque stilato un programma di azioni a difesa dei consumatori, la cui protezione sarebbe tecnicamente diventata una politica comunitaria del primo pilastro soltanto con il Trattato di Maastricht, entrato in vigore il 1° novembre 1993, il cui art. 153 stabiliva che «al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi».

³⁹ P.M. PUTTI, *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, cit., 452, osserva che, dal punto di vista sistematico, «la scelta di inserire un nuovo capo all'interno del codice e di collocarlo dopo l'art. 1469 c.c.» ha sancito «la consacrazione dell'avvenuta differenziazione, a livello normativo, di due sistemi giuridici distinti in materia contrattuale: uno tradizionale, per i contratti che possono definirsi di diritto comune, ed un altro, frutto del processo di armonizzazione ed integrazione tra diritti degli Stati membri della Comunità Europea, riguardante i contratti tra le imprese ed i consumatori e tra le imprese stesse».

⁴⁰ G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 65; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 35; S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 46; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 432 e, con riferimento al d. lgs. n. 206 del 2005, ID., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, 159; U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 375.

Come si è già avuto modo di dire, il Codice del consumo – che al suo interno riproduce la dialettica fra generalità e specialità a cui sono affidati i rapporti fra Titolo secondo e Titolo terzo del Libro quarto del codice civile – è chiamato a disciplinare i rapporti contrattuali fra consumatori e professionisti, ferma restando, per quel che non è in quella sede previsto, l'applicabilità, in via integrativa e residuale, della disciplina del contratto in generale⁴¹.

Nonostante, a prima vista, il suo baricentro sembri risiedere in un concetto di ordine soggettivo, la disciplina a tutela del consumatore si incentra essenzialmente sul contratto che dà veste all'atto di consumo⁴², oggetto di regole che, come pure si è già avuto modo di dire, mirano a rimuovere quei fallimenti del mercato che possono considerarsi fisiologici⁴³. In questa prospettiva, le nullità che ci si accinge ad esaminare – unitamente alla figura del recesso di pentimento, che però esula dal campo della presente indagine – appaiono rimedi operanti qualora il professionista abbia eluso quei presidi preventivi finalizzati, in ultima analisi, a conformare il c.d. «potere normativo dell'impresa»⁴⁴.

⁴¹ G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 153, evidenzia che ciò «rafforza l'idea del valore innovativo delle leggi speciali e la convinzione del codice generale come tessuto connettivo tra di esse». In argomento si veda anche P. SIRENA, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *N. giur. civ. comm.*, 2005, 277.

⁴² G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 21, secondo cui «difetta nel consumatore il requisito che qualifica lo *status*: l'appartenenza istituzionale di un soggetto ad una collettività più o meno estesa, a un gruppo organizzato. Qualunque persona fisica può essere consumatore: questo è il ruolo che essa, volta per volta, anche scambievolmente, in concreto può assumere». Sul concetto di *status* si veda, *amplius*, P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 209.

⁴³ V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, cit., 106, ritiene “fisiologiche” «le asimmetrie di potere contrattuale risultanti – in termini non individualizzati, ma piuttosto standardizzati per intere classi di contraenti – dalle obiettive posizioni di mercato occupate dall'una e rispettivamente dall'altra parte del contratto».

⁴⁴ A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, 193; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 311.

Paradigmatico, in tal senso, è l'art. 36 del Codice del consumo, rubricato «Nullità di protezione»⁴⁵: la norma stabilisce che le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33⁴⁶ e 34⁴⁷ dello stesso sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto, e che la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice⁴⁸.

⁴⁵ L'esplicita qualificazione del vizio che colpisce le clausole vessatorie ha messo fine al dibattito che aveva diviso gli interpreti nel vigore dell'art. 1469-*quinquies* c.c., che discorreva di inefficacia anziché nullità: per una ricostruzione analitica delle varie posizioni assunte dagli interpreti nell'ambito di tale dibattito e dei suoi snodi principali si rinvia a G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 625. In proposito, è opportuno riportare quanto osservato da L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1998, 541, il quale ha notato che «la traduzione italiana di *unwirksam* col termine inefficace, pur filologicamente esatta, non deve far dimenticare che nel linguaggio tecnico-giuridico tedesco la parola *unwirksamkeit* designa la nullità del negozio giuridico».

⁴⁶ L'art. 33 del Codice di consumo stabilisce, al 1° comma, che «nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»; la norma prosegue, al 2° comma, elencando un nutrito numero di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria.

⁴⁷ L'art. 34 del Codice del consumo stabilisce, che «la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende»; la norma prosegue, al 2° comma, chiarendo che «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile». In ogni caso, ai sensi del 4° comma, non si considerano vessatorie «le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale», con l'eccezione delle clausole che hanno per oggetto o per effetto di «a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista», le quali, ai sensi del 2° comma dell'art. 36, «sono nulle, quantunque oggetto di trattativa». Infine, il 5° comma stabilisce che «nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore».

⁴⁸ A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., 114, ritiene che ciò dipenda dal fatto che «in tutte le nuove nullità di protezione, come nelle antiche, interesse generale e privato si intrecciano». Quanto alla relatività della legittimazione all'azione, l'Autore sostiene che «non si vede l'interesse

Questo modello è stato riprodotto negli artt. 67-*septies decies*⁴⁹ e 67-*octies decies*⁵⁰, in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, e nell'art. 134, in materia di vendita di beni di consumo⁵¹.

all'azione di parti non protette ma anzi represses dalla comminatoria, la cui iniziativa non potrebbe trovare ragione che in opportunismi sopravvenuti»; quanto al potere-dovere di rilievo officioso, «l'interesse generale vuole che il giudice sia sempre tenuto a rilevare la nullità di questi patti. E può farlo senza remore quando “la nullità opera solo a vantaggio del consumatore”, cioè cancella solo le parti del patto che al consumatore noccono». Infatti, è caratteristico delle nullità di protezione «incidere sul contratto, ogni volta che nel concreto ciò è possibile, solo in modo parziale, cioè limitatamente a quella parte del patto che pregiudica il contraente protetto». Secondo l'Autore, in ciò si rivelerebbe «la non specialità delle nullità di protezione: perché questa è notoriamente anche la regola ordinaria. La specificità che esse manifestano, però, si rivela nel fatto che non è possibile in questi casi all'altro contraente pretendere l'estensione della nullità all'intero patto (salvo quando eccezionalmente esso con l'ablazione della clausola o parte venga a perdere la sua causa), sostenendo che senza quella parte non lo avrebbe concluso».

⁴⁹ In origine, si trattava dell'art. 16, commi 4° e 5°, del d. lgs 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della Direttiva 2002/65/CE, confluito nel Codice del consumo per effetto del d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221. La disposizione stabilisce che il contratto è nullo ogniqualvolta il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente, non rimborsi le somme da questi eventualmente pagate oppure violi gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle caratteristiche contrattuali. In tutti e tre i casi, la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e la relativa declaratoria obbliga entrambe le parti a restituire le prestazioni effettuate in precedenza, salvo che si tratti di contratto di assicurazione; in quest'ultimo caso, infatti, l'impresa è tenuta alla restituzione dei premi pagati e deve adempiere alle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione, mentre non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte dall'impresa agli assicurati e agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative.

⁵⁰ In origine, si trattava dell'art. 17, comma 1°, del d. lgs 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della Direttiva 2002/65/CE, confluito nel Codice del consumo per effetto del d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221. La disposizione, dopo aver enunciato l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore dalla Sezione IV-bis del Codice di consumo, prevede che sia nulla ogni pattuizione che privi il consumatore della protezione assicuratagli da tali diritti e stabilisce che la nullità possa essere fatta valere solo dal consumatore e sia rilevabile d'ufficio dal giudice.

⁵¹ In origine, si trattava dell'art. 1519-*octies* c.c., introdotto nel corpo del codice dal d. lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, in attuazione della Direttiva 99/44/CE. La disposizione in questione stabilisce che sia nullo ogni patto, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volto a escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti al consumatore in materia di vendita di beni di consumo, e che la nullità possa essere fatta valere solo dal consumatore e possa essere rilevata d'ufficio dal giudice. Come osserva M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 532, questa norma «è sembrata particolarmente significativa quando è stata introdotta nella sua originaria formulazione nel codice civile (art. 1519-*octies* c.c.), poiché, più esplicitamente di quanto non facesse allora la disciplina delle clausole vessatorie, già utilizzava testualmente il termine nullità per descrivere la complessa sorte dei patti lesivi dei diritti

Ulteriori previsioni di nullità di singole clausole si rinvencono nel 1° comma dell'art. 56, concernente gli obblighi del professionista in caso di recesso⁵², nel 1° comma dell'art. 78, in materia di contratti di multiproprietà e prodotti per le vacanze di lungo termine⁵³, e nell'art. 124, in materia di clausole di esonero dalla responsabilità per danno da prodotti difettosi⁵⁴.

Da ultimo, l'art. 143, inserito fra le disposizioni finali a mo' di norma di chiusura, stabilisce in via generale che i diritti attribuiti ai consumatori dal Codice del consumo sono irrinunciabili e che ogni pattuizione in contrasto con le sue disposizioni è nulla: nel silenzio del legislatore, bisogna supporre, in via di interpretazione sistematica, che si tratti di una nullità di protezione virtuale e che l'irrinunciabilità, da intendersi quale indice dell'indisponibilità dell'interesse protetto dalla norma, comporti necessariamente la rilevabilità d'ufficio della nullità, purché ciò vada a vantaggio del consumatore⁵⁵.

del contraente debole, tanto da apparire quasi come un'interpretazione autentica dell'art. 1469-*quinquies* c.c.».

⁵² Che prevede la nullità di qualsiasi clausola che dispone limitazioni al rimborso nei confronti del consumatore delle somme versate in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso.

⁵³ Che prevede la nullità delle clausole contrattuali o dei patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti attribuiti dal Capo primo del Titolo quarto del Codice di consumo o di limitazione delle responsabilità ivi previste a carico dell'operatore.

⁵⁴ Che prevede la nullità di qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente, nei confronti del danneggiato, la responsabilità prevista dal Titolo primo della Parte quarta del Codice di consumo.

⁵⁵ Sul potere-dovere di rilievo officioso della nullità della clausola abusiva, la Corte di giustizia si è inizialmente limitata ad affermare che «il giudice nazionale nell'esaminare l'ammissibilità di un'istanza propositagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto di cui è causa» (C. Giust. CE, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA c. Roció Murciano Quintero e Salvat Editores SA c. José M. Sánchez Alcón Pradès e altri*; nello stesso senso C. Giust. CE, 21 novembre 2002, causa C-473/2000, *Cofidis SA c. J. Fredout*). Successivamente, muovendo dal presupposto che l'art. 6 della Direttiva 93/13/CEE è «una norma imperativa che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse», la Corte ha chiarito che non si tratta di una facoltà, ma che «il giudice nazionale è tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale» (C. Giust. CE, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*; nello stesso senso, da ultimo, C. Giust., 16 febbraio 2016, causa C-

Da questa panoramica, emerge come, all'interno del Codice del consumo, ricorra un modello di nullità che, andando a colpire singole clausole, appare caratterizzato dalla necessaria parziarietà della stessa: dal momento che la lesione dell'interesse strumentale del consumatore è circoscritta alla clausola che è oggetto del giudizio di disvalore, una volta che tale clausola sia stata rimossa il contratto, così epurato, è destinato, per il resto, a sopravvivere.

49/2014, *Finanmadrid EFC SA c. Zambrano e altri*). Quanto al profilo della operatività a vantaggio del consumatore, C. Giust. CE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon GSM c. Erzsébet Sustikné Györfi*, ha affermato che il giudice, avendo il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della Direttiva 93/13/CEE, non deve «disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo esser stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante». Mitigano l'apparente disponibilità del rimedio, che è comunque posto a tutela di un interesse generale, C. Giust. UE, 9 novembre 2010, causa C-137/2008, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ferenc Schneider* (su cui si rinvia a F.P. PATTI, *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, in *Contr.*, 2011, 113) e, in termini ancora più espliciti, C. Giust. UE, 21 febbraio 2013, causa C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt c. C. Csipai*, secondo cui «il principio del contraddittorio impone, di norma, al giudice nazionale che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale di informarne le parti della controversia e di dare loro la possibilità di discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali». Nella giurisprudenza interna, entrambi i profili sono stati recepiti da Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Giur. it.*, 2015, 70, che ha evidenziato come la pretesa contraddizione tra la legittimazione riservata e la rilevabilità d'ufficio sia solo apparente, dal momento che «il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'eguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)», e ciò «poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese». La pronuncia in esame ha poi sottolineato che il potere-dovere di rilievo officioso dev'esser riservato «al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela»; una volta che il giudice abbia rilevato la nullità e sollecitato il contraddittorio sul punto, il consumatore «conserva pur sempre la facoltà di non avvalersene, chiedendo che la causa sia decisa nel merito (perché, ad esempio, ha valutato la clausola stessa in termini di maggior convenienza, nonostante la sua invalidità). In questo caso il giudice, dopo averla (obbligatoriamente) rilevata, non potrà dichiarare in sentenza, nemmeno in via incidentale, la relativa nullità». Sul punto si rinvia alla approfondita disamina di R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1141: S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *N. giur. civ. comm.*, 2015, 185.

Fondandosi «sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse»⁵⁶, questa nullità – in deroga a quanto previsto dall'art. 1419, 1° comma, c.c.⁵⁷ – opera a prescindere da qualsiasi valutazione sull'essenzialità che, nell'intento delle parti, rivestiva la clausola che ne è colpita⁵⁸, fondandosi sulla mera, oggettiva possibilità di rimuovere quest'ultima dal resto del contratto⁵⁹.

Pertanto, deve ritenersi che, anche in mancanza di un'espressa indicazione legislativa in tal senso, la legittimazione a far valere la nullità vada riservata al solo consumatore – o, comunque, vada sottratta al professionista, che ha abusato della sua posizione per predisporre un contenuto normativamente squilibrato a suo vantaggio – e che il giudice sia tenuto a rilevare d'ufficio il vizio e, sollecitato il contraddittorio sul punto, disapplicare la clausola⁶⁰.

⁵⁶ C. Giust. CE, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Ocèano Grupo Editorial SA c. Rocío Murciano Quintero e Salvat Editores SA c. José M. Sánchez Alcón Pradés e altri*, par. 26.

⁵⁷ G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 230; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. priv.*, 1971, 707.

⁵⁸ S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. impr.*, 1994, 1097, nell'escludere l'applicabilità dell'art. 1419 c.c. osserva che «è chiaro, infatti, che *ex latere proferentis*, la clausola vessatoria è sempre essenziale e, dunque, il contratto sempre nullo».

⁵⁹ P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, 154; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 113 Con meccanismo analogo, in relazione all'art. 85 del Trattato CEE (successivamente riversato nell'art. 81 del Trattato istitutivo della Comunità europea, ora art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), relativo agli accordi anti-concorrenziali, C. Giust. CEE, 13 luglio 1966, cause riunite C-56-64 e C-58-64, *Consten e Grundig c. Commissione CEE*, ha chiarito che, qualora la situazione riconosciuta incompatibile con tale norma non derivi dall'azione concomitante di tutte le clausole dell'accordo né dall'effetto globale di questo, bensì da determinate clausole del contratto, la nullità assoluta «colpisce i soli elementi dell'accordo soggetti al divieto, ovvero l'accordo nel suo complesso qualora detti elementi appaiano essenziali per l'accordo stesso».

⁶⁰ A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, 98; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837; S.

Questa conclusione sembrerebbe rafforzata dal rilievo della centralità sistematica assunta dall'art. 36 del Codice di consumo, significativamente collocato all'interno del Titolo primo, dedicato ai rapporti di consumo in generale, e dunque destinato a ricevere un'applicazione transtipica: in questa norma, che è espressione dell'ordine pubblico economico⁶¹, il legislatore parrebbe aver cristallizzato lo statuto della nullità di protezione, la cui fisionomia era stata progressivamente plasmata ad opera della giurisprudenza europea⁶².

Pure nel modello normativo delle clausole abusive, allora, la nullità presidia un interesse generale: tuttavia, anziché far prevalere quest'ultimo sul regolamento di interessi diviso dalle parti, si limita a correggerlo, negando efficacia a quei contenuti che, ledendo l'interesse strumentale del consumatore, paiono il prodotto di un esercizio distorto della libertà contrattuale⁶³.

MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 30, ritiene che da ciò «non emerge tanto la sfiducia verso la capacità del consumatore di tutelare i propri interessi, quanto la preoccupazione di non disgiungere l'interesse di costui dall'interesse pubblico alla correttezza delle contrattazioni: una valutazione, questa, rimessa all'apprrezzamento del giudice ed al suo impulso officioso».

⁶¹ C. Giust. CE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Nogueira*, par. 52, afferma che, in considerazione della natura pubblica e generale dell'interesse su cui si fonda la disciplina consumeristica, l'art. 6 della Direttiva 93/13/CEE «deve essere considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico». Questa norma, che il legislatore italiano ha trasposto nell'art. 36 del Codice del consumo, stabilisce che gli Stati membri debbano prevedere che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista non vincolino il consumatore e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso non possa sussistere senza le clausole abusive.

⁶² A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, cit., 136, ritiene che l'art. 36 del Codice del consumo, prevedendo che la nullità operi soltanto a vantaggio del consumatore, «assolve una propria autonoma funzione, nella misura in cui riconosce solo al consumatore la legittimazione a far valere la nullità e impedisce al giudice di rilevarla d'ufficio allorché questa si traduca concretamente in uno svantaggio per il contraente tutelato». Sulle potenzialità espansive della norma si veda anche R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di cassazione, cit., 1150, secondo cui, se ne ricorrono i presupposti, la relativa disciplina può estendersi analogicamente alle nullità di protezione virtuale, per tali intendendosi tutte quelle ipotesi di nullità testuale che tacciono sul regime loro applicabile.

⁶³ Ciò è confermato dal fatto che, ai sensi dell'art. 34, comma 4° del Codice del consumo, qualora la clausola sia stata oggetto di trattative, il giudizio di abusività cede il passo alla validità della stessa.

In ragione di ciò, questa nullità è stata definita funzionale: essa, infatti, «sta in diretto e immediato rapporto di congruenza e di corrispondenza con un determinato assetto di interessi, in ragione della natura degli stessi, della specifica posizione delle parti, dei beni e servizi negoziati»⁶⁴.

In maniera non dissimile da quanto accade nel codice civile, quindi, anche nel contesto consumeristico la nullità si rivela uno strumento atto a consentire un controllo sull'esercizio della libertà contrattuale da parte dei privati. Tuttavia, mentre nell'impianto codicistico la negazione dell'efficacia giuridica consegue a un giudizio di disvalore che dipende dal contrasto fra l'interesse generale e l'interesse sostantivo delle parti, alla cui soddisfazione era preordinato il regolamento contrattuale a cui viene negata la protezione giuridica, nel contesto consumeristico il contrasto coinvolge pure un interesse strumentale.

Dal momento che tale interesse è sovrapponibile e coincide con l'interesse generale al buon funzionamento del mercato interno unico e alla correttezza delle contrattazioni che vi si svolgono, la soglia della tutela è anticipata alla fase prodromica all'effettivo esercizio dell'iniziativa economica; ne discende che, ogniqualvolta l'autonomia privata, di fatto, sia stata esercitata in contrasto con tale interesse, il giudizio di disvalore investe le pattuizioni, singolarmente considerate, in cui si concreta il contrasto, e non già l'intero regolamento contrattuale, che di per sé non persegue interessi avversati dall'ordinamento⁶⁵.

⁶⁴ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 657; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 59, ritiene che questa nullità sia «uno strumento cioè di protezione di determinati interessi e non più una sanzione posta a tutela di un interesse superiore, diverso e (magari) contrapposto rispetto a quello delle parti». Anche Cass., Sez. un., 21 dicembre 2014, n. 26242, discorre di nullità «di tipo funzionale, in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale»

⁶⁵ Sulla distinzione tra interesse strumentale e interesse sostantivo si rinvia nuovamente a G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 56, secondo cui «la strumentalità dell'effetto procedimentale deve intendersi, dunque, non con riferimento alla realizzazione dell'interesse

Nonostante i limiti di questo modello, che ha suscitato grandi incertezze interpretative per quel che riguarda la gestione delle lacune contrattuali conseguenti alla caducazione della clausola abusiva⁶⁶, a ben vedere esso appare pienamente

sostantivo, sibbene, prima ancora, sul piano strutturale, con riferimento all'attività giuridica diretta a porre l'autoregolamento».

⁶⁶ Si fa riferimento alla questione delle conseguenze, sulla sorte del contratto, della soppressione di una clausola essenziale ancorché abusiva. In nome del principio di effettività della tutela, la giurisprudenza europea si è mostrata ferma nell'escludere la possibilità di qualsiasi forma di etero-integrazione, giudiziale o legale, del contratto da cui sia stata espunta una clausola abusiva: secondo la Corte, tale contratto «deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile» (cfr. C. Giust. UE, 14 giugno 2012, causa C-618/2010, *Banco Espanol de Crèdito SA c. Joaquín Calderón Camino*, in cui si afferma che contrasta con l'art. 6.1 della Direttiva 93/13/CEE una normativa che «consent[*a*] al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola»; nello stesso senso C. Giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Asbeek Brusse e Man Garabito c. Jahani BV* e, da ultimo, C. Giust., 21 gennaio 2015, *Unicaja Banco SA e Caixabank SA c. José Hidalgo Rueda e a.*, sui cui si rinvia a S. PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, in *N. giur. civ. comm.*, 2015, 424, il quale sottolinea anche che «la rettifica giudiziale viene poi percepita come una tecnica affetta dal vistoso contrappunto di uno svolgersi secondo un'episodicità operativa fisiologicamente idonea a compromettere la calcolabilità delle decisioni e la certezza dei traffici»). Critico A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 16, secondo cui la stessa conservazione del contratto così come appare all'esito della caducazione della clausola abusiva costituisce una tipologia di tecnica integrativa, dal momento che «la correzione di un regolamento negoziale può avvenire anche mediante "sottrazione"» (sul punto si veda anche ID., *La correzione del "contratto abusivo"*, in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità di diritto privato*, cit., 376). Tuttavia, qualora l'abusività inerisca a una clausola essenziale, la Corte, onde evitare la caducazione dell'intero contratto, ha ammesso la possibilità «di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva», purché ciò non si riveli più svantaggioso per il consumatore rispetto alla pura disapplicazione della clausola (cfr. C. Giust., 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, che prosegue affermando che «la sostituzione ad una clausola abusiva di una disposizione nazionale di natura suppletiva è conforme all'obiettivo dell'art. 6, paragrafo 1 della Direttiva 93/13/CEE, dato che, secondo la giurisprudenza consolidata, tale disposizione tende a sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza fra queste ultime e non ad annullare qualsiasi contratto contenente clausole abusive»). Sul punto si veda S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso e integrazioni del contratto. Saggi*, Torino, 2013, 110; ID., *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione tra Corte di Giustizia, Corte*

coerente con gli obiettivi di politica economica perseguiti a monte dal legislatore europeo, di cui si è dato ampiamente conto in apertura del presente capitolo: la nullità di quei contenuti negoziali che sono considerati abusivi, a cui non è del tutto estraneo un intento latamente sanzionatorio, dovrebbe infatti dissuadere il professionista dall'inserirli nei suoi contratti⁶⁷ e, pertanto, tradursi in un miglioramento, a tutto vantaggio della platea dei consumatori, dal lato dell'offerta di beni e servizi, a sua volta strumentale a garantire e promuovere la concorrenzialità del mercato interno unico⁶⁸.

Costituzionale ed ABF: il "mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale, in *Contr.*, 2014, 737; F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2014, 737; in senso parzialmente difforme G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante diritto dispositivo*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso e integrazioni del contratto*, cit., 213; A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Dir. civ. contemp.*, 2014, 1. La soluzione della ri-espansione del diritto dispositivo, ad ogni modo, lascia impregiudicata la questione della sorte del contratto da cui sia stata espunta una clausola abusiva essenziale ogniqualevolta manchi una norma suppletiva nel diritto positivo, la cui criticità è acuita dal fatto che la nullità dell'intero contratto dovrebbe essere, nel contesto consumeristico, ipotesi del tutto eccezionale (anche se C. Giust., 15 marzo 2012, causa C-453/10, *Jana Pereničová c. SOS financ spol. S.r.o.*, seppur isolatamente e in un *obiter dictum*, sembrerebbe ammetterla «qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore»). In proposito, si segnala che il Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario, con decisione n. 3955 del 24 giugno 2014, ha stabilito l'applicabilità dell'art. 1224, 1° comma, c.c. a seguito della declaratoria di nullità di una clausola con cui erano stati pattuiti interessi moratori manifestamente eccessivi, ritenendo che «l'obbligo del debitore inadempiente di continuare a pagare gli interessi convenuti, rappresenta la massima sanzione civilistica che si possa prevedere e che quindi appare indubbiamente adeguata».

⁶⁷ Enfatizza questa funzione deterrente C. Giust. CE, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA c. Roció Murciano Quintero e Salvat Editores SA c. José M. Sánchez Alcón Pradès et al.*, secondo cui il potere-dovere di rilievo officioso dell'abusività della clausola «può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori». In termini analoghi C. Giust. UE, 14 giugno 2012, causa C-618/2010, *Banco Espanol de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, che valorizza «l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione, nei confronti del consumatore, di siffatte regole». Negli stessi termini C. Giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Asbeek Brusse e Man Garabito c. Jahani BV*; C. Giust. UE, 24 marzo 2014, causa C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais SA c. F. Kalhan*; C. Giust., 21 gennaio 2015, *Unicaja Banco SA e Caixabank SA c. José Hidalgo Rueda et al.*

⁶⁸ S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 365; A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013. Questa

3. *Segue: b) nel Testo Unico Bancario. La nullità degli interessi usurari*

Il paradigma dell'art. 36 del Codice del consumo è stato fedelmente riprodotto nell'art. 127, comma 2° del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, adottato con d. lgs. n. 385 del 1° settembre 1993: la norma in questione, dopo aver previsto che le disposizioni contenute nel Titolo sesto, rubricato «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti»⁶⁹, siano derogabili solamente in senso più favorevole al cliente⁷⁰, stabilisce infatti che tutte le ipotesi di nullità ivi previste operino soltanto a vantaggio di quest'ultimo e possano essere rilevate d'ufficio dal giudice⁷¹.

A venire in rilievo è anzitutto l'art. 117, il quale, al 1° comma, stabilisce che i contratti bancari debbano essere redatti per iscritto e che un esemplare degli stessi debba essere consegnato al cliente e poi, al 3° comma, che in caso di inosservanza della forma prescritta tali contratti siano nulli.

conclusione sembra supportata dalla tendenza, emersa chiaramente nella giurisprudenza europea, a responsabilizzare il professionista al fine di incentivare e massimizzare i consumi, e ciò nell'ottica dell'efficienza del mercato. In questa prospettiva, il sindacato sull'abusività della clausola non viene mai precluso dal fatto che il professionista abbia fornito adeguate informazioni sul significato della stessa, dovendosi comunque procedere al confronto con la disciplina che sarebbe stata applicabile in mancanza della diversa pattuizione fra le parti, onde verificare se, ragionevolmente, ci si potesse attendere che il consumatore avrebbe aderito alla clausola in seguito a un negoziato individuale (cfr. C. Giust. UE, 26 aprile 2012, causa C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt*; C. Giust. UE, 14 marzo 2013, causa C-415/11, *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*; C. Giust. UE, 16 gennaio 2014, causa C-226/12, *Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez*, su cui si veda A. LAS CASAS-M. MAUGERI-S. PAGLIANTINI, *Recent trends of the ECJ on consumer protection: Aziz and Constructora Principado*, in *European Review of Contract Law*, 2014, 444).

⁶⁹ Per tali intendendosi «qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l'intermediario», secondo la definizione offerta dall'art. 3, sez. I del Documento di Banca d'Italia intitolato «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti».

⁷⁰ G. CARRIERO-A. NAPOLETANO, *L'inderogabilità in pejus delle disposizioni in materia di trasparenza*, in P. FERRO-LUZZI-G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria: il T. U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Milano, 1996, 1901.

⁷¹ Prima delle modifiche apportate dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, il 2° comma, ricorrendo a una formula lessicalmente diversa, disponeva che «le nullità possono essere fatte valere solo dal cliente».

Di seguito, al comma 6°, la disposizione in esame prevede che siano nulle e vadano considerate non apposte le clausole contrattuali che rinviano agli usi per la determinazione del tasso di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati – ivi compresi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora – nonché quelle che prevedono per i clienti tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli di quelli pubblicizzati dall’istituto di credito. In questi casi, gli interessi dovuti vanno calcolati applicando i tassi sostitutivi ivi indicati, mentre per il resto rilevano i prezzi e le condizioni pubblicizzate⁷².

Infine, dopo aver stabilito che la Banca d’Italia possa prescrivere che determinati contratti – da individuarsi attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi – abbiano un contenuto tipico determinato, il comma 8° prevede che, in caso di difformità, il contratto sia nullo, ferma restando la responsabilità dell’istituto di credito per la violazione delle prescrizioni contenutistiche dell’autorità di vigilanza⁷³.

⁷² Il 7° comma dell’art. 117 stabilisce infatti che: «In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli simili eventualmente indicati dal Ministro dell’economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell’operazione ovvero b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l’operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto».

⁷³ G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in ID. (a cura di), *L’autonomia privata e le Autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 97, offre una sintesi delle interpretazioni che la dottrina ha dato di questa norma; l’Autore ritiene che il potere regolatorio delegato alla Banca d’Italia possa essere esercitato in tre modi: «1. come tipizzazione in senso tecnico di nuovi titoli o contratti, senza preclusione ovviamente per le parti di ricorrere a strumenti diversi; 2. come connotazione o predisposizione del contenuto non solo economico (art. 117, comma 4, del t.u.b.) ma anche giuridico dei contratti legalmente tipici, senza preclusione per le parti, se immuni da intenti elusivi, di inserire clausole che “aggiungono qualcosa”; 3. come controllo, necessariamente successivo, e quindi come eventuale modifica dei formulari redatti unilateralmente dall’ABI», e ciò al fine di contrastare «l’invasività e l’unilateralità della disciplina dei contratti bancari e finanziari di fonte privata, prevedendone una concorrente di fonte amministrativa». In

In materia di remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti nei contratti di apertura di credito bancario, il 3° comma dell'art. 117-*bis* sanziona con la nullità le clausole che prevedono oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito da tale disposizione⁷⁴, precisando espressamente che la nullità è parziale e non comporta la nullità dell'intero contratto.

In materia di credito ai consumatori⁷⁵, in maniera analoga a quanto dispone l'art. 117, al 6° comma⁷⁶, l'art. 125-*bis*, al 6° comma, prevede che siano nulle le clausole del contratto di credito relative a costi a carico del consumatore che – contrariamente a quanto richiesto dall'art. 121, comma 1°, lettera e) – non sono stati

proposito si veda anche G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285.

⁷⁴ L'art. 117-*bis*, al 1° comma, prevede che «i contratti di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione onnicomprensiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento, e un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate. L'ammontare della commissione, determinata in coerenza con la delibera del CICR anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito e con particolare riguardo per i conti correnti, non può superare lo 0,5 per cento, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente»; al 2° comma, prevede che «a fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento».

⁷⁵ Per tali intendendosi, secondo la definizione offerta dall'art. 121 del t.u.b., che ricalca quella fornita dall'art. 3 del Codice del consumo, qualsiasi «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». Ai contratti di credito ai consumatori si applica la disciplina contenuta nel Capo secondo del Titolo sesto del t.u.b., come modificato dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141 emanato in attuazione della Direttiva 2008/48/CE, che ne ha cambiato la rubrica da «Credito al consumo» a «Credito ai consumatori»: all'esito della modifica, la disciplina ivi contenuta risulta integrabile solo con le disposizioni del Capo primo che siano espressamente richiamate. Per una panoramica sul complesso delle modifiche apportate dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141 si veda G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori e la riforma del testo unico bancario*, in *Contr.*, 2010, 28 e, in prospettiva diacronica, F. MACARIO, *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo: la Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, Torino, 2009, 9.

⁷⁶ Che trova applicazione nei confronti dei contratti di credito ai consumatori in forza del richiamo contenuto nel 2° comma dell'art. 125-*bis*.

inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione di cui all'art. 124.

Fermo restando che la nullità della clausola non comporta la nullità dell'intero contratto e produce effetti restitutori limitatamente agli importi che l'istituto di credito ha indebitamente percepito, in questa ipotesi il TAEG originariamente pattuito viene sostituito con quello indicato dal 7° comma – che è equivalente al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto – ed è espressamente previsto che nessuna altra somma sia dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese.

Ulteriori ipotesi di nullità parziale si rinvencono nell'art. 120-*ter*⁷⁷ e nell'art. 120-*quater*⁷⁸, mentre l'art. 125-*bis*, al comma 8°, sancisce la nullità dell'intero contratto di credito che non contenga le informazioni essenziali prescritte in relazione al tipo di contratto, alle parti, all'importo totale del finanziamento e alle condizioni di prelievo e di rimborso⁷⁹.

⁷⁷ La norma prevede che, in materia di estinzione anticipata di mutui immobiliari, sia nullo qualunque patto o clausola, anche posteriore alla conclusione del contratto, con il quale si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o ad altra prestazione a favore del soggetto mutuante per l'estinzione anticipata o parziale dei mutui stipulati o accollati a seguito di frazionamento, anche ai sensi del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122, per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche.

⁷⁸ La norma prevede che, in materia di surrogazione nei contratti di finanziamento, sia nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione di cui all'art. 1202 c.c.

⁷⁹ Il 1° comma dell'art. 125-*bis* richiede che il contratto di credito contenga in modo chiaro e conciso le informazioni e le condizioni stabilite dalla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, che sia redatto su un supporto cartaceo o su altro supporto durevole che soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge e che una copia dello stesso sia consegnata al cliente.

Le disposizioni sin qui richiamate – che rinvergono la propria origine nella normativa europea, soprattutto nelle Direttive 1977/780/CEE, 1987/102/CEE, 1989/646/CEE, 1990/88/CEE e, infine, 2008/48/CE – sono riconducibili alla disciplina sulla trasparenza, che mira a contrastare l’opacità del comparto bancario al fine di favorirne la concorrenzialità⁸⁰.

Esse appaiono paradigmatiche dell’approccio secondo cui la trasparenza delle condizioni contrattuali⁸¹, consentendo al cliente di compiere scelte negoziali consapevoli, risponderebbe all’esigenza di promuovere la competizione tra gli operatori economici e, in tal modo, di tutelare l’integrità del sistema creditizio e favorirne una crescita stabile ed equilibrata, finalità da apprezzare tenendo in debito conto anche il rango della protezione assicurata al risparmio in tutte le sue forme dagli artt. 47 e 117 della Costituzione⁸².

⁸⁰ A. MIRONE, *Le “fonti private” del diritto bancario: trasparenza, concorrenza e autonomia privata nella (nuova) regolazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 264 e, *amplius*, ID., *La trasparenza bancaria*, Padova, 2010, 10.

⁸¹ E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 96, ritiene che «il termine trasparenza è un modo riassuntivo per esprimere il concetto di informazione completa ed adeguata e deve intendersi come chiarezza e comprensibilità del testo contrattuale: la trasparenza consiste allora nell’obbligo o dovere per l’imprenditore o per il professionista di far conoscere al cliente le condizioni contrattuali, (anche) prima del contratto stesso». V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 26, sottolinea che la trasparenza «implica l’indicazione non equivoca dei punti fondamentali e dei termini dell’accordo, dei suoi effetti giuridici e dei suoi plausibili esiti economici». Sul punto si veda anche P. RESCIGNO, *“Trasparenza” bancaria e diritto “comune” dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, 297.

⁸² Che questa sia l’impostazione di fondo delle politiche europee pare confermato da quanto si legge nel parere in merito alla “Comunicazione della Commissione sulle priorità della politica a favore dei consumatori (1996-1998)”, pubblicato in G.U.C.E. n. C 295 del 7 ottobre 1996, nel quale il Comitato economico e sociale della Comunità europea ha affermato che «la scelta dei consumatori è l’architrave di una qualsiasi economia di mercato, e senza un mercato trasparente non è possibile compiere scelte consapevoli». In proposito si veda A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 27, il quale evidenzia il rilievo pubblicistico assunto dalla trasparenza bancaria in seguito alle modifiche apportate all’art. 127 dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che attualmente prevede che le Autorità creditizie esercitino i poteri previsti dal Titolo sesto avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell’articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la

Alla luce di quanto si è visto, si rende opportuna una prima osservazione: il Testo unico bancario conosce, oltre a ipotesi di nullità parziale, peraltro spesso assistite da meccanismi di sostituzione legale della clausola invalida, che consentono la sopravvivenza del contratto, anche ipotesi di nullità integrale, che, come si vedrà meglio nel prosieguo, suscitano non poche perplessità ove si tenti di raccordare la funzione protettiva ad esse sottesa con gli effetti, in primo luogo restitutori, che conseguono alla corrispondente declaratoria, con tutto quel che ne discende in punto di effettività della tutela.

Per quanto concerne le prime ipotesi, analogamente a quanto si è detto riguardo al modello normativo delle clausole abusive contenuto nel Codice del consumo, la parzialità necessaria appare lo strumento prescelto dal legislatore per realizzare l'obiettivo di tutela: infatti, ancorché realizzata mediante sottrazione, la caducazione di una parte del regolamento comporta, di per sé, una correzione del contenuto contrattuale, parzialmente nullo⁸³.

Prescindendo dalla valutazione di essenzialità richiesta dal 1° comma dell'art. 1419 c.c., in questo caso la conservazione del contratto non esprime un generico favore per l'autonomia privata⁸⁴.

clientela, e che, a questi fini, la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, possa dettare anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni: il principio di trasparenza, dunque, sarebbe stato reso strumentale agli obiettivi generali della vigilanza. Di diverso avviso E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contr.*, 2011, 977, secondo cui la corrente formulazione dell'art. 127 t.u.b. «segna lo sganciamento definitivo della trasparenza dalla tutela della concorrenzialità del mercato, con la conseguenza che la trasparenza avrebbe la sola funzione di protezione dei clienti e dei consumatori».

⁸³ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 270. A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., 403, enfatizza come ciò si traduca anzitutto nella «caducazione dei soli effetti della clausola, o sua parte, pregiudizievoli per il consumatore, e conservazione degli altri, eventuali, e per lui non nocivi».

⁸⁴ In argomento si veda, per tutti, G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 411.

Piuttosto, essa salvaguarda l'interesse sostantivo, o finale, del soggetto a vantaggio del quale è disposta la nullità: in tal modo, infatti, il cliente o consumatore che sia, non viene pregiudicato nella sua possibilità di accedere al bene o al servizio per ottenere il quale aveva concluso il contratto⁸⁵.

Nel contempo, la caducazione di quella parte del regolamento contrattuale che è colpita dal giudizio di disvalore in termini di nullità adempie una funzione deterrente e latamente sanzionatoria⁸⁶, la quale emerge ancor più chiaramente ove si guardi ai meccanismi di sostituzione e integrazione automatica, che finiscono per conformare in positivo l'autonomia di impresa⁸⁷.

Ciò è particolarmente evidente nel caso della nullità delle clausole che rinviano agli usi per la determinazione del tasso di interesse dovuto dal cliente: la sostituzione automatica, infatti, opera come una sanzione nei confronti dell'istituto di credito, che, suo malgrado, si ritrova ad aver erogato un finanziamento a un tasso che, di fatto, corrisponde a quello di raccolta⁸⁸.

⁸⁵ A. D'ADDA, *Invalità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in *Obbl. contr.*, 2008, 490 evidenzia la necessità di evitare «l'estensione del patto abusivo all'intero contratto, con il corollario della perdita dell'affare da parte del contraente che la norma intendeva proteggere. Contraente che certo non ha interesse a subire la pattuizione abusiva, ma che è ugualmente pregiudicato dal vedere sfumare l'affare che andava prospettandosi».

⁸⁶ Come si è già avuto modo di dire, l'art. 7, par. 1, della Direttiva 93/13/CEE, infatti, richiede che gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedano a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori. In argomento si veda S. PAGLIANTINI-M. MAUGERI, *Il credito ai consumatori: i rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013, 60.

⁸⁷ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 5, evidenzia che l'interesse tutelato dalla disciplina della trasparenza è quello a che il «potere di impresa, volto a costruire e gestire prodotti e servizi, [...] sia esercitato in modo conforme a determinati obiettivi e secondo date regole (a contenerlo, a correggerne e a indirizzarne l'uso): prima di ogni altro, in ordine logico, ci sarà l'interesse a che questo potere non si trasformi, nel farsi del suo esercizio, in una massa di abusi (in termini, se non altro, di approfittamento da posizione)».

⁸⁸ Il tasso minimo dei BOT, infatti, di per sé non costituisce un limite massimo e inderogabile all'autonomia di impresa dell'istituto bancario. Sul punto si veda G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 715, secondo cui «la normativa sulla trasparenza non impone prezzi amministrati». P. FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto*

Nel settore del credito al consumatore, tra l'altro, è espressamente previsto che il consumatore non debba alcun importo a titolo di commissioni, imposte o altre spese qualora non siano state incluse o siano state incluse in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta ai sensi dell'art. 124: in questa ipotesi, dunque, l'istituto di credito perde integralmente il diritto di vedersi corrispondere delle somme che, se avesse correttamente adempiuto l'obbligo di documentare trasparentemente e con completezza il regolamento contrattuale, avrebbe senza dubbio potuto esigere⁸⁹.

Sia il meccanismo della sostituzione di tassi, prezzi e condizioni praticati se più sfavorevoli di quelli pubblicizzati – che, a rigor di logica, può operare solo nel caso in cui l'obbligo di pubblicità sia stato adempiuto⁹⁰ – che, a maggior ragione, quello dell'integrazione cogente del tasso di interesse non indicato ovvero pattuito in una clausola che si ha per non apposta – che opera automaticamente, *ex art. 1419, comma 2°*, c.c. – appaiono, per utilizzare la formula coniata da un'autorevole dottrina, delle sanzioni civili indirette⁹¹.

bancario. Parte generale ², Torino, 2004, 178, critica tale scelta nella misura in cui, per la banca, equivale a «lavoro in perdita, il che è comportamento imprenditorialmente scorretto».

⁸⁹ Peraltro, è opportuno evidenziare che, secondo l'Agcm, la mancata indicazione del TAEG, costituisce una pratica commerciale ingannevole *ex art. 20, comma 2° e 22 del Codice del consumo*, dal momento che «non consente quindi al consumatore di effettuare un'adeguata valutazione dell'effettiva convenienza dell'offerta, perché lo priva della possibilità di avere contezza del costo complessivo dell'operazione, del costo, cioè, inclusivo degli interessi e di tutti gli oneri da sostenere per fruire del credito e di valutarne la convenienza in rapporto ad analoghe offerte commerciali (cfr., *ex multis*, Agcm, PS3856, provv. n. 22058, 26 gennaio 2011, in Boll. n. 4, 2011; Agcm, PS5822, provv. n. 22059, 26 gennaio 2011, in Boll. n. 4, 2011, entrambe reperibili in G. GHIDINI-P.G. MARCHETTI *et al.*, *Concorrenza e mercato: antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property*, Milano, 2012, 355, ove il riferimento a ulteriori pronunce di analogo tenore).

⁹⁰ È opportuno segnalare che, in via interpretativa, i casi in cui l'obbligo di pubblicità, ancorché materialmente adempiuto, nella sostanza risulti vanificato a causa della mancanza di chiarezza, sono stati equiparati ai casi in cui si ha totale mancanza di pubblicità: sul punto si veda, fra le altre, la pronuncia dell'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Roma, 13 maggio 2011, n. 1009

⁹¹ F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, 532, utilizza tale espressione per fare riferimento a quelle «misure che della sanzione hanno soltanto

Lo stesso può dirsi della previsione di cui al 9° comma dell'art. 125-*bis*, in base al quale, in caso di nullità dell'intero contratto di credito al consumatore per vizio di forma o per mancanza delle informazioni essenziali⁹² – e cioè quelle relative al tipo di contratto, alle parti, all'importo totale del finanziamento e alle condizioni di prelievo e rimborso – il consumatore non è tenuto a restituire più di quanto ha utilizzato e pertanto, almeno così sembrerebbe, a corrispondere interessi sul capitale ottenuto grazie al contratto nullo⁹³.

Anche in questo caso, infatti, si è in presenza di un meccanismo chiaramente sanzionatorio: la norma in discorso, similmente a quanto dispone il 2° comma dell'art. 1815 c.c., priva l'istituto dell'utile che gli sarebbe spettato in base al contratto e, in ultima analisi, trasforma il mutuo da oneroso a gratuito, determinando un arricchimento unilaterale in capo al cliente.

Peraltro, proprio l'art. 1815, nella sua attuale versione, dimostra che già il legislatore nazionale conosceva la parziarietà necessaria e la utilizzava con finalità deterrenti, vista la naturale onerosità del mutuo⁹⁴.

la funzione; mirano a garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico, a prevenire la trasgressione di precetti posti a salvaguardia di interessi generali». Rispetto al meccanismo integrativo di cui all'art. 1339 c.c., P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., 179, parla di «strumento di attuazione coattiva del dovere legale e di realizzazione diretta dell'interesse protetto».

⁹² La nullità per inosservanza della forma prescritta, infatti, trova applicazione nei confronti dei contratti di credito ai consumatori in forza del richiamo al 3° comma dell'art. 117, contenuto nel 2° comma dell'art. 125-*bis*. In tema si vedano S. PAGLIANTINI, *Il contratto di credito al consumo fra vecchi e nuovi formalismi*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit., 86; L. MODICA, *Il credito al consumo*, in F. PIRAINO-S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, 299, che evidenzia «le funzioni informativa e conformativa assegnate sovente alle regole di forma nel contesto della contrattazione diseguale».

⁹³ S. PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni (a margine di una recente decisione dell'A.B.F.)*, in *N. giur. civ. comm.*, 2013, 179. G. D'AMICO, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, in *N. leggi civ. comm.*, 2014, 769.

⁹⁴ Prima della modifica apportata dalla Legge n. 108 del 24 marzo 1996 (sulla quale si veda, per tutti, G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 533), il 2° comma dell'art. 1815 c.c. disponeva che, in seguito alla nullità della clausola con cui

Come evidenziato dalla giurisprudenza teorica e pratica, la nullità della clausola con cui le parti hanno pattuito la corresponsione di interessi usurari, nonostante si caratterizzi, in deroga all'art. 1419 c.c., per la parzialità necessaria⁹⁵, è ciò nondimeno qualificabile come nullità assoluta⁹⁶.

Quanto alla ragion d'essere della norma, infatti, è stato autorevolmente sostenuto che essa debba considerarsi espressione dell'ordine pubblico economico di direzione, dal momento che una sua lettura esclusivamente in chiave di tutela del contraente vittima dell'usura risulterebbe riduttiva⁹⁷.

erano stati pattuiti interessi usurari, il contratto venisse integrato mediante l'applicazione dei termini di pagamento legali, in chiara funzione conservativo-correctiva: sul punto si veda A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 501.

⁹⁵ Nella Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile, al § 735, si legge: «una innovazione importante è stata introdotta con l'art. 1815, che unifica il regime del mutuo civile e di quello commerciale, nel senso di porre a carico del mutuatario l'obbligo di corrispondere gli interessi se non è stata convenuta la gratuità del prestito. Gli interessi dovuti sono quelli legali, qualora per iscritto non sia stato stabilito un interesse superiore (art. 1284); ma, quando gli interessi sono usurari, l'importo convenuto si riduce alla misura legale, senza che sia necessario indagare, come dovrebbe farsi in base all'art. 1419, primo comma, se il mutuante avesse consentito ugualmente il mutuo ove il mutuatario si fosse dimostrato disposto a corrispondere solo l'interesse legale. La sanzione di nullità si è limitata all'eccedenza sulla misura degli interessi legali, mantenendosi fermo, nel resto, il contratto. In tal modo si è colpito il mutuante, impedendogli di godere del vantaggio usuraio che si era fatto promettere dal mutuatario, il quale, se si fosse dichiarato nullo il contratto, sarebbe rimasto obbligato all'immediata restituzione del capitale ricevuto. Non si è perciò neppure permesso, come consentiva il codice del 1865 (art. 1831, ultimo comma), che, per il solo fatto della mancanza di una scrittura dalla quale risultasse l'interesse ultra-legale, il mutuatario si arricchisse indebitamente continuando a godere la somma ricevuta senza corrispondere alcun interesse».

⁹⁶ G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005, 29; ID., *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale e interpretazione autentica*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 60, ritiene sia una nullità necessariamente parziale e relativa. In giurisprudenza, fra le altre, Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, in *Foro it.*, 2001, 80, ammette la rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola relativa agli interessi

⁹⁷ A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 532 e, spec., 365. Nel vigore della precedente disciplina – che, come si è detto, prevedeva che gli interessi usurari si riducessero, in automatico, al tasso legale – la dottrina maggioritaria riteneva invece che la *ratio* andasse individuata nella tutela del debitore vittima di usura (sul punto si veda, per tutti, M. LIBERTINI, voce «*Interessi*», in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 130). In argomento, si veda anche G. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'illiceità contrattuale*, Napoli, 2004, 9.

Invero, la trasformazione di un contratto da oneroso a gratuito, con l'arricchimento in capo al debitore che ne consegue, appare del tutto esorbitante rispetto a una finalità di protezione, e risulta comprensibile appieno solamente se la si guarda nell'ottica della deterrenza⁹⁸.

A ben vedere, peraltro, anche l'art. 67-*septiesdecies* del Codice del consumo e l'art. 167 del Codice delle assicurazioni prevedono un meccanismo sanzionatorio simile: infatti, in seguito alla nullità del contratto di assicurazione stipulato mediante tecniche di commercializzazione a distanza in violazione degli obblighi a protezione del consumatore ovvero concluso da un'impresa abusiva o a cui, comunque, era stato fatto divieto di assumere nuovi affari, l'assicurato può ripetere i premi pagati, mentre l'impresa assicuratrice, pur in assenza del corrispettivo, resta obbligata a versare le somme e gli indennizzi maturati nel periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione, senza poter ripetere quelli eventualmente già corrisposti agli assicurati o a terzi aventi diritto⁹⁹.

⁹⁸ In dottrina si riscontra una certa propensione a qualificare la previsione del 2° comma dell'art. 1815 c.c. alla stregua di una sanzione civile indiretta: in questo senso, oltre al già citato A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., 365, si esprimono, fra gli altri, L. FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997, 72; G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, in *Contr.*, 1999, 225; G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. impr.*, 1999, 477. 9.

⁹⁹ In argomento si vedano, senza pretesa di esaustività, G. VOLPE PUTZOLO, *Il nuovo codice delle assicurazioni. Le disposizioni relative ai contratti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1256, nonché P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1171, che enfatizzano entrambi il carattere afflittivo della disposizione nei confronti dell'assicuratore.

4. *Il paradigma della “operatività a vantaggio” quale fondamento dello statuto normativo della nullità di protezione*

Emerge da quanto precede che il diritto contrattuale europeo ha impresso un’accelerazione alla definizione di uno statuto della nullità di protezione, sebbene figure ad essa riconducibili fossero già riscontrabili, ancorché episodicamente, nella legislazione domestica post-codicistica¹⁰⁰.

Si pensi, oltre al già ricordato 2° comma dell’art. 1815 c.c., anche all’art. 13 della legge n. 431 del 9 dicembre 1998 in materia di locazioni di immobili urbani adibiti ad uso abitativo¹⁰¹ – e, prima, agli artt. 7 e 79 della legge n. 392 del 27 luglio

¹⁰⁰ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, cit., 427, ritiene che le nullità di protezione «[abbiano] in realtà radici ben salde già nella legislazione di esclusiva formazione nazionale».

¹⁰¹ L’art. 1 della legge n. 431 del 9 dicembre 1998, al 4° comma, prescrive la forma scritta per la stipula di un valido contratto di locazione. L’art. 13, al 1° comma, dopo aver chiarito che il locatore è tenuto a provvedere alla registrazione del contratto nel termine perentorio di trenta giorni dalla conclusione dello stesso, dichiara nulla ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato o, comunque, diretta ad attribuire al locatore un canone superiore a quello contrattualmente stabilito; in caso di nullità, il 6° comma prevede che il conduttore, con azione proponibile nel termine di sei mesi dalla riconsegna dell’immobile locato, possa chiedere la restituzione delle somme corrisposte in misura superiore al canone risultante dal contratto scritto e registrato. Ugualmente accade in caso di contratto di locazione abitativa agevolata concluso ai sensi dell’art. 2, comma 3°, dal momento che il 4° comma dell’art. 13 prevede che sia nulla ogni pattuizione volta ad attribuire al locatore un canone superiore a quello massimo definito dagli accordi conclusi in sede locale per immobili aventi le medesime caratteristiche e appartenenti alle medesime tipologie. Inoltre, in caso di mancata registrazione del contratto – prima della modifica apportata dall’art. 1, comma 59°, della legge n. 208 del 28 dicembre 2015 si parlava di “casi in cui il locatore ha preteso l’instaurazione di un rapporto di locazione di fatto”, in violazione della prescrizione di forma – il 6° comma dell’art. 13 prevede che il giudice, nel giudizio che mira ad accertare l’esistenza del rapporto di locazione, sia tenuto a determinare il canone dovuto per il futuro in conformità ai parametri stabiliti dalla legge e a disporre la restituzione delle somme eventualmente versate in eccedenza: in questa ipotesi, in seguito alla dichiarazione della nullità, si ha un meccanismo giudiziale di stabilizzazione del rapporto, conservato ed eventualmente corretto per quel che riguarda la misura del canone. In argomento si vedano, fra gli altri, B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione: linee di una vicenda*, Napoli, 1979; M. TRIMARCHI, *La locazione abitativa nel sistema e nella teoria generale del contratto*, Milano, 1988, 13, e, per quel che specificamente riguarda le incertezze interpretative a cui ha dato adito la comminatoria di nullità, V. CUFFARO, *Patti contrari alla legge (contratto di locazione e nullità speciali)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 465.

1978 sull'equo canone¹⁰² – nonché all'art. 3 della legge n. 756 del 15 settembre 1964¹⁰³, all'art. 10 della legge n. 11 dell'11 febbraio 1971¹⁰⁴ e agli artt. 21, 41 e 58¹⁰⁵ della legge n. 203 del 3 maggio 1982 sui contratti agrari, ancorché alcune di queste ultime norme non introducano ipotesi di parziarietà necessaria in senso stretto, ma si limitino a modulare l'inefficacia conseguente alla nullità¹⁰⁶.

¹⁰² Entrambi abrogati ad opera della legge n. 431 del 9 dicembre 1998: l'art. 7 disponeva la nullità delle clausole che prevedono la risoluzione del contratto di locazione in caso di alienazione della cosa locata, mentre l'art. 79, analogamente a quanto attualmente previsto dall'art. 13 della legge n. 431/1998, disponeva la nullità di ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto o ad attribuire al locatore un canone maggiore rispetto al parametro dell'equo canone ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della legge e stabiliva che il conduttore, con azione proponibile fino a sei mesi dopo la riconsegna dell'immobile locato, potesse ripetere le somme sotto qualsiasi forma corrisposte in violazione dei divieti e dei limiti previsti dalla legge.

¹⁰³ L'art. 3 della legge n. 756 del 15 settembre 1964, ha introdotto, a decorrere dalla data di entrata in vigore della stessa, il divieto di concludere nuovi contratti di mezzadria, prevedendo che i contratti stipulati in violazione di tale divieto siano nulli ma la nullità non produca effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione: si tratta, all'evidenza, di una ipotesi in cui al contratto nullo, è accordata la produzione di effetti, ancorché transitori, similmente a quanto accade nell'art. 2126 c.c.

¹⁰⁴ L'art. 10, comma 3°, della legge n. 11 dell'11 febbraio 1971, recante la nuova disciplina dell'affitto di fondi rustici, ha disposto la nullità delle clausole contenute in contratti individuali o collettivi, o capitolati, che comunque limitino i poteri riconosciuti all'affittuario da tale legge, nonché i suoi poteri relativi alla disponibilità dei prodotti.

¹⁰⁵ L'art. 21 della legge n. 203 del 3 maggio 1982 ha disposto la nullità dei contratti di subaffitto, di sublocazione e comunque di subconcessione dei fondi rustici, prevedendo che, ai fini della dichiarazione di nullità, la violazione possa essere fatta valere soltanto dal locatore entro un breve termine decadenziale, decorso il quale il subaffittuario o il subconcessionario subentra nella posizione giuridica dell'affittuario o del concessionario. L'art. 41 della legge citata ha sancito, retroattivamente e in deroga all'art. 1350 c.c., la validità e l'efficacia nei confronti dei terzi dei contratti agrari ultranovennali conclusi verbalmente o comunque non trascritti: sulla funzione protettiva assoluta dalla norma si veda L. CORSARO, *Forma dell'affitto e frode alla legge*, in *Riv. dir. agr.*, 1988, 380, il quale evidenzia come essa impedisca al concedente di far valere la mancanza della forma strumentalmente, al solo fine di riottenere immediatamente la disponibilità del fondo rustico concesso in affitto al coltivatore diretto, nonché L. MODICA, *Forma e opponibilità*, in R. ALESSI (a cura di), *L'impresa agricola*, Torino, 2011, 421. Infine, l'art. 58 della legge citata ha disposto che siano nulle di pieno diritto, chiarendo altresì che la nullità è rilevabile d'ufficio, tutte le pattuizioni in contrasto con le norme di tale legge, che sono inderogabili.

¹⁰⁶ R. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale: le evoluzioni del sistema*, cit., 494, secondo cui «la nullità parziale evolve e si rinnova, secondo la traccia già individuata nelle leggi speciali sull'equo canone e nei contratti agrari, e diviene meccanismo puramente oggettivo, essenzialmente finalizzato alla protezione del contraente debole, riconducendo ad equilibrio situazioni di asimmetria informativa e disparità contrattuale»; ID., *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino,

Nonostante la costituzionalizzazione del diritto privato – alla quale paiono riconducibili, in ultima istanza, gli interventi normativi in materia di locazioni urbane e conduzioni agrarie, che hanno introdotto limiti esterni all'autonomia privata nei contratti relativi al godimento della proprietà fondiaria, e ciò in ragione della loro strumentalità al soddisfacimento di bisogni primari della persona¹⁰⁷ – sia un fenomeno distinto e non sovrapponibile a quello della sua europeizzazione, in entrambi i contesti si registra un utilizzo dello strumento della nullità che sembrerebbe sottostare alla medesima *ratio*.

2013, 18, evidenzia che, negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, «la tutela della soggettività debole nell'atto ovvero del contraente debole diviene l'obiettivo primario della politica legislativa», come testimoniato dal «processo di pluralizzazione del soggetto-contraente», e ciò in ragione del fatto che «la normazione è diretta a perseguire obiettivi di *Welfare State*, sì da rendere gli atti di autonomia privata dei soggetti del traffico giuridico compatibili con il (e rivolti al) perseguimento e il rispetto di valori e finalità sociali custoditi dallo Stato interventista».

¹⁰⁷ U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, cit., 91, invita a non «dimenticare che le figure della proprietà e dell'impresa furono le prime categorie privatistiche di cui si cercò di dimostrare l'intrinseca e immediata trasformazione per effetto delle clausole sociali costituzionali». In questa prospettiva, non può non rilevarsi che gli interventi legislativi citati – avendo creato, per quanto riguarda le locazioni urbane e i contratti di conduzione agraria, altrettanti “micro-sistemi” esterni al codice civile e dotati di una loro specialità – appaiono il prodotto della volontà di attuare ben determinati principi costituzionali: si pensi, anzitutto, agli artt. 41, 2° comma, 42, 2° comma e 47, 2° comma della Costituzione. In proposito, paiono molto attuali le riflessioni sulla “socializzazione” del diritto privato e sulla funzione che esso assolve nel mondo moderno di M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., 411, secondo cui «l'attività economica privata trascende ormai i confini dei rapporti tra individui, ed è penetrata nel vivo del corpo sociale attraverso le accresciute dimensioni dell'impresa economica ed attraverso la possibilità di soddisfare un numero ed una varietà di bisogni per l'innanzi neanche immaginabile». L'Autore, ivi, 407, osserva che «il significato profondo della fase liberistica del diritto privato – che per convenzione può identificarsi con la codificazione napoleonica – risiede nella pretesa (in quella fase probabilmente legittima) che il benessere sociale potesse essere raggiunto attraverso il libero esplicarsi del giuoco economico ed attraverso la liberazione della proprietà, ovverosia della terra, da ogni vincolo postovi nei secoli precedenti», e che «le mutate dimensioni delle imprese, e soprattutto il trasferirsi della attività economica dalla terra all'industria, hanno provocato la necessità di una correzione di quel sistema economico al fine di evitare una pericolosa involuzione», cosicché se «si vuol valutare il senso di quelle limitazioni poste all'attività economica privata, occorre tener presente che esse non sono espressione di una sovrastruttura del sistema liberista, ma costituiscono invece ormai la struttura intima del nuovo sistema economico, inteso a giovare degli strumenti dell'iniziativa economico-privata e pubblica ai fini del benessere generale».

Infatti, benché nell'una la tutela del soggetto contraente mirasse ad attuare, in via legislativa, obiettivi di giustizia sociale, mentre nell'altra la sua debolezza venga in rilievo solamente in considerazione del ruolo che egli riveste nella dinamica del mercato¹⁰⁸, in ambedue le ipotesi la nullità – tendenzialmente parziale, rilevabile d'ufficio e a legittimazione relativa – assolve una funzione protettiva, a presidio dell'equilibrio delle posizioni nel rapporto¹⁰⁹.

In particolare, è l'effetto conservativo garantito dalla parziarietà necessaria – che consente al contraente protetto di soddisfare comunque il bisogno materiale per far fronte al quale aveva concluso il contratto, in cui è stato divisato un interesse finale che non è investito dal giudizio di disvalore, limitato ai soli elementi di squilibrio – ad assicurare che la tutela risulti effettiva.

¹⁰⁸ P. BARCELLONA, *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo-mondiale*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 67; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 40; S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1994, 45, discorre di «soggetto per il mercato», mentre R. TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, cit., 25, giunge a chiedersi se sia «il soggetto che si definisce nella funzione dello scambio di beni» o se, all'opposto, tale soggetto, «al massimo di questo processo di oggettivizzazione, assiste alla trasformazione di se stesso in una merce da scambiare sul mercato».

¹⁰⁹ Sulla scorta di ciò, una parte della dottrina ha ritenuto di identificare nel contratto asimmetrico un *genus* a cui ricondurre tutte le *species* di relazioni contrattuali connotate da una disparità di potere contrattuale, ivi comprese quelle in cui il soggetto che versa in una condizione di debolezza è un'impresa o comunque un soggetto professionale, come accade nella fattispecie dell'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 dalla legge n. 192 del 18 giugno 1998 sulla subfornitura nelle attività produttive o in quella della nullità delle clausole sul termine di pagamento e sul saggio degli interessi moratori che risultino gravemente inique in danno del creditore, disposta dall'art. 7 del d. lgs. n. 231 del 9 ottobre 2002 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: sul punto si rinvia a G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008. Come autorevolmente osservato, questa impostazione troverebbe riscontro nel diritto uniforme europeo, le cui norme sul “significativo squilibrio” «non si applicano ai soli contratti tra consumatori e professionisti, ma hanno un raggio di incidenza più generale che li porta a coprire tutti i contratti, a prescindere dagli specifici *status* socio-economici delle parti», laddove emerga che fra di esse «corra un'asimmetria di potere contrattuale, evidenziata dall'assenza di trattativa sulla clausola, che una parte ha comunque la forza di imporre unilateralmente» (V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: geni e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 786).

Questo paradigma, come si è già avuto modo di dire, ha trovato un esplicito riconoscimento nel 3° comma dell'art. 36 del Codice del consumo e nel 2° comma dell'art. 127 del Testo unico bancario: queste norme, prevedendo che la nullità operi soltanto a vantaggio del soggetto, consumatore o cliente che sia, la cui protezione è assunta quale interesse generale, hanno delineato un «modello di rimedio indisponibile ma a gestione asimmetrica»¹¹⁰.

In via preliminare, bisogna evidenziare che, perlomeno se si accoglie la prospettiva funzionalista illustrata nello scorso capitolo, non sembra sussistere alcun ostacolo a che la nullità di protezione sia ricondotta entro la cornice sistematica della nullità *ex art.* 1418 ss. c.c., della quale costituirebbe pertanto un sottosistema: consistendo in una qualificazione negativa emessa all'esito di un giudizio di disvalore, pure la nullità di protezione risulta infatti uno strumento di controllo sull'esercizio della libertà contrattuale.

¹¹⁰ R. ALESSI, "Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di cassazione, cit., 1177, la quale sottolinea, a sostegno della rilevanza pubblicistica dell'interesse tutelato, il fatto che l'art. 37-bis del Codice del consumo appronti una tutela amministrativa contro le clausole vessatorie; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 517, ne fa discendere che la nullità di protezione, pur potendo essere rilevata soltanto a vantaggio del contraente protetto, «possa operare anche contro la volontà da questi manifestata, e che sia in questo modo sottratta al suo potere di disposizione». In senso parzialmente difforme A. GENTILI, *Le «nullità di protezione»*, cit., 115, che si ritiene che sia «proprio delle nullità di protezione incidere sul contratto, ogni volta che nel concreto ciò è possibile, solo in modo parziale, cioè limitatamente a quella parte del patto che pregiudica il contraente protetto», ma muove dall'assunto che si debba «realizzare l'interesse pubblico senza pregiudizio del concreto interesse del privato protetto». Questo aspetto problematico – ovvero sia quello della dialettica fra interesse generale e interesse particolare, che nella prospettiva qui accolta viene risolta nel senso della coincidenza fra i due – è soltanto apparentemente chiarito dalla già citata Cass., Sez. un., n. 26242 del 12 dicembre 2014, che precisa che lo «scopo della nullità relativa è volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità», salvo subito dopo sostenere che il consumatore possa disporre del rimedio e precludere la declaratoria di nullità, implicitamente ammettendo la prevalenza del suo interesse particolare (sul punto, oltre ai contributi già citati *supra*, nt. 55, si veda anche S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris»?», in *Foro it.*, 2015, 928).*

Come è stato evidenziato da una accorta dottrina, invero, né la parziarietà necessaria – né, tantomeno, alla luce della clausola di salvezza contenuta nell’art. 1421 c.c., la relatività della legittimazione ad agire – sono in grado di alterare l’unitarietà della categoria della nullità¹¹¹.

Ciò nondimeno, tra le due specie di nullità sussistono, com’è ovvio, delle differenze. E così, mentre la nullità codicistica – determinando la negazione dell’efficacia giuridica rispetto a quei regolamenti negoziali che confliggono, nel loro complesso, con gli interessi generali – opera in primo luogo come un limite legale negativo all’autonomia privata, la nullità di protezione, che nel sistema normativo delineato dal diritto privato europeo si è elevata a regola, costituisce un limite legale positivo all’autonomia di quel contraente che, verosimilmente, potrebbe sfruttare la sua condizione di maggior forza contrattuale per imporre alla controparte – spinta a concludere il contratto dalla necessità di soddisfare un interesse primario certamente meritevole di tutela – un assetto negoziale lesivo dei suoi interessi, ancorché solo strumentali.

¹¹¹ M. GIROLAMI, *Le nullità dell’art. 127 T.U.B. (con l’obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, 42, ritiene, condivisibilmente, che «l’aspetto della necessaria parzialità, pur caratterizzante, non solleva in sé particolari problemi di qualificazione poiché risponde a una precisa scelta del legislatore, che vuole semplicemente evitare le incertezze connesse al giudizio ipotetico sotteso alla regola generale dell’art. 1419 c.c.». In proposito, oltre a richiamare quanto si evince dal § 735 della Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile, ovvero sia l’operatività di un meccanismo di parziarietà necessaria in relazione al 2° comma dell’art. 1815 c.c. (in argomento si veda quanto detto *supra*, nt. 95), si evidenzia che, in dottrina, è stato autorevolmente sostenuto che operino secondo tale meccanismo, pur nel silenzio del codice sul punto, numerose altre ipotesi di nullità, quale quella delle clausole vessatorie prive di sottoscrizione *ex art.* 1431, 2° comma, c.c. e quella del patto commissorio *ex art.* 2744 c.c. (sul punto, seppur con opposte posizioni, si vedano G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 486 e G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, 11, nonché G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 125). Per quanto riguarda la relatività della legittimazione ad agire e la sua piena compatibilità con la categoria della nullità, si rinvia altresì agli interessanti raffronti comparatistici svolti da M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 430, la quale, *ivi*, 458, conclude nel senso che «la figura della nullità relativa può assumere [...] una valenza sistematica propria».

Benché si confermi un meccanismo ablativo – infatti, al giudizio di disvalore, seppur limitato alle clausole significativamente squilibrate o in contrasto con norme inderogabili, consegue sempre il diniego di efficacia giuridica – la nullità di protezione svolge dunque una funzione essenzialmente correttiva sull’assetto di interessi divisato nel contratto, che viene conservato e, al tempo stesso, grazie alla parziarietà necessaria, anche conformato¹¹².

Nel quadro del diritto privato europeo, questa funzione, che il legislatore interno ha compendiato nel paradigma dell’operatività a vantaggio, assume una rilevanza para-pubblicistica: ciò emerge chiaramente se si considerano le finalità di regolazione che hanno guidato la scelta, di natura politica, di introdurre plessi normativi a tutela di consumatori e clienti¹¹³.

¹¹² S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 13, osserva che «la mera permanenza della situazione di diritto preesistente alla stipulazione, generalmente presentata come conseguenza indefettibile della nullità dell’atto, appare attualmente un meccanismo largamente superato dalle ipotesi in cui il rimedio è utilizzato, piuttosto, al fine di conservare il rapporto, adeguandone la conformazione all’interesse che giustifica la reazione ordinamentale». V. SCALISI, *Le invalidità dall’atto al rapporto*, in ID. (a cura di), *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., 253, sottolinea che «alla tradizionale indole reattiva, demolitoria e negativa propria di ogni nullità, esse associano un fondamentale e primario obiettivo strategico di tipo essenzialmente conformativo, e cioè di vero e proprio rimodellamento del regolamento contrattuale attraverso una particolare tecnica costruttiva di graduazione della efficacia del contratto, variamente modulata sia in estensione sia in intensità». Ciò vale anche per le ipotesi codicistiche di parziarietà necessaria, se è vero, come nota S. PAGLIANTINI, *L’integrazione del contratto tra Corte di giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contr.*, 2013, 406, che anche «quando il legislatore, come nel caso dell’art.1815, comma 2°, c.c., sancisce che nulla è dovuto, in realtà un’integrazione opera: epperò per il tramite di norme imperative di sostituzione speciale, alternative alle regole di una integrazione *ex art.* 1374 c.c.».

¹¹³ V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI (a cura di), *Venti anni di antitrust*, II, Torino, 2010, 1185; ID., *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 30, sottolinea che «al legislatore intento alla regolazione del mercato i contratti B2C interessano sempre e comunque, perché sono sempre e comunque – per definizione – toccati da fallimenti del mercato, e cioè colpiti da asimmetrie fra soggetti di mercato deboli e soggetti di mercato forti», mentre, se si eccettua la disciplina antitrust, «la regolazione del mercato si interessa

Sebbene le suddette finalità possano apparire più manifeste nella disciplina della trasparenza bancaria¹¹⁴ – soprattutto per la consolidata percezione del rilievo pubblico della tutela del risparmio e dell’esercizio del credito: basti pensare che già nel dettato costituzionale è previsto che l’attività dell’impresa bancaria debba essere disciplinata e sottoposta a forme di controllo – esse hanno ispirato altresì la disciplina consumeristica in senso stretto.

Come si è detto, il diritto privato europeo, essendo un diritto eminentemente regolatorio, mira a rimuovere gli ostacoli al funzionamento ottimale del mercato, sull’assunto che sia il meccanismo concorrenziale, attraverso il sistema dei prezzi, a garantire un’efficiente allocazione delle risorse e quindi, secondo il modello paretiano, il massimo benessere sociale¹¹⁵.

Se si considera che il prezzo «non si commisura più solo al bene o al servizio, ma alle specificità delle clausole contrattuali e al complessivo trattamento giuridico dell’operazione economica»¹¹⁶, allora appare di tutta evidenza che anche

delle relazioni *B2B* solo nella misura in cui siano relazioni asimmetriche, dove si riflettono fallimenti del mercato», ricadendo altrimenti «nel diverso mondo del diritto comune dei contratti, esattamente come le relazioni fra parti contraenti “neutre” rispetto a qualsiasi qualificazione basata su posizioni e ruoli di mercato (le parti contraenti del codice civile)».

¹¹⁴ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità “selettive”. A proposito dell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 854, ritiene che, della trasparenza, «la nullità di protezione [sia] non solo il mezzo di *enforcement* primario, ma pure il rimedio la cui struttura di funzionamento (la ridetta operatività a vantaggio) è idonea a fungere da cardine dogmatico generale»; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 44.

¹¹⁵ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 1, osserva che rimuovere gli ostacoli al funzionamento ottimale del mercato «significa, da un lato, promuovere l’utilità sociale valorizzando le intrinseche attitudini del mercato a produrre ricchezza e benessere, dall’altro, correggere con misure appropriate le disparità di potere contrattuale pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche individuali». In argomento si veda anche P.G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 491.

¹¹⁶ G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 243; in termini non dissimili G. D’AMICO, *L’abuso dell’autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit., 321.

la normativa a protezione del consumatore – e, in special modo, la parte concernente le clausole abusive – riveste un ruolo di primo piano nell’opera di strutturazione e conformazione del mercato interno unico¹¹⁷.

In conclusione, è la funzione di protezione assoluta dalla nullità – che si esplica nella correzione del regolamento negoziale, riequilibrato attraverso la rimozione esclusivamente di quelle sue parti in cui ha preso forma lo squilibrio a danno del contraente protetto – che ne determina lo statuto normativo, così come cristallizzato nell’art. 36 del Codice del consumo, dal quale emerge una struttura rimediale servente rispetto alla necessità che la nullità operi “a vantaggio” di quel soggetto la cui consapevolezza nel compimento delle scelte di consumo – da parametrarsi al modello dell’agente razionale secondo il paradigma concorrenziale – è elevata al rango di interesse generale¹¹⁸.

5. *Nullità virtuale di protezione, nullità totale di protezione e nullità “selettiva”: tre questioni ancora aperte*

Dall’analisi sin qui svolta si possono iniziare a trarre alcune considerazioni, che consentiranno di mettere a fuoco quali siano le principali questioni ancora aperte in relazione alla nullità di protezione.

¹¹⁷ Il Considerando n. 7 della Direttiva 93/13/CEE sottolinea che la concorrenza si traduce in «maggiori possibilità di scelta per i cittadini comunitari in quanto consumatori». In proposito si veda anche A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l’economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, cit., 18, il quale ricorda che «gli atti e le scelte compiute dagli attori privati non sono isolate e irrelate manifestazioni della volontà individuale, ma debbono essere apprezzate in ragione degli effetti sociali aggregati che producono»; sul punto si veda anche C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel diritto della concorrenza*, cit., 718.

¹¹⁸ A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Roma-Bari, 2008, 3; L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010.

Per prima cosa, si può affermare che l'art. 36 del Codice del consumo esprima positivamente una regola di sistema¹¹⁹.

Ne discende che, perlomeno per quel che riguarda le normative di diretta derivazione europea che siano finalizzate alla protezione dei consumatori o di altri soggetti operanti in un mercato regolato, ogniqualvolta si incontri una previsione testuale di nullità, in assenza di indicazioni sul regime applicabile si deve far riferimento al suddetto paradigma rimediale¹²⁰.

Questo aspetto non risulta problematico: la dottrina, infatti, sembra ammettere con favore la possibilità di configurare una nullità di protezione virtuale, per tale intendendosi l'ipotesi in cui la nullità è testualmente prevista ma, nel silenzio del legislatore sul punto, l'interprete applica in via analogica lo statuto normativo dell'art. 36 del Codice del consumo.

Più controversa, invece, è la questione dell'ammissibilità di una nullità virtuale di protezione, ovverosia di una nullità che operi, ai sensi del 1° comma dell'art. 1418 c.c., in seguito alla violazione di una norma imperativa posta a tutela di una delle parti del rapporto, nel silenzio del legislatore sulle conseguenze prodotte dalla violazione della norma cogente¹²¹.

¹¹⁹ N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 25, osserva che «rispetto al diritto privato comune, qual è quello consegnato al codice civile, le leggi speciali regolatrici dei singoli mercati possono caratterizzare micro-sistemi, ciascuno dotato di propria logica e proprio linguaggio».

¹²⁰ G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., 738; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, cit., 837; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 361, ritiene che i mezzi giuridici «utilizzabili per estendere l'applicazione della nullità speciale sono essenzialmente due: il ricorso all'analogia o l'applicazione diretta dell'art. 36 cod. cons.». In senso parzialmente difforme A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 90, il quale, pur pervenendo al medesimo risultato pratico, ritiene si debba procedere a un'operazione di «riduzione teleologica» dell'art. 1421 c.c., dovendosi escludere che l'esistenza di una disciplina derogatoria a cui fa riferimento l'art. 1421 c.c. possa desumersi implicitamente dalla *ratio legis*.

¹²¹ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 152, ritiene che «se esiste una norma imperativa di protezione, non si vede perché la sua violazione non possa

A parere di chi scrive, la natura dell'interesse presidiato dalle nullità di protezione – immediatamente riferibile al contraente protetto, ma tutelato per gli effetti sistemici che produrrebbe una sua lesione seriale – fa propendere per l'ammissibilità della figura¹²², anche in considerazione del fatto che l'emersione di uno statuto normativo tendenzialmente uniforme, quale appare quello delineato dagli artt. 36 del Codice del consumo e 127 del Testo unico bancario, ha ridotto sensibilmente i rischi di arbitrio giudiziale.

Tuttavia, non può ignorarsi che questa soluzione, moltiplicando le ipotesi in cui può darsi la caducazione di singole clausole, acuisce i problemi interpretativi sollevati dalla nullità totale di protezione.

determinare nullità anche in assenza di una indicazione espressa. E la previsione di nullità “testuali di protezione” induce ad escludere che la norma, perché di protezione, non possa più reputarsi imperativa; ovvero che la logica di protezione integri sempre una di quelle eccezioni alla regola generale di cui all'inciso finale dell'art. 1418 c.c.». Si mostrano favorevoli anche G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 173; A. ALBANESE *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 88; M. MANTOVANI, *Norme imperative invalidanti: nullità virtuali di protezione?*, cit., 194. Di diverso avviso G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., 740, che nutre «qualche dubbio circa la possibilità di configurare una “nullità virtuale di protezione”», che renderebbe «il giudice arbitro non solo (della individuazione) del rimedio, ma anche (della costruzione) della sua disciplina, finendo per riconoscere alla valutazione giudiziale margini di discrezionalità forse eccessivi» e, in precedenza, G. VILLA, , *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 130. Inizialmente critico anche S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contr.*, 2009, 1040 (ma v. *infra*, nt. 122),

¹²² S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, cit., 185, secondo cui «un ordine pubblico di protezione punto di convergenza tra i valori di efficienza del mercato e quelli di stampo personal-solidaristico, riqualifica la sanzione ogni qual volta l'abuso o l'omissione del contraente forte produca serialmente una decisione negoziale irrazionale. E la ragione è elementare: il giudice che commina la nullità, in quest'ordine di idee, persegue interessi di rango costituzionale e frena il prodursi di un danno all'integrità ed efficienza del mercato». Il punto è ben evidenziato da L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 248, la quale ritiene che siano da respingere le ricostruzioni «che richiamano la categoria dell'ordine pubblico economico di protezione; che può forse spiegare una qualche utilità rispetto alla tutela di soggetti individuati per il tramite di uno *status*, quali, per esempio, i lavoratori subordinati o certe categorie di conduttori, ma risulta inappropriata rispetto ad una serie di regole [...] che sarebbe riduttivo qualificare esclusivamente “di protezione”, tendendo esse piuttosto a garantire il corretto funzionamento del mercato e delle sue dinamiche concorrenziali».

Se infatti, come si è visto, è l'effetto conservativo garantito dalla parziarietà necessaria a consentire la realizzazione della funzione di protezione, ogniqualvolta una simile nullità investa l'intero programma negoziale si pone la questione di come ciò possa conciliarsi con l'operatività a vantaggio¹²³.

La questione, invero, non riguarda solamente le ipotesi in cui ciò è espressamente previsto dal legislatore¹²⁴, ma si pone in tutti quei casi in cui la caducazione della clausola abusiva essenziale finisce per travolgere interamente il contratto, reso monco dalla lacuna sopravvenuta¹²⁵.

¹²³ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, cit., 230, sottolinea che la parziarietà necessaria può operare anche sotto forma di "riduzione quantitativa" di quella parte del contenuto della clausola che realizza l'abuso, avvicinandosi ulteriormente a «quell'idea di "conversione" del regolamento negoziale nullo, che l'art. 1424 c.c. riferisce alla fattispecie negoziale nella sua interezza, e che qui si tratterebbe di applicare invece alle singole clausole (nulle, perché abusive)».

¹²⁴ Si considerino, anzitutto, le numerose ipotesi in cui viene prescritta l'osservanza della forma scritta a pena di nullità: oltre alle disposizioni già analizzate, si pensi all'art. 23, comma 1°, del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, adottato con d. lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 o, ancora, all'art. 100-*bis* dello stesso, che, in materia di offerta al pubblico, stabilisce che, in caso di mancata pubblicazione del prospetto, l'acquirente, che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, possa far valere la nullità del contratto con cui ha acquistato prodotti finanziari.

¹²⁵ I limiti della presente trattazione non consentono di affrontare compiutamente la questione degli effetti della caducazione di una clausola abusiva essenziale, ma si tenterà di offrirne comunque una sintesi. Come si è già avuto modo di dire, la giurisprudenza europea si è mostrata ferma nell'escludere qualsiasi forma di etero-integrazione giudiziale del contratto da cui sia stata espunta una clausola abusiva, ammettendo soltanto la possibilità che la clausola caducata venga sostituita attraverso l'applicazione di una norma di diritto dispositivo (v. *supra*, nt. 66). Le criticità, soprattutto in punto di effettività della tutela, emergono ogniqualvolta nell'ordinamento manchi una simile norma, con la conseguenza che la nullità colpisce l'intero contratto (cfr. C. Giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-397/11, *E. Jörös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, secondo cui il giudice nazionale deve «valutare, in linea di principio sulla base di criteri oggettivi, se il contratto di cui trattasi possa essere mantenuto senza detta clausola»). Per una ricostruzione complessiva del tema si rinvia ad A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, cit., 104; ID., *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, 56. In dottrina, G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, cit., 243, suggerisce una interpretazione evolutiva dell'art. 1374 c.c., e ciò in considerazione del fatto che le pronunce del giudice europeo «lasciano aperta la possibilità che la lacuna determinata dalla caducazione di una clausola "vessatoria" sia colmata attraverso il ricorso al diritto dispositivo, naturalmente ove ciò sia previsto e/o consentito dai singoli ordinamenti nazionali». In termini analoghi M. BARCELONA,

In queste situazioni, in assenza di una disciplina positiva che espressamente lo preveda¹²⁶, ci si chiede se sia possibile ipotizzare una qualche forma – parafrasando il lessico impiegato nell’art. 2126 c.c., in cui si legge che la nullità del contratto “non produce effetto” – di inefficacia della nullità, ovvero sia una modulazione nella negazione dell’efficacia giuridica, in ipotesi fondata sulla necessità di consentire alla funzione di protezione, compendiata nel paradigma dell’operatività a vantaggio, di esplicarsi.

I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell’orizzonte europeo, cit., 53, ritiene che si possa «ben immaginare che l’art. 1419, comma 2°, c.c. continui a sancire la nullità parziale/correttiva anche in assenza di leggi ed atti amministrativi che prevedano clausole e prezzi sostitutivi e che la nullità della clausola, in vista della sua *ratio* conservativa, dia accesso ai criteri di correzione generali dell’art. 1374 c.c.»; in particolare, l’Autore ritiene che tale norma «attraverso il rinvio al diritto dispositivo, agli usi e all’equità attivi l’interazione di autonomia e mercato», dando forma «al capovolgimento che il nuovo rapporto politica/economia ha operato del senso tradizionale dei dispositivi di correzione del contenuto del contratto», che ora svolgono «una funzione ausiliaria del mercato, di *enforcement* del suo funzionamento virtuale (e – si assume – virtuoso) rispetto alle deformazioni della pratica negoziale». Critico F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2006, 702, che pare contrario a qualsiasi forma di eterointegrazione. Da ultimo, in relazione a una clausola abusiva rientrante nella definizione dell’oggetto principale di un contratto di mutuo, C. Giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-260/2018, *J. Dziubak c. Raiffeisen Bank International AG*, ha affermato che, se il contratto non può oggettivamente sussistere senza tale clausola, il giudice nazionale ha la possibilità di sostituirla con una disposizione di diritto interno di natura suppletiva, e ciò affinché il consumatore non venga esposto alle conseguenze pregiudizievoli e penalizzanti derivanti dall’invalidazione integrale del contratto. In ogni caso, la Corte ha precisato che la Direttiva 93/13/CE «non si spinge fino al punto di rendere obbligatorio il sistema di tutela contro l’uso di clausole abusive da parte dei professionisti da essa istituito a favore dei consumatori» e, pertanto, che «quando il consumatore preferisce non avvalersi di tale sistema di tutela, quest’ultimo non viene applicato». Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha concluso nel senso che «le conseguenze sulla situazione del consumatore provocate dall’invalidazione di un contratto nella sua interezza, come indicate nella sentenza del 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai* (C-26/13, EU:C:2014:282), devono essere valutate alla luce delle circostanze esistenti o prevedibili al momento della controversia, e che, dall’altro, ai fini di tale valutazione, la volontà che il consumatore ha espresso al riguardo è determinante».

¹²⁶ Quale è quella contenuta nell’art. 125-bis, 9° comma, del Testo unico bancario o, ancora, quella contenuta negli artt. 67-*septiesdecies* del Codice del consumo e 167 del Codice delle assicurazioni: come si è detto in precedenza, a tutte queste ipotesi, che intervengono direttamente sul rapporto sinallagmatico, non è estranea una funzione deterrente e sanzionatoria.

L'interrogativo non è di poco conto e a ben vedere – qualora si prendano le mosse dall'assunto che sia la rilevanza giuridica del contratto nullo a rendere sempre concepibile, quantomeno in linea teorica, l'idea che quest'ultimo produca effetti giuridici – non pare nemmeno così eccentrico.

In questa prospettiva, svolge un ruolo centrale la relatività della legittimazione ad agire, spettante al solo contraente protetto. In tal modo, è preclusa alla controparte la possibilità tanto di pretendere l'adempimento del contratto nullo quanto quella di sottrarvisi: infatti, ferma restando la rilevabilità officiosa, la nullità può essere fatta valere solo dal contraente protetto¹²⁷.

In siffatta dinamica processuale, parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare un'ipotesi di «inefficacia o meglio di inopponibilità del vincolo negoziale nei confronti del contraente tutelato dalla disposizione»¹²⁸.

Tale dinamica, tuttavia, solleva un duplice ordine di problemi, la cui approfondita trattazione è riservata al prossimo capitolo.

Si tratta, da un lato, della questione dell'ammissibilità dell'esercizio selettivo dell'azione di nullità, che, a livello operativo, è emersa in relazione al contratto quadro per la prestazione dei servizi di investimento dichiarato nullo per vizio di forma; dall'altro lato, dell'eventuale influenza della funzione di protezione

¹²⁷ In questa ipotesi, la questione di nullità costituisce una pregiudiziale in senso logico-giuridico, idonea a divenire giudicato con efficacia circa l'esistenza del rapporto giuridico, e deve pertanto essere oggetto di un accertamento incidentale: sul punto si veda, fra le altre, Cass., 22 marzo 2005, n. 6171, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1667, che ha chiarito che «a norma dell'art. 1421 c.c., il giudice deve rilevare d'ufficio le nullità negoziali, non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione, procedendo a un accertamento incidentale relativo a una pregiudiziale in senso logico-giuridico, idoneo a divenire giudicato»

¹²⁸ M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 423, che richiama la figura della “*relative Unwirksamkeit*”, ribadendone tuttavia la diversità concettuale rispetto a quella della nullità relativa, e concludendo nel senso che la specialità delle nullità introdotte dalla legislazione consumeristica vada apprezzata proprio sotto il profilo della limitazione della legittimazione ad agire.

sugli effetti restitutori, che emerge tutte le volte che le parti abbiano dato spontanea esecuzione a un contratto nullo e presuppone, a monte, una indagine sui rapporti che intercorrono tra l'azione diretta a far dichiarare la nullità e l'azione di ripetizione che sulla nullità si fonda.

OPERATIVITÀ A VANTAGGIO ED EFFETTI RESTITUTORI

SOMMARIO: 1. Nullità del contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento ed esercizio selettivo dell'azione di nullità. – 2. Il paradigma della operatività a vantaggio fra limiti oggettivi del giudicato ed eccezione di buona fede. – 3. Gli effetti sostanziali della nullità totale di protezione: verso una (ir)ripetibilità unilaterale?. – 4. Le obbligazioni restitutorie tra dilazione e misurazione dello svantaggio. – 5. Valutazioni conclusive

1. *Nullità del contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento ed esercizio selettivo dell'azione di nullità*

Il 1° comma dell'art. 23 del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, adottato con d. lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998, stabilisce che il contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento – il c.d. contratto quadro – debba essere redatto per iscritto, che un esemplare dello stesso debba essere consegnato al cliente e che, in caso di inosservanza della forma prescritta, il contratto sia nullo¹.

¹ È ormai pacifico che tale requisito formale vada riferito al solo contratto quadro, e cioè il contratto sulla base del quale l'intermediario finanziario fornisce i servizi di investimento. Così si è espressa, fra le altre, Cass., 13 gennaio 2012, n. 384, in *IlCaso.it*, che ha affermato il seguente principio di diritto: «La forma scritta è richiesta per la validità del cosiddetto contratto quadro col quale l'intermediario si obbliga a prestare il servizio di negoziazione di strumenti finanziari in favore del cliente, ma non anche per i singoli ordini che, in base a tale contratto, vengano poi impartiti dal cliente all'intermediario medesimo, la cui validità non è soggetta a requisiti di forma». Una simile conclusione è stata determinata anzitutto dalla ricostruzione che la giurisprudenza teorica e pratica ha operato del contratto quadro, la conclusione del quale è ritenuta il presupposto necessario affinché l'intermediario possa validamente compiere operazioni per conto del cliente. Queste operazioni, benché possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale, sono considerate il momento attuativo del precedente contratto quadro: sul punto si veda Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *IlCaso.it*, che sembrerebbe richiamarsi alla tesi formulata, in dottrina, da F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. impr.*, 2005, 423, il quale ritiene che il contratto di investimento vada ricondotto al mandato e che gli ordini impartiti dal cliente, nei quali si sostanziano le singole operazioni di investimento, costituiscano altrettanti

Di seguito, il 3° comma, con un'espressione diversa da quella impiegata negli artt. 36 del Codice del consumo e 127 del Testo unico bancario, stabilisce che la nullità può essere fatta valere solo dal cliente².

Ulteriori ipotesi di nullità dell'intero contratto³ si rinvencono nel 7° comma dell'art. 30 e nel 3° comma dell'art. 30-*bis*, in caso di omessa indicazione della facoltà di recesso nei contratti di collocamento di strumenti finanziari e di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede e nei contratti di consulenza in materia di investimenti conclusi in un luogo diverso dal domicilio eletto o dalla sede legale del prestatore del servizio, e nell'art. 100-*bis*, in caso di mancata pubblicazione del prospetto informativo, in violazione delle regole sull'offerta al pubblico di sottoscrizione e di vendita di prodotti finanziari⁴.

atti unilaterali esecutivi del rapporto di mandato; sul mandato come «archetipo dei contratti funzionalmente caratterizzati dalla cooperazione gestoria» si veda A. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 752.

² Sul punto si vedano le considerazioni critiche di R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, 777; ID., *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 235, il quale ha sin da subito espresso perplessità sull'idoneità della relatività della legittimazione ad agire a svolgere efficacemente una funzione protettiva: infatti, benché il cliente sia l'unico arbitro della decisione sulla sorte del rapporto, l'alternativa che gli si prospetta – agire per far dichiarare la nullità o rimanere inerte – non è priva di controindicazioni, considerato che l'effetto demolitorio che consegue alla declaratoria di nullità del contratto potrebbe, nonostante il vizio, rivelarsi più svantaggioso della sua conservazione.

³ Per quanto riguarda le ipotesi di nullità a parzialità necessaria, per le quali vale quanto detto nel capitolo precedente, si segnala che l'art. 6, comma 2-*octies*, in relazione agli obblighi in materia di sistemi di remunerazione e di incentivazione, facenti capo ai soggetti abilitati nell'ambito della prestazione dei servizi e delle attività di investimento e della gestione collettiva del risparmio, prevede che sia nullo qualunque patto o clausola non conforme alle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, sentita la Consob, o contenute in atti dell'Unione europea direttamente applicabili, che la nullità della clausola non comporti la nullità del contratto e che le previsioni contenute nelle clausole nulle siano sostituite di diritto, ove possibile, con i parametri indicati nelle disposizioni suddette nei valori più prossimi alla pattuizione originaria. Inoltre, l'art. 23, al 2° comma, prevede che sia nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico e che in tali casi nulla sia dovuto.

⁴ L'art. 100-*bis*, al 2° comma, stabilisce che si sia in presenza di una offerta al pubblico ogniquale volta i prodotti finanziari oggetto, in Italia o all'estero, di un collocamento riservato a investitori qualificati

In tutte queste disposizioni, il legislatore ha previsto la relatività dell'azione diretta a far valere la nullità, sostanzialmente al fine di non pregiudicare l'interesse del cliente alla conservazione del contratto⁵.

Per prima cosa, per sgombrare il campo da possibili equivoci, è opportuno fare chiarezza sul seguente punto: a parere di chi scrive, in base a un'interpretazione sistematicamente orientata e non avulsa da una visione organica del diritto privato europeo, le nullità relative⁶ di protezione che si sono ora elencate vanno ricondotte al paradigma della operatività a vantaggio⁷.

siano, nei dodici mesi successivi, sistematicamente rivenduti a soggetti diversi da investitori qualificati, qualora tale rivendita non ricada in una delle ipotesi di inapplicabilità della disciplina dell'offerta al pubblico di sottoscrizione e di vendita, previste dall'articolo 100; in questo caso, il 3° comma stabilisce che, qualora non sia stato pubblicato un prospetto, l'acquirente che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, può far valere la nullità del contratto, ferma restando la responsabilità dei soggetti abilitati presso i quali è avvenuta la rivendita dei prodotti finanziari per il danno arrecato. In argomento si veda A. DALMARTELLO, *Private placement e circolazione di strumenti finanziari*, Milano, 2013.

⁵ A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., 349, ritiene che la relatività dell'azione costituisca uno «strumento processuale atto a conseguire i medesimi effetti di una sanatoria», con la precisazione che «la relatività dell'azione e la convalida, anche nelle ipotesi in cui conducano al medesimo risultato di conservare la piena efficacia del contratto, attengono a piani differenti: la convalida opera sul piano sostanziale confermando come effettiva una scelta *ab origine* compiuta in modo non del tutto libero e consapevole (a causa di incapacità o vizi del consenso); la relatività dell'azione di nullità integra esclusivamente uno strumento processuale mediante il quale la formazione del giudicato (anche implicito) sulla validità del contratto, precludendo ogni ulteriore indagine sulla medesima questione, rende completa e stabile la efficacia allo stesso *ab origine* transitoriamente connessa in modo incompleto (vincolando, cioè, uno solo dei contraenti)». In termini non del tutto dissimili M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 441, la quale ritiene che la nullità relativa di protezione configuri una «nullità pendente o sospesa», sanabile ad opera del soggetto legittimato a farla valere.

⁶ M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 424, definisce la nullità relativa «un tipo di invalidità negoziale caratterizzato essenzialmente dal fatto che la legittimazione a farla valere è limitata a priori dalla legge».

⁷ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 842; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., 39; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 271, osserva che le nuove regole di forma possono essere descritte come «regole del gioco» che subordinano ad una serie di presupposti l'esercizio dell'autonomia privata senza limitarla; e ben si conciliano con quel tratto di «neutralità» che caratterizza il nuovo contratto, il quale, pur difettoso in punto di forma, potrà alternamente continuare ad esplicare i propri effetti oppure essere rimosso

La disciplina della prestazione dei servizi e delle attività di investimento – espressamente predisposta a tutela dell’interesse dei clienti e dell’integrità dei mercati – mira infatti a raggiungere il massimo grado di armonizzazione nella regolamentazione dei mercati dei servizi finanziari, nel convincimento che ciò sia una condizione imprescindibile per la creazione di un mercato unico integrato, concorrenziale e aperto, nonché efficiente e affidabile, ritenuto a sua volta essenziale per garantire la crescita economica e la competitività, nel contesto globale, dell’intera area euro-unitaria.

Come è stato attentamente rilevato, infatti, in questo comparto la mancanza di omogeneità che caratterizza i prodotti offerti dagli intermediari⁸ accresce ulteriormente l’importanza della disciplina della trasparenza, che, oltre a svolgere la sua funzione tipicamente protettiva nei confronti degli investitori, gioca un ruolo fondativo e costitutivo del mercato finanziario stesso, e non già meramente correttivo di fallimenti già verificatisi⁹.

non in base ad una scelta politica presa a monte dal legislatore che lo disapprova, ma in funzione di ragioni valutate dal contraente titolare dell’azione, arbitro del mercato».

⁸ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., 112, evidenzia che la specificità dei prodotti finanziari risiede nel fatto che essi postulano, tra l’intermediario e il cliente, una relazione contrattuale destinata a protrarsi nel tempo; identificandosi con un contratto che è predisposto e conformato dall’intermediario finanziario quale impresa che opera sul mercato, essi costituiscono, in ultima analisi, dei “contratti-prodotto”. Rilievi in parte analoghi sono svolti da M. CIAN, *L’informazione nella prestazione dei servizi di investimento: gli obblighi degli intermediari*, in E. GABRIELLI-R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*², Torino, 2011, 213, il quale sottolinea come l’asimmetria informativa sia «accentuata dallo spiccato tecnicismo dei prodotti del mercato finanziario, scarsamente decifrabile dalla massa dei risparmiatori, e dalla dipendenza del loro valore da una pluralità di fattori estrinseci solo relativamente predeterminabili, ad impatto non agevolmente declinabile, e sovente non disponibili alla generalità degli investitori».

⁹ A. JANNARELLI, *La disciplina dell’atto e dell’attività*, cit., 33, osserva che «per il mercato finanziario è difficile poter immaginare l’esistenza di un “ordine naturale” destinato ad essere semplicemente corretto in presenza, sul piano fattuale, di asimmetrie informative». Posto che «anche nella strutturazione del mercato finanziario è indispensabile che il diritto intervenga nel costruire ed ampliare quell’orizzonte comune che, al tempo stesso, rimuova gli isolamenti, come tali opposti al processo concorrenziale, introduca o alimenti gli strumenti per facilitare l’agire comunicativo e per permettere scelte razionali rispetto allo scopo», l’Autore rileva come nel comparto finanziario «la

Questa ricostruzione è stata recentemente accolta dalle Sezioni Unite, le quali, nel pronunciarsi sulla questione della legittimità dell'esercizio selettivo dell'azione di nullità *ex art. 23* del Testo unico dell'intermediazione finanziaria, hanno preliminarmente chiarito che, nonostante la formulazione testuale di tale norma diverga da quella dell'art. 36 del Codice del consumo, essa deve essere interpretata «in modo costituzionalmente orientato e coerentemente con i principi del diritto euro-unitario, così da non escluderne né il rilievo d'ufficio né l'operatività a vantaggio esclusivo del cliente»¹⁰.

Invero, prima delle modifiche apportate dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, anche il 2° comma dell'art. 127 del Testo unico bancario recitava che le nullità potessero essere “fatte valere” solo dal cliente. Quindi, non sembra che possa sussistere più alcun dubbio sul fatto che questa nullità sia di protezione e operi secondo il paradigma dell'operatività a vantaggio.

Fatta questa debita premessa, si può procedere alla illustrazione dei termini fondamentali della questione, con l'ulteriore precisazione che la sua portata è più ampia di quanto, almeno all'inizio, fosse apparsa.

strutturazione del mercato coincide con la creazione e costante implementazione di un circuito informativo che permetta a tutti i protagonisti del mercato, in primo luogo ai risparmiatori, di acquisire a bassi costi di transazione informazioni sugli interlocutori (siano essi tanto gli emittenti dei prodotti finanziari – verso i quali in definitiva si indirizza il loro capitale con il relativo carico di rischi – quanto i soggetti che nel circuito della intermediazione ne curano la distribuzione)».

¹⁰ Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 21384, in *N. giur. civ. comm.*, 2020, 26, con nota di A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, ivi, 32; nonché in *Contr.*, 2020, 11 con nota di S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, ivi, 18. In argomento si vedano anche A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività “a vantaggio”*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 89; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *N. giur. civ. comm.*, 2020, 154; D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, ivi, 160; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, ivi, 163; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, ivi, 176.

Infatti, benché sia originariamente sorta in relazione al contratto c.d. “monofirma”, essa non può reputarsi esaurita per effetto della pronuncia con cui la Suprema Corte ha risolto in senso positivo la discussione sulla validità del contratto privo della sottoscrizione dell’intermediario¹¹.

¹¹ La questione di massima di particolare importanza relativa alla conformità del contratto quadro privo della sottoscrizione dell’intermediario finanziario con il requisito formale prescritto dall’art. 23 del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e agli effetti che l’eventuale nullità di un simile contratto avrebbe prodotto sulle singole operazioni attuative dello stesso è stata rimessa alle Sezioni Unite da Cass., 27 aprile 2017, n. 10447 (ord.), in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 535, con nota di A. TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, ivi, 543 e M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall’intermediario. La parola alle Sezioni Unite*, ivi, 554; sul punto si vedano anche i commenti di D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contr.*, 2017, 393 e S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma. A proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 679. Sulla questione si è pronunciata Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Giur. it.*, 2018, 568, con nota di A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il “balletto” delle forme*, ivi, 569 che ha affermato il seguente principio di diritto: «Il requisito della forma scritta del contratto quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall’art. 23 del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell’investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell’intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti». In termini analoghi, Cass., 4 giugno 2018, n. 14243, secondo cui «in tema di contratti bancari soggetti alla disciplina di cui al d. lgs. n. 385 del 1993, art. 117, la valida stipula del contratto non esige la sottoscrizione del documento contrattuale da parte della banca, il cui consenso si può desumere alla stregua di atti o comportamenti alla stessa riconducibili, sicché la conclusione del negozio non deve necessariamente farsi risalire al momento in cui la scrittura privata che lo documenta, recante la sottoscrizione del solo cliente, sia prodotta in giudizio da parte della banca stessa. A commento della pronuncia delle Sezioni Unite si vedano A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto “monofirma”*, in *N. giur. civ. comm.*, 2018, 658; G. D’AMICO, *La forma del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta “ad substantiam actus”*, in *Contr.*, 2018, 138; S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un’informazione materializzata? Le SS. UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell’art. 23 T.U.F.*, ivi, 143; ID., *Il contratto monofirma nella prospettiva dell’art. 1341 cod. civ.*, in *N. giur. civ. comm.*, 2018, 729; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, ivi, 741; L. MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo “informativo”*, in *Foro it.*, 2018, 1283; A. MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto monofirma*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, 275; U. NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*, in *Società*, 2018, 485.

Basti pensare che, limitando l'esame all'ambito dell'intermediazione finanziaria, oltre ai casi di sottoscrizione apocrifa e di radicale inesistenza del contratto quadro – riconducibili, ancorché latamente, al tema del formalismo – e a quelli connessi alla multiforme patologia dell'abusivismo, l'uso selettivo può prospettarsi anche rispetto alle altre ipotesi di nullità che si è elencato in apertura nonché, più in generale, in relazione alla mancanza di uno dei requisiti contenutistici prescritti dagli artt. 37 e 38 del Reg. Intermediari, adottato con delibera Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018¹²:

In tutti questi casi, la relatività della legittimazione ad agire per far dichiarare il vizio invalidante del contratto quadro e la particolarità della struttura di quest'ultimo, che si articola in due momenti negoziali almeno concettualmente distinti¹³, si traducono, sul piano applicativo, nella effettiva possibilità per il cliente di esercitare in modo selettivo l'azione di nullità.

¹² U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit., 843; A. DALMARTELLO, *L'uso selettivo della nullità nei contratti di intermediazione finanziaria al vaglio delle Sezioni Unite*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2019, 448 e nt. 13., ove l'Autore evidenzia che tale problema non si pone per il servizio di collocamento; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione*, cit., 155, dà poi rilievo al caso in cui l'intermediario non abbia consegnato un esemplare del contratto al cliente (ma, sul punto, si vedano i rilievi critici di A. DALMARTELLO, *op. ult. cit.*, 448 e, spec., nota 7).

¹³ La conclusione del contratto quadro non fa sorgere, in capo all'intermediario, alcun obbligo di prestazione – eventualmente, tale obbligo verrà a esistenza in un secondo momento, se e quando il cliente dovesse decidere di compiere un'operazione di investimento – ma instaura tra le parti un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, che funge «da reticolo di base nel quale si inseriscono i singoli rapporti operativi di prestazione»: così C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, 314, il quale rileva che tale categoria concettuale è stata adoperata dalla dottrina tedesca con riferimento a quello che viene chiamato “contratto bancario generale”, con il quale «banca e cliente entrano in relazione, la prima indicando i servizi che intende offrire e le clausole contrattuali alle quali si atterrà, mediante la consegna del formulario contenente le condizioni generali, il cliente prendendone atto per il momento nel quale avrà deciso di chiedere alla banca una determinata prestazione: già da tale momento la banca è obbligata a fornire informazioni corrette e consigli attenti al cliente» (in argomento si veda, più ampiamente, ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto: scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 147). In

È questa circostanza che, concretamente, ha determinato l'emersione della questione della legittimità della condotta processuale di quei soggetti che deducono l'invalidità del contratto quadro al fine di rimuovere gli effetti di alcune soltanto delle operazioni di investimento poste in essere in esecuzione dello stesso, preservando nel contempo i vantaggi patrimoniali ottenuti grazie a ulteriori operazioni attuative del medesimo contratto¹⁴.

giurisprudenza, una simile ricostruzione del rapporto di intermediazione può leggersi in Cass., 24 febbraio 2017, n. 12937, in *IlCaso.it*, che parla di una «struttura negoziale articolata secondo una sequenza che viene a svolgersi lungo più fasi in consecuzione tra loro», all'interno della quale «il contratto quadro assolve la funzione di gettare le basi per la futura operatività del rapporto».

¹⁴ Più nello specifico, il contenzioso ha tratto origine da una prassi invalsa presso gli istituti di credito, ovverosia quella di concludere il contratto quadro simulando uno scambio di dichiarazioni *inter absentes*. Pertanto, benché il documento contrattuale venga interamente predisposto dall'intermediario finanziario, solitamente l'investitore sottoscrive un primo modulo nel quale figura quale proponente, mentre l'intermediario finanziario sottoscrive un secondo modulo nel quale dichiara di accettare la proposta formalmente proveniente dall'investitore, che nella sostanza non fa altro che aderire a condizioni di contratto integralmente predisposte dall'intermediario finanziario stesso. Ciò spiega perché sia capitato assai frequentemente che il solo documento prodotto agli atti del giudizio fosse il modulo sottoscritto dal cliente, vuoi perché al cliente non era mai stato materialmente consegnato l'esemplare sottoscritto dall'intermediario, vuoi perché, altrettanto verosimilmente, egli si è astenuto, anche strumentalmente, dal produrlo in giudizio. Questo è lo scenario nel quale si è andato diffondendo l'esercizio selettivo dell'azione di nullità: gli investitori agivano in giudizio allegando la mancanza di un valido contratto quadro e, su questo presupposto, contestavano solo alcune delle operazioni che, nella prospettazione attorea, avrebbero dovuto trovare il proprio fondamento nella validità di quel contratto. In un primo momento, infatti, la Cassazione aveva aderito alla tesi secondo cui il contratto quadro sarebbe nullo per difetto di forma scritta ogni volta che non vengano prodotte sia la proposta sia l'accettazione debitamente sottoscritte o, comunque, non venga prodotto un documento contrattuale recante la sottoscrizione di entrambi i contraenti, non essendo possibile dimostrare l'intervenuta conclusione dello stesso attraverso prove costituenti quali la prova testimoniale o l'interrogatorio formale, né tantomeno mediante l'emissione di un ordine di esibizione nei confronti del cliente (cfr. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, tutte edite in *Corr. giur.*, 2016, 1110, con nota di A. TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*, *ivi*, 1117; l'unico precedente difforme era rappresentato da Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, in *IlCaso.it*, in cui si afferma che il requisito formale prescritto dall'art. 23 del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 è soddisfatto anche laddove il documento contrattuale rechi la sottoscrizione del solo investitore, allorché la copia da costui prodotta in giudizio riporti la dicitura «Un esemplare del presente contratto ci è stato da voi consegnato», nonché nell'ipotesi in cui, alla sottoscrizione del contratto da parte del solo investitore, abbiano fatto seguito, anche in via alternativa, la produzione in giudizio del documento contrattuale da parte dell'intermediario finanziario ovvero la

Infatti, mancando il loro presupposto giustificativo, le singole operazioni realizzate in esecuzione del contratto quadro in ipotesi nullo, nelle quali si concretano gli ordini impartiti dal cliente, risulterebbero parimenti affette da nullità¹⁵. Tuttavia, trattandosi di una nullità di protezione, l'unico soggetto legittimato a farla valere sarebbe il cliente, il quale ben potrebbe dedurre la nullità del contratto quadro e, quantomeno in linea di principio, stante la disponibilità dell'oggetto del processo, agire per la restituzione di quanto ha versato in relazione ad alcuni soltanto degli ordini impartiti.

Seppur sporadici, alcuni arresti della Cassazione avevano fatto propria questa ricostruzione del fenomeno, esprimendosi a favore dell'ammissibilità di un esercizio selettivo dell'azione di nullità¹⁶

manifestazione di volontà del medesimo di avvalersi del contratto stesso, la quale può evincersi da una pluralità di atti posti in essere nel corso del rapporto, fra i quali, a titolo esemplificativo, la comunicazione degli estratti conto). Peraltro, da questa prospettiva, a nulla sarebbe valsa la produzione in giudizio, da parte dell'intermediario finanziario, di un documento contrattuale privo della sua sottoscrizione: infatti, quand'anche si voglia ammettere che tale produzione possa costituire un equipollente della sottoscrizione, il contratto quadro non si perfezionerebbe retroattivamente, ma solamente *ex nunc* (cfr. Cass., 19 luglio 1946, n. 926, in *Mass. Foro it.*, 1946 e, in dottrina, M. ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997). Dunque, affinché le operazioni realizzate in assenza di un preesistente contratto quadro potessero ritenersi efficacemente effettuate, si sarebbe dovuto ipotizzare che la produzione in giudizio del documento contrattuale da parte dell'intermediario valesse quale convalida *ex art. 1423 c.c.*; senonché, anche a tacer del fatto che la dottrina non è unanime nell'ammettere la possibilità di sanare un contratto affetto da una nullità di protezione, l'eventuale, relativo potere di convalida spetterebbe soltanto al soggetto che è legittimato attivo a far dichiarare la nullità, e quindi al cliente e non già all'intermediario finanziario (così, in relazione alle ipotesi eccezionali contemplate dagli artt. 590 e 799 c.c., G.B. FERRI, voce «*Convalida, conferma e sanatoria del negozio nullo*», in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1993, 353).

¹⁵ Così Cass., 22 marzo 2013, n. 7283, in *II Caso.it*, secondo cui «sono nulle, per carenza di un indispensabile requisito di forma prescritto dalla legge a protezione dell'investitore, le operazioni di investimento compiute da una banca in assenza del cosiddetto contratto quadro, senza che sia possibile una ratifica tacita, che sarebbe affetta dal medesimo vizio di forma».

¹⁶ Così Cass., 24 marzo 2016, n. 8395, cit., la quale afferma espressamente che «l'investitore, *ex artt. 99 e 100 c.p.c.*, può selezionare il rilievo della nullità e rivolgerlo agli acquisti (o, più correttamente, ai contratti attuativi del contratto quadro) di prodotti finanziari dai quali si è ritenuto

Pertanto, sia le ordinanze n. 12388, 12389 e 12390 del 17 maggio 2017 che, in un secondo momento, l'ordinanza n. 23927 del 2 ottobre 2018 hanno rimesso all'esame del Primo Presidente della Corte di Cassazione, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, 2° comma, ult. cpv., c.p.c., la questione della legittimità dell'esercizio selettivo dell'azione di nullità, nella prospettiva dell'opponibilità di un'eccezione di dolo generale da parte dell'intermediario finanziario convenuto in un giudizio in cui l'investitore – dedotta la ragione di nullità del contratto quadro, senza che sia stata formulata la relativa domanda di accertamento negativo¹⁷ – abbia agito per la ripetizione dell'indebito esclusivamente in relazione alle somme investite in operazioni che abbiano avuto o stiano ancora avendo un esito negativo¹⁸.

illegittimamente pregiudicato, essendo gli altri estranei al giudizio». A. DALMARTELLO, *L'uso selettivo della nullità nei contratti di intermediazione finanziaria al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 453, sottolinea come ciò presupponga una qualificazione binaria del rapporto fra ordini e contratto quadro, tale per cui «il contratto quadro costituirebbe nient'altro che un accordo normativo: i singoli ordini sarebbero in questo caso contratti autonomi che trovano nel primo la disciplina». Questa qualificazione diverge da quella, unitaria, che, come si è detto, è stata accolta dalle Sezioni Unite nel 2007, e alla stregua della quale «il venir meno del contratto quadro priva di giustificazione causale tutti gli spostamenti di ricchezza tra investitore e intermediario, senza che sia necessaria l'impugnazione dei singoli ordini, che non hanno un rilievo negoziale autonomo», sicché bisogna ammettere il «possibile esperimento, da parte dell'intermediario, della domanda riconvenzionale (o dell'eccezione di compensazione) relativa alle somme conseguite dall'investitore per gli investimenti che hanno avuto un esito positivo». La qualificazione binaria, invece, parrebbe implicare la possibilità per l'investitore «di impugnare *vuoi* il contratto quadro, *vuoi* i singoli ordini di investimento», con la conseguenza di doversi escludere che «alla declaratoria di nullità del contratto quadro consegua la facoltà dell'intermediario di impugnare le singole operazioni differenti da quelle impugunate dall'investitore», a meno che, nonostante l'evidente incoerenza, si voglia ammettere che «la nullità “derivata” di queste ultime possa essere disciplinata — in punto di legittimazione — in termini differenti dalla nullità che genera tale effetto».

¹⁷ Cass., Sez. un, 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contr.*, 2012, 874, con nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: “Eppur si muove?”*, aveva infatti affermato che, in assenza di una domanda della parte legittimata volta a ottenere l'accertamento della nullità, la relativa declaratoria, pur essendo puramente incidentale e priva dell'autorità della cosa giudicata, non impedisce al giudice di decidere sulla domanda di ripetizione.

¹⁸ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit., 828; A. DALMARTELLO, *L'uso selettivo della*

A fronte dell'esercizio selettivo dell'azione di nullità, nell'ipotesi in cui lo stesso dovesse venir reputato di per sé contrario al canone della buona fede¹⁹, viene quindi prospettata la proponibilità di un'eccezione di dolo generale, sul modello dell'*exceptio doli praesentis seu generalis* romanistica²⁰.

nullità nei contratti di intermediazione finanziaria al vaglio delle Sezioni Unite, cit., 443; S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2018, 980; D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corr. giur.*, 2019, 177.

¹⁹ Sul canone di buona fede si veda R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, cit., 753; F. RANIERI, *Il principio generale di buona fede*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 495, nonché R. FAVALE, *Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova, 2003, 3.

²⁰ Per quanto riguarda il fondamento positivo dell'eccezione di dolo generale nel nostro sistema normativo, Cass. 7 marzo 2007, n. 5273, in *Contr.*, 2007, 971, con nota di C. ROMEO, «*Exceptio doli generalis*» ed «*Exceptio doli specialis*», seppur in un *obiter dictum* ed escludendone l'operatività nel caso concreto, ha affermato che l'*exceptio doli generalis* si offre come rimedio di carattere generale volto alla reiezione della domanda proposta in contrasto con i principi di correttezza e buona fede, e ogniquale volta sia accertato l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento. Nella pronuncia si ricorda che «secondo un orientamento, detta eccezione costituirebbe espressione del criterio della buona fede; un differente indirizzo l'ha invece ricondotta al divieto di abuso del diritto; un altro orientamento rinviene il suo fondamento congiuntamente nel divieto di abuso del diritto e nel divieto del criterio di correttezza; un ulteriore indirizzo reputa che il rimedio condivida con la buona fede oggettiva e con l'abuso del diritto la medesima esigenza di razionalizzazione dei rapporti giuridici e di selezione degli interessi meritevoli di tutela, che giustifica e legittima il sindacato del giudice sull'esercizio discrezionale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, allo scopo di verificarne la congruità con i valori fondamentali espressi dall'ordinamento e con le finalità insite nel loro normale esercizio». La letteratura sull'eccezione di dolo è ovviamente copiosa, ma si segnalano, in particolare: A. BURDESE, voce «*Exceptio doli (diritto romano)*», in *Nov. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1073; L. CARRARO, *Valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 782; G.L. PELLIZZI, voce «*Exceptio doli (dir. civ.)*», in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1074; A. TORRENTE, voce «*Eccezione di dolo*», in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 218; G.B. PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed «exceptio doli»*, in *Giur. comm.*, 1982, 407; L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'«exceptio doli generalis»*, in *Contr. impr.*, 1986, 197; ID., *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988; A. VENOSTA, *Note sull'exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, 529; F. RANIERI, voce «*Eccezione di dolo generale*», in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1994; A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, 147; G. MERUZZI, *L'«exceptio doli» dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, 452; L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova, 2006 e, con riferimento alla pronuncia citata, G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'«exceptio doli» e gli «obiter dicta» della Cassazione*, in

L'idea che una siffatta azione – la quale, pur apparendo fondata sul piano del diritto positivo, si connoterebbe per la sua strumentalità sul piano della giustizia sostanziale – possa essere neutralizzata attraverso la proposizione di un'eccezione di dolo generale è stata sviluppata anzitutto dalla dottrina²¹, che è apparsa ben consapevole dei limiti intrinseci alle altre soluzioni prospettate dalla giurisprudenza di merito per far fronte a quella che è stata definita una «opportunistica disarticolazione di un rapporto unitario»²².

A monte vi è la convinzione che non sia meritevole di accoglimento una domanda che, per le modalità con cui è formulata, appaia finalizzata a soddisfare una pretesa esorbitante rispetto alla finalità di protezione sottesa alla norma che commina la nullità, funzionale a scongiurare l'opacità del contenuto contrattuale e tutti i rischi di abuso che vi si annidano²³.

Contr. impr., 2007, 1369; F. FESTI, *L'ambito di applicazione ed i limiti dell'exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, 697; T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 223.

²¹ R. LENER, *I contratti di gestione*, in *Studi in onore di Antonio Pavone La Rosa*, Milano, 1999, 562; A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, cit., 40; D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, 39 e, in senso critico, U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*, cit., 832.

²² Trib. Torino, 7 marzo 2011, in *Corr. merito*, 2011, 699. Le soluzioni in parola sono state essenzialmente due: da un lato, ove proposta, l'accoglimento della domanda riconvenzionale con la quale l'intermediario finanziario chiede che siano dichiarati nulli gli ordini rimasti estranei alla domanda attorea e che il cliente sia condannato alla restituzione di quanto percepito in relazione a essi, pur essendo quantomeno dubbio che l'intermediario – che a ciò non è legittimato in via principale – possa agire in via riconvenzionale affinché venga dichiarata la nullità di ordini diversi e ulteriori rispetto a quelli che rientrano nel *petitum* della domanda attorea; dall'altro, il rigetto della domanda attorea, motivato desumendo dalla mancata inclusione di alcuni ordini la volontà di convalidare l'intero contratto quadro, senza che tuttavia venga spiegato come sia possibile che la convalida tacita degli ordini non impugnati – la cui ammissibilità è già di per sé opinabile – possa tradursi nella convalida di quelli espressamente impugnati dal cliente con un'azione diretta a farne dichiarare la nullità.

²³ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, cit., 21, ritiene sia «difficile trovare argomenti sul piano della giustizia e degli interessi sostanziali che rendano la pretesa selettiva dei clienti meritevole di tutela», considerato che «il vincolo della forma scritta per il contratto alla base del rapporto di servizi di investimento è motivato, secondo una strategia ormai

Sebbene si comprendano le preoccupazioni che hanno spinto l'interprete a proporre di paralizzare gli effetti dell'azione di nullità esercitata selettivamente con un'eccezione di dolo²⁴, si nutrono non pochi dubbi sulla compatibilità di una simile riduzione teleologica della norma che commina la nullità di protezione rispetto al paradigma dell'operatività a vantaggio, quantomeno se prospettata in via generale, prescindendo dalle circostanze del caso concreto²⁵.

consolidata a livello nazionale e comunitario, dall'obiettivo di realizzare la massima trasparenza a favore del cliente, sul presupposto che tale condizione contribuisca a riequilibrare la sua debolezza contrattuale di partenza». Il Considerando n. 90 del Reg. delegato (UE) 2017/565 concernente i requisiti organizzativi e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento prevede infatti che esse concludano «per iscritto un accordo di base con il cliente, che stabilisca i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente», e ciò «al fine di offrire certezza giuridica e consentire ai clienti di comprendere meglio la natura dei servizi prestati» (sul punto si veda, *amplius*, A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite*, cit. 662). Nello stesso senso si vedano C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contr.*, 2011, 11 e, seppur in termini più generali, anche U. BRECCIA, *La forma*, cit., 694, il quale ritiene che il fatto che «la nullità sostanziale [abbia] un rilievo più forte, e diverso, da una nullità formale è scelta da condividere in tutti i casi in cui il formalismo non ha un rilievo strutturalmente connesso all'atto, né vi sia un fondamento evidente per sanzionare egualmente con la nullità un'omissione formale la cui finalità di tutela è stata nei fatti rispettata, seppur tardivamente, da un contegno di pieno rispetto della sostanza dell'interesse protetto».

²⁴ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, cit., 26, ritiene che essa ingeneri il rischio di *moral hazard* e abbia effetti redistributivi di *cross-subsidization* a sfavore degli investitori che più necessitano di tutela. Mettono in guardia contro il pericolo che un eccesso di protezione si traduca in una "copertura assicurativa" contro il rischio che è fisiologicamente insito in ogni investimento finanziario anche A. PERRONE, *La responsabilità degli intermediari: tutela del risparmiatore incolpevole o "copertura assicurativa" per investimento sfortunato?*, in *Banca, impresa, soc.*, 2008, 389; ID., *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, in ID. (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2008, 40; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, 237; A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2333; G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 282.

²⁵ Che le istanze di correttezza debbano prevalere sul formalismo della regola positiva ad esempio nel caso in cui il cliente, pur essendo in possesso di una copia del contratto quadro sottoscritta dall'intermediario, sostenga opportunisticamente che essa non gli sia mai stata consegnata, magari dopo che per anni ha impartito ordini senza nulla obiettare, è fuor di dubbio. In queste ipotesi, infatti, in linea con la limitata esperienza applicativa che connota l'eccezione di dolo in materia di azione

Anticipando considerazioni che verranno svolte nel prosieguo, non pare che si possa completamente trascurare qual è il ruolo svolto dalla disciplina della trasparenza in un mercato come quello finanziario. Se si considera la rilevanza sistemica della contrattazione di massa – che, proprio in quanto tale, richiede un intervento conformativo sulla libertà contrattuale dell'operatore professionale, non essendo confacente l'imposizione di un limite meramente negativo, ancorché imperativo – la dinamica della selettività potrebbe, in ipotesi, risultare persino coerente con il paradigma dell'operatività a vantaggio²⁶.

di nullità, si riscontra nella parte destinata a subire l'eccezione una scorrettezza qualificata, come accade nel caso del contratto di locazione concluso senza forma scritta per imposizione del locatore (cfr. Cass. 16 marzo 2018, n. 6664, in *II Caso.it*, in cui si afferma che l'intermediario «avrebbe dovuto dedurre in questa sede, nel rispetto dell'art. 366 c.p.c., di avere allegato tempestivamente, nel giudizio di merito, le circostanze da cui risultasse il dolo o la mala fede della controparte, per essere stata a conoscenza della invalidità del negozio e, ciononostante, avere inteso danneggiare l'altra parte proseguendo in operazioni finanziarie anche altamente rischiose»). Anche in questo caso, dunque, sembra riscontrarsi quella confusione tra una concezione dell'abuso del diritto come utilizzo deviante rispetto al fine normativo e una concezione dell'abuso del diritto come condotta non improntata a correttezza, già messa in luce da G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2010, 11, che ha suggerito che tale confusione affondi le sue origini proprio in Cass., 8 settembre 2009, n. 20106, che, nel riconoscere quale principio generale il divieto di abuso del diritto, ha affermato che il «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto» e nel contempo che l'abuso del diritto «delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore» (la sentenza è pubblicata in *Resp. civ. prev.*, 2011, 354, con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, ove è così massimata: «Sono elementi costitutivi dell'abuso del diritto: 1) la titolarità di un diritto soggettivo; 2) la possibilità di plurime modalità di esercizio non predeterminate; 3) un esercizio concreto censurabile rispetto ad un criterio di valutazione giuridico o extra-giuridico; 4) una conseguente sproporzione ingiustificata tra il vantaggio ulteriore e diverso da quello indicato dal legislatore da parte del titolare, ed il sacrificio della controparte. Non è invece elemento costitutivo dell'abuso il dolo o una specifica volontà di nuocere»). In termini più generali si veda anche R. FAVALE, *Forme per la validità del contratto e tutela dei contraenti*, in *Contr. impr. Eur.*, 2008, 975, il quale sottolinea come la giurisprudenza tedesca – che per mitigare le rigide conseguenze delle azioni di nullità per vizio di forma aveva fatto ampio ricorso all'*exceptio doli*, ammettendone l'esperibilità a fronte di qualsiasi condotta obiettivamente contrastante con la buona fede – ne abbia successivamente dovuto arginarne l'espansione, circoscrivendone la proponibilità ai soli casi eccezionali.

²⁶ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*, cit., 848, ritiene che «la prospettiva di conservare la sola parte di operatività la cui rimozione non vada in danno del cliente costituisce un risvolto applicativo *interno* alle logiche di funzionamento che informano la nullità di protezione».

Non può escludersi, allora, che la funzione regolatoria assolta dalla trasparenza influisca anche sugli effetti restitutori che conseguono alla nullità del contratto, che da strumento di distribuzione di beni e servizi è diventato esso stesso un prodotto da distribuire, predisposto e commercializzato dall'intermediario nell'esercizio della sua attività di impresa²⁷.

2. *Il paradigma della operatività a vantaggio fra limiti oggettivi del giudicato ed eccezione di buona fede*

Con la sentenza n. 28314 del 4 novembre 2019 – definita, icasticamente, il «secondo pilastro del percorso giurisprudenziale di identificazione del regime delle nullità di protezione»²⁸ – le Sezioni Unite si sono pronunciate sulla questione della legittimità dell'esercizio selettivo dell'azione di nullità, chiarendo che gli effetti sostanziali e processuali del relativo accertamento negativo vanno declinati secondo il paradigma della “operatività a vantaggio”.

In primo luogo, la Suprema Corte ha specificato che l'accertamento della nullità del contratto quadro non può avvenire in via puramente incidentale: essa, infatti, rappresenta il presupposto tecnico-giuridico della domanda attorea, alla quale è collegata da un nesso eziologico, tanto da costituirne una premessa ineludibile, mentre la cognizione *incidenter tantum* può riguardare solamente un rapporto giuridico diverso da quello dedotto in giudizio, che si ponga come mero antecedente logico della decisione da adottare²⁹.

²⁷ A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività “a vantaggio”*, cit., 94.

²⁸ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, cit., 33, facendo riferimento a Cass., Sez. un., n. 26242 del 12 dicembre 2014.

²⁹ A prima vista, questa conclusione sembrerebbe confermare la qualificazione unitaria del rapporto fra ordini e contratto quadro, che, come si è detto, le Sezioni Unite avevano fatto propria già con la sentenza n. 26725 del 19 dicembre 2007. Infatti, se si accedesse alla qualificazione binaria, bisognerebbe concludere che, in ragione del collegamento negoziale unilaterale sussistente fra il

L'accertamento in ordine alla (in)validità del contratto quadro, dunque, non può restare al di fuori del *petitum* attoreo³⁰. Tuttavia, ancorché dichiarata con efficacia di giudicato, di tale nullità può avvalersi soltanto il cliente: questo sarebbe il riflesso, sul piano sostanziale, della relatività della legittimazione ad agire, che caratterizza, a livello processuale, lo statuto normativo della nullità di protezione, fondato sul paradigma dell'operatività a vantaggio.

Ne discende che l'intermediario non è legittimato ad agire autonomamente, ex art. 2033 c.c., per ottenere la condanna del cliente alla restituzione delle somme che gli sono state corrisposte in relazione alle operazioni di investimento rimaste al di fuori dell'oggetto del giudizio³¹. Secondo la Cassazione, si finirebbe altrimenti per vanificare la funzione della nullità di protezione.

contratto quadro e gli ordini attuativi dello stesso, la carenza della forma prescritta per il primo determini la nullità derivata dei secondi; in questa ipotesi, in assenza di una domanda di accertamento incidentale, nulla osterebbe a che il giudice conosca *incidenter tantum* – e, quindi, senza efficacia di giudicato – della nullità del contratto quadro, con la conseguente possibilità di discutere nuovamente di tale questione e quindi deciderla «tutte le volte che ciò possa farsi senza attentare all'integrità della situazione delle parti fissata dal giudice rispetto al bene della vita controverso» (G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, 3). Ove, invece, si voglia rinvenire una soluzione compatibile con entrambe le possibili qualificazioni del rapporto tra contratto quadro e ordini, si può avanzare l'ipotesi che tale pronuncia prospetti un'estensione dei limiti oggettivi della cosa giudicata, riecheggiando, in particolar modo, la teoria secondo cui, su tutti quegli elementi che, dal punto di vista logico, appaiono imprescindibili ed essenziali per fondare la decisione che accoglie o rigetta la pretesa attorea, «non ha luogo un giudizio effettuato *incidenter tantum*, né a soli fini pregiudiziali. Semplicemente, si tratta di elementi fondamentali, ossia indispensabili, per la decisione, che, per buona logica, nessun sistema giuridico e giurisdizionale ragionevole lascia impregiudicati» (A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, trad. it. a cura di D. Volpino, Milano, 2009, 205).

³⁰ S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *N. giur. civ. comm.*, 2020, 170, sottolinea che, perlomeno fino alla sentenza in questione, «la fenomenologia delle nullità protettive si è infatti dipanata [...] per lo più lungo il canovaccio di un'asimmetria tra il *petitum* (dell'investitore) e la *causa petendi*, posto che, se fosse stata domandata la nullità del contratto quadro, l'intermediario si sarebbe potuto avvalere di una tutela restitutoria comune (art. 2033 ss. cod. civ.) macroscopicamente disincentivante – le Sezioni Unite lo notano con stringente lucidità – l'interesse ad agire dell'investitore».

³¹ Questa conclusione parrebbe supportata anzitutto dal § 23 della sentenza in discorso, in cui viene espressamente specificato che «il regime giuridico delle nullità di protezione opera sul piano della

Nondimeno, se l'esercizio selettivo determina, a carico dell'intermediario, un sacrificio economico sproporzionato, viene prospettata, in capo a quest'ultimo, la possibilità di limitare gli effetti restitutori conseguenti all'accertamento della nullità attraverso un'eccezione definita di buona fede.

Quest'eccezione, in buona sostanza, è paragonabile a un'eccezione di compensazione³², con la non trascurabile differenza che mentre quest'ultima, che costituisce un modo di estinzione dell'obbligazione a carattere soddisfattorio, dovrebbe, quantomeno in linea teorica, condurre alla condanna dell'attore al pagamento della differenza ogniqualvolta il valore del credito per cui quest'ultimo ha agito sia inferiore a quello del controcredito opposto dal convenuto, la prima sembrerebbe operare sul distinto piano dell'estensione dell'effetto restitutorio, che si produce nei limiti del *petitum* attoreo e al netto delle somme che, astrattamente, il cliente sarebbe tenuto a restituire all'intermediario qualora si considerassero tutte le operazioni che sono state realizzate in esecuzione del contratto quadro dichiarato nullo, ivi comprese quelle il cui esito è stato positivo³³.

legittimazione processuale e degli effetti sostanziali esclusivamente a favore dell'investitore, in deroga agli artt. 1421 e 1422 c.c.), sicché l'accertamento della nullità del contratto quadro «ha valore di giudicato, ma l'intermediario, alla luce del peculiare regime giuridico delle nullità di protezione, non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale o in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c.».

³² A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività "a vantaggio"*, cit., 108, ritiene che evochi piuttosto «l'istituto dell'arricchimento senza causa e pure, se non forse più ancora, quello della *compensatio lucri cum damno*». Negli stessi termini, evidenziandone l'inedita applicazione, S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, cit., 166.

³³ Come prospettato, in precedenza, da Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in *Contr.*, 2018, 543, con nota di E. CICALTELLI, *Contratti di investimento, nullità protettive e tutela restitutoria*, ivi, 546, secondo cui, «accertata la nullità del contratto d'investimento, il venir meno della causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali comporta l'applicazione della disciplina dell'indebito oggettivo, di cui agli artt. 2033 ss. c.c., con il conseguente sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco, subordinato alla domanda di parte e all'assolvimento degli oneri di allegazione e di prova, avente ad oggetto, da un lato, le somme versate dal cliente alla banca per eseguire l'operazione, e, dall'altro lato, i titoli consegnati dalla banca al cliente e gli altri importi ricevuti a titolo di frutti civili o di corrispettivo per la rivendita a terzi, a norma dell'art. 2038 c.c., con conseguente applicazione della

Se, infatti, queste somme risultano eccedenti rispetto a quelle per la cui ripetizione ha agito il cliente, l'intermediario, laddove abbia allegato la eccezione di buona fede, non è tenuto a restituire alcunché³⁴.

Pare quindi di intendere che, secondo le Sezioni Unite, l'esercizio selettivo dell'azione di nullità sia del tutto coerente con lo statuto normativo della nullità di protezione e, quantomeno in linea teorica, nonostante le perplessità espresse sul punto da una parte della dottrina³⁵, che il paradigma dell'operatività a vantaggio incida altresì sul rapporto che intercorre tra l'azione diretta a far dichiarare la nullità e la conseguente azione di ripetizione dell'indebito.

compensazione fra i reciproci debiti sino alla loro concorrenza». In termini analoghi Cass., 24 aprile 2018, n. 10116, in *Il Caso.it*, secondo cui «allorché sia dichiarata la nullità di un ordine di investimento, i cui effetti per i principi regolanti le nullità negoziali si estendono al negozio di acquisto effettuato dall'intermediario per dare esecuzione all'ordine ricevuto, l'intermediario e l'investitore hanno diritto di ripetere l'uno nei confronti dell'altro le reciproche prestazioni, sicché è legittimamente dichiarata la compensazione tra la somma che l'investitore abbia corrisposto all'intermediario ai fini dell'investimento e la somma che l'intermediario abbia riscosso per conto dell'investitore ed abbia corrisposto al medesimo a titolo di frutti civili».

³⁴ Da un punto di vista strettamente pratico, la proposizione di una siffatta eccezione non sembra condurre a risultati molto dissimili da quelli a cui avrebbe condotto, ove ne fosse stata ammessa la proponibilità, l'accoglimento della domanda di ripetizione formulata dall'intermediario in via riconvenzionale e sulla base dell'intervenuto accertamento della nullità del contratto quadro, che priverebbe di causa tutte le attribuzioni patrimoniali realizzate in esecuzione dello stesso. In entrambi i casi, infatti, ci si può ragionevolmente attendere che l'investitore agisca per far dichiarare la nullità del contratto quadro solamente nell'ipotesi in cui, considerando il complesso delle operazioni compiute nel suo ambito, ciò sia per lui vantaggioso e conveniente, e cioè solamente quando all'accertamento della nullità consegua, per quest'ultimo, un credito restitutorio da far valere attraverso l'azione di ripetizione dell'indebito maggiore rispetto a quanto egli sarebbe tenuto a restituire all'intermediario *ex art. 2033 c.c.*

³⁵ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, cit., 34, ritiene che ammettere che la regola della separatezza tra invalidità ed effetti restitutori subisca una torsione in ragione di quella che è la peculiarità dello statuto normativo della nullità di protezione «costituisca un esito ermeneutico che, formulato in termini così generali, risulterebbe certamente poco centrato o addirittura provocatorio e, per questo, da scartare *a priori*»; tuttavia, l'Autore non manca di sottolineare che «nell'ipotesi di gestione di portafogli (art. 24 t.u.f.), esso parrebbe l'unica strada per conseguire la facoltà del cliente di impugnazione selettiva degli investimenti». Al riguardo, si mostrano critici anche S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*, cit., 984; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione*, cit., 157; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, cit., 163.

Quanto al primo aspetto, preme sottolineare che, in base alle regole del processo civile, una domanda giudiziale volta a far dichiarare la nullità di singole operazioni di investimento non può considerarsi deviante rispetto al modello normativo di esercizio del diritto di azione³⁶. Pertanto, escludere che l'esercizio selettivo dell'azione di nullità giustifichi, di per sé, la proposizione di un'eccezione di dolo generale è una soluzione del tutto condivisibile³⁷.

Quanto al secondo aspetto, poi, che la pretesa estensione della portata del paradigma dell'operatività a vantaggio anche agli effetti restitutori è temperata dalla precisazione secondo cui le conseguenze di un siffatto esercizio, comunque, devono essere commisurate alle circostanze del caso concreto, usando quale criterio ordinante il principio di buona fede, in senso oggettivo.

³⁶ Come si è già avuto modo di dire, è ormai pacifico che anche gli ordini di investimento, singolarmente considerati, abbiano natura negoziale: sul punto si rinvia a Cass., 24 febbraio 2017, n. 12937, in *Il Caso.it*, secondo cui «ricorrendone i presupposti, l'investitore, nella sua veste di contraente non inadempiente, può indirizzare l'azione, a seconda del suo interesse, nel senso della caducazione dell'intero rapporto con l'intermediario o nel senso invece della caducazione di talune parti dello stesso», e ciò in considerazione del fatto che si tratta di un rapporto contrattuale «di carattere complesso, con prestazioni dotate di individualità funzionale e/o giuridica o comunque con prestazioni non intrinsecamente inscindibili», sicché «l'inadempimento di una delle prestazioni o di una parte delle prestazioni ben può non venire a incidere sull'interesse del contraente non inadempiente a conservare le utilità che il relativo contratto gli ha già procurato o che è comunque idoneo a procurargli». A parere di chi scrive, il discorso risulta ugualmente valido anche nell'ipotesi in cui si tratti di un'azione di nullità e non già di un'impugnativa contrattuale, poiché pure in questo caso quel che l'investitore imputa all'intermediario non è, genericamente, il cattivo esito di un investimento, bensì il mancato rispetto di una prescrizione – nel caso di specie, di forma – sanzionata con la nullità, da apprezzare in relazione a un ben specifico investimento. Quindi, benché le Sezioni Unite siano giunte a una diversa conclusione, sul piano di quelle che sono le regole del processo civile sembra che nulla ostasse a che il giudice conoscesse solamente *incidenter tantum* della nullità del contratto quadro, perlomeno in assenza di una domanda di accertamento incidentale in tal senso.

³⁷ Meno condivisibilmente, la Suprema Corte ha altresì escluso che, ai fini della proponibilità dell'eccezione di dolo generale, occorra «verificare se l'azione è stata preordinata alla produzione di un pregiudizio per l'altro contraente», con un'intenzionalità analoga a quella richiesta dal 2° comma degli artt. 1993 e 2384 c.c., poiché tale tesi – per la quale si veda A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, cit., 182 – si esporrebbe a «rilievi critici per aver limitato l'opponibilità dell'*exceptio doli* alla valutazione della buona fede soggettiva, così da escludere ogni rilevanza alla oggettiva determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio di una delle parti contraenti».

La soluzione prospettata, chiaramente di compromesso, sembrerebbe scontare il fatto che, nella vicenda oggetto dell'ordinanza di rimessione, la nullità del contratto quadro, ormai coperta dal giudicato interno, fosse stata dichiarata proprio in ragione dell'assenza della sottoscrizione dell'intermediario: una anomalia che, nel frattempo, le Sezioni Unite avevano escluso potesse determinare la carenza della forma scritta che è prescritta a pena di invalidità dall'art. 23 del Testo unico dell'intermediazione finanziaria³⁸.

Da un punto di vista prettamente pratico, tuttavia, il compito che le Sezioni Unite hanno assegnato alla buona fede, chiamata a correggere un risultato che è reputato sproporzionato rispetto a quella che si assume essere la misura della tutela approntata all'interesse protetto attraverso la comminatoria di nullità, conduce al sostanziale svuotamento di quel che le stesse, poco prima, avevano affermato circa lo statuto normativo delle nullità di protezione, che, anche sul piano sostanziale, opererebbero a esclusivo vantaggio del cliente³⁹.

³⁸ R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, 2020, 120; A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, cit., 35, parla di «regola equitativa che, nell'economia della motivazione della sentenza, risulta alquanto contraddittoria»; D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato*, cit., 160, rileva che «se considerata come regola operativa per il prossimo uso e consumo dei giudici di merito, è una regola operativa utile per un numero ridottissimo, e sempre meno importante, di controversie, e dal confine massimamente incerto e ancora tutto da scrivere».

³⁹ S. PAGLIANTINI, *Eguaglianza e ragionevolezza nel tecnicismo della Cassazione: note minime*, in *Questione Giustizia*, 2020, 52, osserva che, considerato che «se l'investitore è *in bonis*, allora avremo un art. 2033 c.c. che si disapplica, la cifra di queste Sezioni Unite vede in realtà il canovaccio di una *ripetizione unilaterale* che può evolversi in un'*irripetibilità bilaterale*. Una nullità a *retroattività debole* o *irretroattiva*, al fine di scongiurare il prodursi di un arricchimento senza causa dell'investitore, può candidarsi così a formula che espressivamente cattura l'essenza di un ragionevole bilanciamento tra i contrapposti interessi dell'investitore e dell'intermediario, entrambi muniti di un sicuro fondamento costituzionale (artt. 41 e 47 Cost.)». L'Autore, in proposito, richiama anche Cass., 22 novembre 2019, n. 30555, in *Il Caso.it*, secondo cui «la proposizione della domanda di nullità del contratto preliminare per mancanza della garanzia accessoria del d. lgs. n. 122 del 2005, ex art. 2, una volta che sia stata rilasciata la garanzia prescritta per legge in data successiva alla stipula del preliminare, e senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente alla cui

Nonostante il suo impianto argomentativo manifesti, in certa misura, una intrinseca contraddittorietà, vi sono almeno due profili sotto cui la sentenza n. 28314 del 4 novembre 2019 risulta rimarchevole.

Anzitutto, sul piano processuale, proponendo una lettura estensiva dei limiti oggettivi del giudicato, la pronuncia impedisce che l'esito applicativo dell'esercizio selettivo dell'azione di nullità sia determinato da un fattore estrinseco quale è la modalità con cui l'attore, concretamente, ha formulato la propria domanda. In altri termini, a fronte della più volte ribadita possibilità tecnica di conoscere *incidenter tantum* della nullità del contratto quadro, essa evita che la facoltà dell'intermediario di esperire l'azione di ripetizione – o, comunque, di eccepire in via riconvenzionale la compensazione – venga a dipendere solamente dal fatto che l'investitore abbia chiesto al giudice di dichiarare la nullità del contratto quadro ovvero si sia limitato a dedurla, ove la stessa si possa evincere dagli atti⁴⁰.

tutela è preposta la nullità di protezione prevista dalla norma in esame, costituisce abuso del diritto e non può quindi essere accolta». Da tale sentenza emerge espressamente il legame – che le Sezioni Unite si limitano a far intuire – sussistente tra il principio della buona fede oggettiva e quello dell'abuso del diritto, che secondo la Corte «si integrano a vicenda, giacché, per un verso, la buona fede costituisce un canone generale cui ancorare la condotta delle parti di un rapporto privatistico, nonché l'interpretazione degli atti giuridici di autonomia privata; per altro verso, l'abuso del diritto prospetta la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti», con la conseguenza che si sarà in presenza di un abuso ogni volta che «la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento». Più in generale, sul collegamento tra divieto di abuso del diritto e buona fede, si rinvia, per tutti, a F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 164, che critica «la tendenza a sovrapporre l'argomento del divieto di abuso del diritto con la tecnica di giudizio del bilanciamento di interessi», giacché «il divieto di abuso del diritto rappresenta la formulazione in chiave concettuale di una delle funzioni della buona fede, quella valutativa; mentre il bilanciamento di interessi costituisce una tecnica di giudizio» che «si sottrae al meccanismo del c.d. sillogismo giudiziario», integrando piuttosto «una forma di ragionamento di natura sapienziale in cui il controllo in termini puramente logici è assai attenuato»; infatti, secondo l'Autore, il divieto di abuso del diritto non è affatto chiamato a istituire «un bilanciamento di interessi tra le ragioni del titolare della prerogativa e quelle di chi ne subisce le conseguenze, all'esito del quale pervenire all'appunto di abusività ove il sacrificio imposto al secondo sopravvanti in misura significativa i vantaggi tratti dal primo».

⁴⁰ È questo, a parere di chi scrive, il senso di quell'«attitudine al giudicato dell'accertamento relativo alla nullità del contratto quadro» di cui parlano le Sezioni Unite: sul punto si rinvia a quanto si è già

Sotto questo versante, sembra che le Sezioni Unite abbiano portato a compimento il quadro tracciato nel loro precedente intervento del 12 dicembre 2014, in cui avevano chiarito che, nell'ambito di un'azione di impugnativa contrattuale, anche nell'ipotesi in cui al rilievo officioso della nullità, che è obbligatorio, non segua una domanda di accertamento negativo *ex art. 34 c.p.c.*, il giudice ha facoltà di indicare in motivazione che la pronuncia di rigetto si fonda su tale vizio, sul quale, in ultima analisi, si forma il giudicato⁴¹.

detto *supra*, alla nota 29. A riprova di ciò, si noti che la Corte, in termini del tutto coerenti con l'orientamento che riconosce natura negoziale alle singole operazioni di investimento, qualifica l'accertamento della nullità del contratto quadro come un «presupposto non solo logico ma tecnico-giuridico della domanda», evocando quella distinzione tra pregiudizialità logica e pregiudizialità tecnica che, in dottrina, fu teorizzata anzitutto da S. Satta. Dal momento che la pregiudizialità tecnica, nei confronti della quale trova sicuramente applicazione l'art. 34 c.p.c., descriverebbe il «nesso tra rapporti diversi, tale che alla fattispecie dell'uno appartiene l'effetto o uno degli effetti dell'altro», il fatto che la Corte precisi che l'accertamento negativo ha valore di giudicato pare indicativo della volontà di estendere il limite oggettivo della regiudicata a prescindere dall'esistenza di una domanda di parte o di una previsione normativa in tal senso (così S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 85, secondo cui gli spunti di S. Satta «a) rappresentano lo sviluppo dell'intuizione chiovendiana per la quale, quantomeno in talune ipotesi, l'oggetto della pronuncia comprende anche la questione relativa all'esistenza e validità del rapporto fondamentale; b) hanno significative analogie con l'orientamento presente nella dottrina tedesca più recente, per il quale l'efficacia della sentenza si estende, in taluni casi, all'accertamento del rapporto o della situazione complessa, produttivi della pretesa che è stata dedotta in giudizio con la domanda dell'attore»). Peraltro, l'estensione di tale limite non muterebbe nemmeno se si accedesse a una qualificazione unitaria del rapporto tra contratto quadro e singole operazioni e, quindi, si ritenesse la nullità del primo una pregiudiziale logica: in questo caso, infatti, l'invalidità, quale antecedente logico necessario, «non rappresenta un mero passaggio nell'*iter* argomentativo del giudice, ma costituisce essa stessa l'oggetto della sentenza. La deduzione in giudizio di un singolo debito o credito coinvolge, quale oggetto del giudicato, anche l'accertamento della esistenza e validità del rapporto giuridico, dal quale il debito o il credito traggono origine» (S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 107, e, in giurisprudenza, Cass., 11 maggio 2012, n. 7405, in *IlCaso.it*, secondo cui «quando si afferma che il giudicato copre anche l'indispensabile presupposto logico-giuridico della pronuncia, altro non si vuol dire se non che è la logica interna al rapporto giuridico a qualificare come necessario il giudicato sui vari effetti che ne possono derivare, affrancandolo dall'esplicita richiesta della parte o dalla volontà di legge, sol che si consideri che la funzione del rapporto è, appunto, quella di tenere insieme conseguenze le quali, altrimenti, vivrebbero di vita autonoma nel mondo del diritto, contraddicendosi e privandosi reciprocamente di giustificazione»; in senso contrario C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 215).

⁴¹ Il riferimento corre, ovviamente, a Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, secondo cui, se «a seguito (e a dispetto) della rilevazione officiosa del giudice le parti non propongono domanda di

In secondo luogo, essa ha l'indiscutibile pregio di aver portato alla luce, seppur non così esplicitamente, il nesso funzionale che sussiste tra l'azione di ripetizione dell'indebito e la nullità – a cui, sinora, si è solo accennato in relazione all'art. 2035 c.c. – che dipende anzitutto – o, almeno, così si ritiene – dal fatto che la (in)efficacia che consegue a quest'ultima – se se ne accoglie una lettura in termini di strumento di controllo sull'esercizio della libertà contrattuale – è sempre posta a presidio di ben precisi interessi pubblici⁴².

accertamento della nullità» ma «chiedono al giudice, in sede di precisazione delle conclusioni, di pronunciarsi sulla sola domanda originaria», allora questi «rigetta la domanda, *sic et simpliciter*, non potendo pronunciare la risoluzione, l'annullamento, la rescissione di un contratto nullo», e dichiara in motivazione «di aver fondato il rigetto sulla rilevata nullità negoziale», il cui accertamento «è idoneo alla formazione del giudicato, in sostanziale applicazione (peraltro estensiva) della teoria, di matrice tedesca, del c.d. *vincolo al motivo portante*», il quale, «se si ammette che, in motivazione, il giudice possa, in modo non equivoco, affrontare e risolvere, dichiarandola, la tematica della validità/nullità del negozio, non si limiterà ai soli segmenti del rapporto sostanziale dedotti in giudizio in tempi diversi, ma si estenderà a tutti i successivi processi in cui si discuta di diritti scaturenti dal contratto dichiarato nullo»; come rilevato poco prima, infatti, «il sintagma “limiti oggettivi del giudicato”, specie se riferito a rapporti c.d. complessi, evoca situazioni in cui il *petitum* del processo sia parte di un rapporto giuridico più ampio», sicché si rende necessario «evitare una disarticolazione, tramite il processo, di una realtà sostanziale irredimibilmente unitaria». Non si condivide pienamente, quindi, la scelta della Corte di non far seguire al rilievo officioso della nullità di protezione la relativa dichiarazione in motivazione nemmeno nell'ipotesi in cui la parte legittimata alla nullità abbia manifestato un interesse in tal senso. Su questo specifico profilo, oltre ai contributi citati nel precedente capitolo, specie nella nota 55, si vedano: S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, 931, secondo cui, anche in questo caso, le Sezioni Unite ricondurrebbero «nell'orbita della regiudicata il rapporto sostanziale nella sua complessità, non frazionabile o disarticolabile in una pluralità di segmenti autonomi con la domanda dell'attore»; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*, ivi, 2015, 944; I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, 71 e, in senso parzialmente difforme, C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, 225, secondo cui si tratterebbe di un'efficacia preclusiva extra-processuale, invero distinta da quella del giudicato.

⁴² In proposito, è significativo osservare che nei sistemi di *common law*, che non conoscono la categoria unitaria dell'invalidità, essa, di fatto, si risolve nella *law of restitution*, che consente la ripetizione di quanto prestato in esecuzione del contratto solo laddove si sia in presenza di un *unjust factor* (sul punto si rinvia ad A. NICOLUSSI, *Le restituzioni*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 181).

Questo aspetto sembra emergere dal passaggio in cui le Sezioni Unite, al § 23, precisano che l'intermediario non può avvalersi degli effetti diretti della nullità di protezione e, pertanto, nemmeno agire, che sia in via riconvenzionale o principale, per la ripetizione dell'indebito.

A meno di voler ammettere che la Corte sia incorsa in una palese aporia, tale esclusione, soprattutto se riguardata alla luce della contestuale affermazione dell'efficacia di giudicato che copre l'accertamento della nullità del contratto quadro, non sembra il frutto di una svista⁴³.

Ciò, a maggior ragione, se si considera la particolare natura del contratto nel settore bancario e finanziario, nel quale esso non costituisce un semplice mezzo per tutelare – attraverso la trasparenza delle condizioni negoziali, volta a riequilibrare le posizioni delle parti – l'interesse strumentale del cliente, ma piuttosto il termine finale del suo stesso interesse sostantivo⁴⁴.

⁴³ C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, cit., 178, ritiene che sia «sottesa all'impostazione delle Sezioni Unite l'idea di una nullità di protezione in grado di costituire il termine di riferimento di una disciplina, anche sul piano della regolamentazione dell'azione di nullità, fortemente divaricata rispetto all'assetto normativo del codice civile: con un palese dissenso rispetto all'impostazione di quella dottrina che aveva invece sottolineato come la disponibilità dell'azione di nullità relativa non si potesse estendere invece alla disponibilità degli effetti dell'azione». Il riferimento corre, in particolar modo, a S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2018, 1029 e, da ultimo, ID., *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, cit., 164, ove si afferma che l'esclusione della legittimazione dell'intermediario all'esperimento dell'azione di ripetizione è una conclusione che appare «viziata da un salto logico» nonché «una forzatura del sistema, giacché essa apoditticamente nega quella che è una conseguenza consustanziale, perché espressamente prevista dall'ordinamento e rispondente a stringenti principi logico-giuridici, alla declaratoria di nullità»; secondo l'Autore, infatti, «non v'è spazio per una valenza c.d. selettiva del giudicato sulla nullità del contratto quadro, giacché il soggetto legittimato a farla valere esaurisce il suo potere dispositivo, conseguente alla legittimazione relativa, nella decisione, libera e nella sua sola disponibilità, di proporre o meno l'azione di nullità. Una volta esercitata tale facoltà si esaurisce, però, ogni disponibilità degli effetti che dall'azione proposta e dal conseguente giudicato sulla *quaestio nullitatis* derivano». Nello stesso senso A. PERRONE, *Regole di comportamento e tutele degli investitori*. Less is more, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, 541.

⁴⁴ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., *passim*; G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e "le nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento*. *Qualche notazione*

3. *Gli effetti sostanziali della nullità totale di protezione: verso una (ir)ripetibilità unilaterale?*

Ferma restando la possibilità che la domanda restitutoria proposta dal cliente sia, nei limiti che si è detto, oggetto di un sindacato giudiziale condotto alla luce del canone della buona fede⁴⁵, sembra che le Sezioni Unite abbiano voluto estendere anche alla disciplina della ripetizione dell'indebito oggettivo *ex art. 2033 c.c.* il paradigma dell'operatività a vantaggio, il che varrebbe a giustificare la deroga alla regola della integralità delle restituzioni⁴⁶.

Invero, una simile conclusione, benché abbia destato accese critiche da parte della dottrina, appare compatibile con l'idea che la (in)efficacia che consegue alla nullità – da intendere, quest'ultima, come inidoneità del regolamento a produrre stabilmente e definitivamente i suoi effetti giuridici tipici – sia modulabile in base agli interessi e ai valori tutelati attraverso la relativa comminatoria, la cui capacità di orientare il comportamento dei consociati dipende altresì dalla deterrenza intrinseca nella disciplina della ripetizione.

problematica, in *Dirittobancario.it*, evidenzia quanto sia fuorviante l'assimilazione della «posizione di cliente e intermediario a quelle di parti contrapposte di un tipico contratto di scambio, dove la neutralizzazione degli spostamenti patrimoniali eseguiti in base al titolo dichiarato nullo si realizza attraverso reciproche partite di dare e avere, allora anche in tutto o in parte compensabili e suscettibili di essere definite tramite il pagamento di un saldo».

⁴⁵ Le Sezioni Unite, al § 22.3, specificano che, oltre il limite del pregiudizio per l'investitore, come accertato in giudizio, «opera, ove sia oggetto di allegazione, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede» e, ancora, al § 23, che essa «non è configurabile come eccezione in senso stretto, non agendo sui fatti costitutivi dell'azione (di nullità) dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori».

⁴⁶ S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, cit., 170, rileva che «la neutralità della disciplina dell'indebito, quantunque devii in più luoghi al *quod nullum est*, cozza apertamente [...] con una lettura funzionale delle nullità di protezione le quali, quando siano del contratto e non di una sua clausola, o le si munisce di uno statuto restitutorio *ad hoc* oppure fisiologicamente esibiranno un disciplinare punteggiato da un deficit di deterrenza»; ID., *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, cit., 26, parla di "riscrittura" dell'art. 1422 c.c. ad opera delle Sezioni Unite. Sull'unidirezionalità della tutela si veda anche A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, cit., 205.

Posta in questi termini, è chiaro che la questione non concerne soltanto gli effetti prodotti, in termini di contenzioso, dalla struttura, per così dire, bilivello del contratto quadro⁴⁷, investendo, in un più ampio orizzonte ermeneutico, il rapporto che intercorre tra l'azione diretta a far dichiarare la nullità di protezione e l'azione di ripetizione che proprio su tale nullità si fonda⁴⁸, da rimeditare alla luce dell'esigenza di garantire al cliente una tutela effettiva⁴⁹

⁴⁷ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, cit., xx, evidenzia che, per quanto riguarda il contratto di gestione individuale di portafogli, stante il difetto di «autonomia strutturale tra contratto quadro e ordini di investimento, che connota gli altri servizi di investimento», «l'impugnazione può essere selettiva, solo se tale è l'azione di ripetizione dell'indebito derivante dalla declaratoria di nullità del contratto di gestione». Come rileva U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*, cit., 843, un problema analogo si pone, nell'ambito dei rapporti bancari, in relazione ai contratti amorfi; ID., *Buoni fruttiferi postali e trasparenza*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 559, nota che lo stesso accade, in relazione al risparmio postale, qualora dalla mancata consegna del foglio informativo recante le condizioni del prestito obbligazionario venga desunta la nullità, totale e di protezione, dell'intera operazione. A ciò si aggiungano le ipotesi di nullità del contratto di multiproprietà per carenza della forma scritta e/o delle informazioni prescritte dall'art. 71, comma 1° del Codice del consumo, in relazione alle quali, in assenza di una deroga espressa alla retroattività degli effetti dell'accertamento negativo, il consumatore che abbia già goduto dell'immobile potrebbe essere condannato a una restituzione per equivalente. Più in generale, può dirsi che la questione della compatibilità dello statuto normativo dell'indebito oggettivo con quella che è la *ratio* della nullità di protezione, la cui funzione è compendiata nel paradigma dell'operatività a vantaggio, sia destinata a emergere ogniqualvolta si debba determinare la sorte delle attribuzioni patrimoniali effettuate dalle parti in esecuzione di un contratto affetto da una nullità totale di protezione, soprattutto se il contratto è ad effetti obbligatori (non operando, in tal caso, l'automatico ri-trasferimento del diritto in capo al titolare originario).

⁴⁸ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, cit., 32, si domanda apertamente «se e in che misura gli obblighi restitutori rientrano nella strategia normativa regolatoria, articolata dal legislatore con le nullità totali di protezione». Sul punto, risultano di notevole rilevanza le riflessioni di E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, 267, la quale osserva che, accanto al rimedio “primario” – e, quindi, ai fini che qui ci interessano, alla nullità – è messa a disposizione del contraente che ha eseguito la prestazione pattuita la ripetizione dell'indebito, che, essendo caratterizzata «da un forte nesso funzionale con le vicende del contratto», tanto da non poter «contraddire, in nome dell'astratto fine della *restitutio in integrum*, il fondamento della “tutela primaria”», viene qualificata alla stregua di un rimedio contrattuale “secondario”; l'Autrice, in particolar modo, evidenzia come, alla luce di ciò, l'ordinamento «possa scegliere, in determinate ipotesi, di precludere anche l'esercizio del diritto di ripetizione, se incompatibile con il fondamento dell'invalidità».

⁴⁹ Per tale intendendosi il «diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente

Al riguardo, è cruciale chiedersi se la disciplina dell'indebito, storicamente concepita come un meccanismo puramente ripristinatorio⁵⁰, sia coerente con la funzione di protezione assoluta dalla nullità nel contesto del diritto privato europeo, inteso quale diritto regolatorio, ovvero se collida con il principio di effettività della tutela⁵¹, da apprezzare tenendo in debito conto il fatto che, nell'applicare il diritto interno ed entro i limiti in cui ciò sia tecnicamente possibile, i giudici nazionali sono vincolati a un'interpretazione delle norme domestiche conforme e adeguatrice al diritto dell'Unione europea⁵².

tutelato», come recita Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Contr.*, 2014, 113, con nota di S. PAGLIANTINI, *Il danno (da reato) e il concetto di differenza patrimoniale nel caso Cir-Fininvest: una prima lettura di Cass. 21255/2013*.

⁵⁰ In base alle regole generali, avendo l'accertamento negativo effetto retroattivo, a seguito della declaratoria di nullità – e, perlomeno in caso di contratti a effetti obbligatori, subordinatamente alla formulazione di una apposita domanda di parte – sorge l'obbligo di procedere alle restituzioni delle prestazioni eseguite in forza del contratto dichiarato nullo. Tuttavia, E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., 41, sottolinea che «la tutela restitutoria svolge una funzione diversa dal puro e semplice azzeramento degli effetti del contratto», che, qualora si siano comunque prodotti in seguito alla sua esecuzione e risultino materialmente impossibili da rimuovere, si traducono in «poste economiche attive o passive, che il diritto può lasciare dove si sono prodotte, ovvero attribuire o addossare all'una o all'altra parte». L'Autrice, ivi, 43, evidenzia come la fase che segue all'accertamento negativo possa dunque caratterizzarsi per la «convivenza di esigenze concorrenti o addirittura antitetichette rispetto allo scopo dell'azzeramento degli effetti del contratto, tanto da porre in dubbio la stessa necessità di rimuovere le perdite o i benefici derivanti dall'esecuzione di una prestazione e di prospettare la loro (totale o parziale) stabilità».

⁵¹ F. SARTORI, *Violazione delle regole informative e modelli di tutela*, in R. D'APICE (a cura di), *L'attuazione della MiFID in Italia*, Bologna, 2010, 632, sottolinea, per quanto riguarda il mercato finanziario, che «con riferimento ai modelli risarcitori e restitutori, intendere la tutela nei suoi connotati prevalentemente neutrali è insufficiente». L'Autore evidenzia il rischio che la carenza di strumenti di deterrenza e dissuasione, determinata dal declino dei c.d. *expected liability costs*, privi di effettività la disciplina dell'intermediazione finanziaria, che, in assenza di un intervento *de iure condendo* sulla struttura della tutela civile, potrebbe non essere in grado di raggiungere i propri obiettivi sistemici. Al riguardo, tuttavia, si segnala che C. Giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-604/11, *Genil 48 SL c. Bankinter SA* ha chiarito che, in assenza di una normativa dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro disciplinare quali siano le conseguenze, soltanto eventualmente contrattuali, del mancato rispetto di una c.d. *conduct of business rule*, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

⁵² C. Giust. CE, 5 ottobre 2005, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *B. Pfeiffer et al. c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, ha affermato che «il giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno

La proposta ricostruttiva che si intende avanzare presuppone e implica, in una certa misura, un distacco dall'impostazione tradizionale, che postula la totale autonomia dell'azione di ripetizione dell'indebito rispetto all'azione di nullità e, in generale, rispetto alle impugnative contrattuali⁵³.

adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva, deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito»; in precedenza, C. Giust. CE, 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing SA e La Comercial Internacional de Alimentación SA*, aveva già affermato che «nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato». In argomento si rinvia alle riflessioni di C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 215, ove ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵³ Ciò sul presupposto, da un lato, che la *solutio* costituisca una fattispecie autonoma rispetto alla fattispecie contrattuale e, dall'altro, che la disciplina della ripetizione dell'indebito si offra quale modello unitario, applicabile, in forza del richiamo contenuto negli artt. 1422 e 1463 c.c., che sarebbero espressione di un principio generale, a tutte le ipotesi in cui l'attribuzione patrimoniale risulti indebita per un difetto originario o sopravvenuto della *causa solvendi*: sul punto si vedano, per tutti, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 481, il quale chiarisce che, «poiché, anche nei casi in cui il pagamento non dovuto costituisce esecuzione di un negozio nullo, l'azione di ripetizione ha una precisa autonomia rispetto al mero accertamento della nullità negoziale (dell'atto e/o della connessa *traditio*), non vi è dubbio che l'elemento alla cui carenza l'ordinamento intende reagire non sia costituito da un preteso requisito strutturale del "pagamento", come atto di cui si asserisce costantemente la natura negoziale, ma dal difetto di un presupposto "esterno" alla *solutio* in sé considerata, ossia dalla mancanza di un titolo giustificativo, che valga a consolidare, nella sfera dell'*accipiens*, gli effetti che si sono determinati in conseguenza del pagamento non dovuto»; parla di «forza espansiva dell'indebito oggettivo» E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 119, secondo cui «l'art. 2033 c.c. finisce per acquistare il valore di una clausola generale alla quale riportarsi per la valutazione dell'atto solutorio tutte le volte in cui non sia mai esistita o venga successivamente a mancare la ragione giustificatrice dello spostamento patrimoniale»; l'Autore, ivi, 150, chiarisce pure che, per quanto la restituzione venga di regola chiesta in connessione con la domanda di accertamento negativo, «il collegamento, che senza dubbio esiste tra le due azioni, non incide in alcun modo sulla pretesa del *solvens*». È rimasta minoritaria, quindi, l'impostazione di G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 70, secondo cui l'obbligo di restituzione conseguente alla declaratoria di nullità «non si fonda sull'art. 2033 c.c. (giacché questo concerne la ripetibilità di quanto sia stato pagato da una persona ad un'altra, che non furono mai in rapporto tra di loro)». Al riguardo, è doveroso dar altresì conto del fondamentale contributo di P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 11, il quale ha messo in luce le difficoltà che si incontrano nel momento in cui si tenti di raccordare la disciplina della nullità con quella della ripetizione dell'indebito, che emergerebbero appieno dalla lettura dell'art. 2038 c.c., in base al quale il difetto della causa

Secondo quella impostazione, l'art. 2033 c.c., in base a cui chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato, costituisce un rimedio generale, applicabile a tutte le ipotesi in cui difetti la causa dell'attribuzione patrimoniale operata dalle parti, che risulta indebita nella misura in cui avrebbe dovuto estinguere un'obbligazione che, in realtà, nel caso in cui il contratto sia affetto da nullità, non è mai venuta a esistenza⁵⁴.

In linea con la più risalente concezione strutturalistica della nullità, che vuole l'atto nullo un *quid facti* giuridicamente irrilevante e, pertanto, assolutamente improduttivo di effetti, il corollario è che, non essendo validamente sorto alcun sinallagma tra le obbligazioni dedotte in contratto, tantomeno può ipotizzarsi che vi sia reciprocità tra le obbligazioni restitutorie⁵⁵.

dell'attribuzione non è opponibile al terzo avente causa dall'*accipiens indebiti*; secondo l'Autore, ciò dovrebbe far ritenere che il pagamento, ancorché indebito, abbia un'efficacia traslativa, sicché l'*accipiens indebiti* diviene proprietario. Nella letteratura più recente, in proposito, si veda A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998, 147, secondo cui il richiamo alla ripetizione contenuto negli artt. 1422 e 1463 c.c. varrebbe proprio a colmare, grazie all'art. 2038 c.c., la lacuna in punto di protezione dei terzi sub-acquirenti che hanno acquistato *a non domino* dall'*accipiens indebiti*.

⁵⁴ U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 231, ritiene che «non è arbitrario affermare che il principio, il quale induce a rimuovere lo spostamento patrimoniale, reso materialmente possibile dalla *traditio*, trova la sua diretta e, d'altra parte, generale consacrazione nella “non doverosità” del pagamento, quale fonte dell'obbligazione restitutoria prevista *ex art. 2033 c.c.*». E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 450, rileva poi che «non vi è dubbio che dal punto di vista delle pretese restitutorie la disciplina dell'indebito e il diritto dei contratti siano andati ciascuno per conto proprio, con soluzioni contrastanti e non sempre facilmente armonizzabili». L'Autore ritiene che «una chiave di lettura può essere trovata nell'autonomia che l'obbligazione restitutoria da indebito si è conquistata rispetto alla fonte del rapporto fondamentale» nei «sistemi, come il nostro, in cui vige il principio di retroattività della caducazione degli effetti del contratto. Ciò comporta che, in caso di contratto a prestazioni corrispettive, ciascuna delle due prestazioni è valutata autonomamente rispetto all'altra al fine della restituzione. In altri termini, laddove l'obbligazione restitutoria sia la conseguenza della caducazione degli effetti del contratto, l'obbligo dell'*accipiens indebiti* non segue i principi del contratto, a cominciare da quello della corrispettività tra le due prestazioni restitutorie».

⁵⁵ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 161, ritiene che la «prospettiva segmentata delle prestazioni, dominante nella fase del recupero, a fronte del presunto sinallagma inizialmente collegato con il contratto» sia «coerente, *stricto iure*, con la stessa idea dell'atto nullo,

Muovendo da una prospettiva funzionalista, viceversa, può sostenersi, a maggior ragione qualora si aderisca alla tesi secondo cui gli obblighi restitutori sono avvinti da un nesso di interdipendenza reciproca, che la disciplina della ripetizione dell'indebito sia deputata a soddisfare, in via mediata, l'esigenza di impedire ai regolamenti di interessi confliggenti con norme o principi espressivi dei valori etico-morali, economici e politici propri dell'ordinamento giuridico di produrre gli effetti programmati, poiché questi ultimi finirebbero per vanificare la protezione approntata attraverso la comminatoria di nullità⁵⁶.

Consentendo di ripristinare lo *status quo ante* nell'ipotesi in cui il contratto, sebbene nullo, sia stato di fatto eseguito da una o entrambe le parti – talché, sul piano materiale, si sono prodotti degli effetti che è necessario rimuovere – la ripetizione dell'indebito si configurerebbe come un rimedio secondario, che fa da contrafforte a un rimedio primario identificabile nel diniego di efficacia giuridica, quest'ultimo costituendo il mezzo con cui l'ordinamento, ove lo ritenga necessario, impedisce che i regolamenti di interessi oggetto di quella qualificazione negativa in cui si compendia il giudizio di disvalore in termini di nullità si traducano in un vincolo giuridico avente forza di legge fra le parti.

che renderebbe *ab initio* insussistente il sinallagma». Tuttavia, come rileva P. BARCELLONA, *Note critiche*, cit., 31, alla luce della rilevanza che l'art. 2038 c.c. attribuisce alla condizione soggettiva dell'*accipiens*, «l'unica alternativa è la seguente: o gli effetti fatti salvi nella disciplina dell'indebito non sono riconducibili al negozio, oppure deve ammettersi che i principi dell'inefficacia del negozio nullo e della retroattività reale dell'annullamento sono privi di contenuto normativo».

⁵⁶ E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., 300, osserva che «se la restituzione in natura è ancora bilateralmente possibile, il criterio della reciprocità contribuisce a realizzare la finalità della *restitutio in integrum*». Questo criterio è stato recepito dall'art. 3.2.15 dei Principi UNIDROIT 2016, che così dispone: «*On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, or the part of it avoided, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract, or the part of it avoided*»; ugualmente, l'art. 4:115 dei PECL, prevede che «*On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, provided it makes concurrent restitution of whatever it has received*». Sul punto si rinvia al commento di P. HELLWEGE, *Effect of Avoidance*, in J. NILS-R. ZIMMERMANN (a cura di), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, 724.

Tuttavia, come si è avuto modo di rilevare in precedenza, trattando dell'art. 2035 c.c., già nell'impianto codicistico si danno ipotesi in cui a uno dei contraenti è preclusa la possibilità di esercitare il diritto alla ripetizione, in evidente deroga alla regola dell'integralità delle restituzioni⁵⁷.

Dunque, ci si chiede se, in presenza di una nullità totale di protezione, tale funzione, che si riassume nel paradigma dell'operatività a vantaggio, consenta di limitare, in tutto o in parte, la regola dell'integralità delle restituzioni o, comunque, di accordare al soggetto non professionista una *retentio*, anche solo parziale, delle prestazioni eseguite a suo favore, che verrebbero a consolidarsi nella sua sfera patrimoniale pure in assenza di corrispettività⁵⁸.

Rispetto alle finalità di strutturazione e regolazione del mercato interno perseguite dalle discipline di derivazione europea, pare infatti dissonante concedere la tutela restitutoria a quel contraente che, nell'ambito di una organizzazione professionale della produzione di beni e servizi e in funzione della loro successiva distribuzione, ha standardizzato il contenuto contrattuale in violazione dei doveri di protezione del cliente, causando così la nullità⁵⁹.

⁵⁷ E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., 266, ne fa discendere che «per un verso, la *restitutio in integrum* non è un corollario inevitabile o imprescindibile della nullità o dell'annullamento del contratto; per un altro verso, essa non rappresenta neppure la finalità esclusiva che la tutela restitutoria – quando viene concessa – mira a conseguire»; l'Autrice, ivi, 231, rileva infatti che il diritto alla ripetizione «serve a rafforzare la ratio della causa di inefficacia».

⁵⁸ G. D'AMICO, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, cit., 780, lo esclude, ritenendo che sia «estranea alla funzione delle restituzioni – in sé considerate – una finalità “sanzionatoria” (fatta salva, ovviamente, una diversa, ma esplicita, previsione legislativa)».

⁵⁹ A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività “a vantaggio”*, cit., 92, ritiene che, ferma restando la possibilità di «discutere sull'idoneità e, più ancora, sulla sufficienza di un rimedio puntiforme a prevenire e reprimere una violazione che in sé si atteggia come violazione di un'operatività», la nullità di protezione «si pone come rimedio puntuale – in relazione, cioè, alle singole fattispecie in cui viene riscontrata una violazione da parte dell'impresa dell'onere od obbligo assegnatole dalla legge – per comportamenti imprenditoriali che, se possono, nel caso, essere occasionali o casuali, per sé esprimono decisioni e prassi operative riferite propriamente all'attività».

Sebbene sia innegabile che privare il soggetto professionale della possibilità di esperire l'azione di ripetizione significhi esporlo al rischio che l'altro contraente, al fine di ottenere la restituzione del *tantundem eiusdem generis*, faccia valere la nullità di protezione tutte le volte che, in un secondo momento, si sia pentito dell'operazione effettuata, la produzione unidirezionale degli effetti della nullità, per tali intendendosi anche gli effetti restitutori, verrebbe a rappresentare un rimedio che, garantendo maggior effettività alla tutela approntata, può apparire più coerente con lo scopo della norma violata⁶⁰.

Inoltre, far gravare su chi ha commesso la violazione le conseguenze economiche della stessa ha il pregio di contribuire ad attuare, in chiave di *private enforcement*, la funzione di deterrenza e general-prevenzione a cui tende l'azione amministrativa delle Autorità di vigilanza⁶¹.

⁶⁰ G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 214, ha evidenziato, in relazione alla sottoscrizione di obbligazioni bancarie, che il cliente «accederà alla scelta di far valere la nullità solo se la disciplina delle restituzioni potrà essere di sufficiente tutela» e, quindi, «se alla restituzione della somma pagata per sottoscrivere si accompagnano una rivalutazione e interessi tali da recuperare il differenziale tra prezzo di sottoscrizione e valore finale dei titoli». Si esprime a favore di un'estensione della regola della irripetibilità o, comunque, della modulabilità degli effetti restitutori F.P. PATTI, «In pari causa turpitudinis», cit., 1565. Un ragionamento in parte simile è svolto da E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., 248, ancorché in riferimento all'art. 2331 c.c.; indicazioni in tal senso, ancorché non esplicite, si rinvengono già in G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, cit., 64. Da ultimo, S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integrità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *Foro it.*, 2020, 948, ritiene che l'irripetibilità unilaterale prospettata dalle Sezioni Unite sia assimilabile a una sanzione civile indiretta a carico dell'intermediario.

⁶¹ P. BURROWS, *Contract discipline: In search of principles in the control of contracting power*, in *Eur J. Law Econ.*, 1995, 127, ritiene che la componente giuridica di diritto privato del mercato concorrenziale coesista con elementi di diritto pubblico che, sul distinto piano dei rapporti fra privati, vengono in rilievo come componenti essenziali della disciplina positiva del contratto. L'art. 37-bis del Codice del consumo, l'art. 5 del Testo unico sull'intermediazione finanziaria e l'art. 5 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia prevedono che le Autorità amministrative indipendenti svolgano funzioni di vigilanza sulla corretta attuazione e il rispetto degli obblighi introdotti – anche – a protezione di consumatori e clienti. In ogni caso, è opportuno precisare che la conclusione prospettata nel testo non è necessitata: C. Giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-604/11, *Genil 48 SL c. Bankinter SA*, ha infatti chiarito che il fatto che la Direttiva 2004/39/CE preveda l'irrogazione di sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili nel caso in cui le

Senza che si renda necessario appellarsi all'analisi economica in funzione normativa, basti rilevare che l'art. VII.-6:103 del DCFR sancisce la regola della irripetibilità nell'ipotesi in cui la restituzione confligga con la *ratio* – la norma parla di “*policy underlying the principle or rule*” – sottesa al principio o alla norma la cui violazione ha dato luogo a nullità⁶². Similmente, l'art. 15:104 dei PECL prevede che le prestazioni eseguite in base a un contratto inefficace in quanto contrario a principi inderogabili o a norme imperative non siano ripetibili da chi conosceva o avrebbe dovuto conoscere la causa dell'invalidità e, comunque, che nel valutare se accordare o meno la tutela restitutoria si debba tener conto dello scopo della norma violata e della categoria di soggetti che essa intende proteggere⁶³.

disposizioni adottate in attuazione della stessa non siano rispettate, essa non specifica né che gli Stati membri debbano prevedere conseguenze contrattuali in caso di conclusione di contratti in violazione degli obblighi derivanti dalle disposizioni di diritto nazionale attuative di norme della Direttiva 2004/39/CE, né quali possano essere tali conseguenze.

⁶² L'art. II.-7:101 del *Draft Common Frame of Reference* contempla, quale causa di invalidità, l'«*infringement of fundamental principles or mandatory rules*». Di seguito, l'art. II.-7:301 dispone che «*A contract is void to the extent that: (a) it infringes a principle recognized as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and (b) nullity is required to give effect to that principle*», e l'art. II.-7:302(2) che «*Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement on the validity of a contract, a court may: (a) declare the contract to be valid; (b) avoid the contract, with retrospective effect, in whole or in part; or (c) modify the contract or its effects*». Quanto agli effetti della nullità, l'art. II.-7:303 prevede che le restituzioni conseguenti all'esecuzione di un contratto nullo o annullato siano disciplinate dalle regole sull'ingiustificato arricchimento, fra le quali spicca l'art. VII.-6:103, citato nel testo, che, in deroga alla regola del «*reversal of enrichment*», prevede che «*Where a contract or other juridical act under which an enrichment is obtained is void or avoided because of an infringement of a fundamental principle or mandatory rule of law, the enriched person is not liable to reverse the enrichment to the extent that the reversal would contravene the policy underlying the principle or rule*». Dunque, come evidenzia B. VARI, *Il sistema della illegality nel contratto*, in C. MARCHETTI (a cura di), *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Torino, 2012, 98, nel caso in cui un contratto sia nullo per violazione di un principio fondamentale o annullato per violazione di una norma imperativa, vengono «riconosciuti ampi margini di discrezionalità ai giudici, che però non vengono lasciati senza guida, ma forniti dei criteri cui improntare le proprie decisioni», fra i quali riveste un ruolo di primaria importanza il criterio teleologico-funzionale.

⁶³ L'art. 15:101 dei *Principles of European Contract Law* dispone che «*A contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognized as fundamental in the laws of the Member States of the European Union*», mentre il successivo art. 15:102(2), in relazione ai contratti che

Un'analoga previsione può ravvisarsi, poi, anche nei Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali, il cui art. 3.3.2 prevede che, laddove sia stato eseguito un contratto contrastante con una “*mandatory rule*”, il diritto alla ripetizione possa essere concesso laddove ciò appaia “*reasonable*” alla luce delle circostanze del caso concreto, da apprezzare, pure in questa ipotesi, avendo riguardo tanto allo scopo, il “*purpose*”, della norma violata quanto alla categoria di soggetti che tale norma si prefiggeva di proteggere⁶⁴.

La linea di tendenza in atto nel diritto contrattuale europeo, dunque, è quella di privilegiare un modello restitutorio flessibile, nel quale un ruolo di primo piano è giocato dall'interpretazione teleologica della norma violata, che può condurre a una deroga al principio, comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, della restituzione dell'arricchimento privo di giusta causa.

violano una «*mandatory rule*», prevede che «*Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the contract may be declared to have full effect, to have some effect, to have no effect, or to be subject to modification*». In relazione a queste ipotesi, l'art. 15:104 stabilisce che: «(1) *When a contract is rendered ineffective under Articles 15:101 or 15:102, either party may claim restitution of whatever that party has supplied under the contract, provided that, where appropriate, concurrent restitution is made of whatever has been received.* (2) *When considering whether to grant restitution under paragraph (1), and what concurrent restitution, if any, would be appropriate, regard must be had to the factors referred to in Article 15:102(3).* (3) *An award of restitution may be refused to a party who knew or ought to have known of the reason for the ineffectiveness*». I criteri a cui si fa riferimento nel secondo paragrafo della norma citata sono: «(a) *the purpose of the rule which has been infringed*; (b) *the category of persons for whose protection the rule exists*; (c) *any sanction that may be imposed under the rule infringed*; (d) *the seriousness of the infringement*; (e) *whether the infringement was intentional*; and (f) *the closeness of the relationship between the infringement and the contract*». 133.

⁶⁴ L'art. 3.3.2 dei Principi UNIDROIT 2016 prevede che «(1) *Where there has been performance under a contract infringing a mandatory rule under Article 3.3.1, restitution may be granted where this would be reasonable in the circumstances*; (2) *In determining what is reasonable, regard is to be had, with the appropriate adaptations, to the criteria referred to in Article 3.3.1(3)*; (3) *If restitution is granted, the rules set out in Article 3.2.15 apply with appropriate adaptations*». Quanto ai criteri a cui fa riferimento la norma, essi sono: «(a) *the purpose of the rule which has been infringed*; (b) *the category of persons for whose protection the rule exists*; (c) *any sanction that may be imposed under the rule infringed*; (d) *the seriousness of the infringement*; (e) *whether one or both parties knew or ought to have known of the infringement*; (f) *whether the performance of the contract necessitates the infringement*; and (g) *the parties' reasonable expectations*»..

4. *Le obbligazioni restitutorie tra dilazione e misurazione dello svantaggio*

Nel diritto positivo, sinora, le conseguenze, in punto di effetti restitutori, della nullità totale di protezione hanno ricevuto una disciplina espressa soltanto in relazione al contratto di credito ai consumatori.

Come si è illustrato in precedenza, infatti, l'art. 125-*bis* del Testo unico bancario, al 9° comma, dispone che, in caso di nullità totale per vizio di forma o per mancanza delle informazioni essenziali attinenti al tipo di contratto, ai contraenti, all'importo totale del finanziamento e alle condizioni di prelievo e di rimborso, il consumatore non è tenuto a restituire più delle somme che ha utilizzato e ha la facoltà di pagare quanto dovuto a titolo di indebitato a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o in trentasei rate mensili⁶⁵.

L'anima sanzionatoria di questa disposizione è lampante: infatti, limitando l'obbligazione restitutoria del consumatore all'importo del capitale concessogli in prestito, la norma, in deroga all'art. 2033 c.c., priva la banca del diritto di percepire tanto gli interessi convenzionali, contrattualmente pattuiti a titolo di corrispettivo per l'erogazione del credito, quanto gli interessi legali, che, di regola, le sarebbero dovuti spettare lo stesso in qualità di frutti civili⁶⁶.

⁶⁵ S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *N. giur. civ. comm.*, 2019, 563, lo definisce un «meccanismo di iper-protezione per una delle parti»; A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività "a vantaggio"*, cit., 103, sottolinea «la (sottile) linea di confine strutturale tra l'operatività a vantaggio, che è propria della nullità di protezione – e che, anzi, risulta apice connotante questa figura –, e il vantaggio "altro" (per dire, a "ulteriore" vantaggio)», quale è quello che si produce in capo al mutuatario per la previsione contenuta nel 2° comma dell'art. 1815 c.c. o, ancora, al consumatore di credito nella fattispecie di cui si sta trattando ora.

⁶⁶ E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., 323, rileva che, per i contratti, quale è il mutuo, aventi a oggetto il godimento di un bene, «il valore d'uso costituisce un'obbligazione restitutoria non già secondaria, ma primaria». Nello stesso senso G. D'AMICO, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, cit., 771, il quale riconosce la finalità sanzionatoria della norma in discorso e ne fa discendere la natura eccezionale, con la conseguenza che, come stabilito

A ciò si aggiunga che, anziché in una unica soluzione, è prevista la restituzione rateale dell'importo oggetto dell'obbligazione restitutoria, il che, di fatto, consente al cliente di usufruire pienamente del finanziamento erogato in base al contratto successivamente dichiarato nullo.

Questa soluzione è di particolare interesse poiché salvaguarda, anche in caso di nullità totale, l'interesse sostantivo del soggetto a vantaggio del quale è chiamata a operare la nullità, secondo una logica in tutto analoga a quella che, lo si è visto, regge il meccanismo della parziarietà necessaria.

Per una questione logica, prima ancora che giuridica, l'effetto conservativo non può infatti promanare dal contratto, che è nullo nella sua interezza; pertanto, affinché non sia pregiudicata la possibilità, per il contraente protetto, di soddisfare comunque il bisogno materiale per far fronte al quale aveva concluso il contratto, l'obbligazione restitutoria è dilazionata secondo il piano di ammortamento in origine pattuito per rimborsare il capitale erogato.

Considerata la inidoneità della *restitutio in integrum* a realizzare lo scopo, di protezione, sotteso alla norma violata – o, quantomeno, a non pregiudicare l'interesse, bisognoso di tutela, che essa presidia – si accoglie quindi con favore la proposta di applicare estensivamente la regola contenuta nel 9° comma dell'art. 125-*bis*, in modo da includere nel suo ambito operativo anche quelle ipotesi di nullità totale che, benché si rinvengano in capi diversi da quello in cui è inserita tale regola, siccome ne condividono la *ratio legis*, possono considerarsi implicitamente ricomprese nella *regula iuris* che essa esprime⁶⁷.

nell'art. 14 disp. prel. c.c., essa risulterebbe insuscettibile di ricevere un'applicazione analogica oltre le fattispecie espressamente considerate.

⁶⁷ Per tale intendendosi «un enunciato che pragmaticamente può assolvere sia alla funzione di principio generale sia a quella di regola del caso, a seconda degli indirizzi interpretativi assunti dal giurista che la utilizza» (così A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, 83). Tale proposta è stata avanzata, in dottrina, anzitutto da S. PAGLIANTINI, *Nullità*

Tuttavia, serve cautela nel maneggiare l'ipotetica *vis expansiva* della regola della inesigibilità degli interessi legali e della correlativa ripetibilità degli interessi corrispettivi nel frattempo versati⁶⁸, e ciò per almeno un duplice ordine di ragioni, l'una pratica e l'altra più prettamente giuridica.

Da un lato, escludendo persino gli interessi legali dal *quantum* della obbligazione restitutoria che fa capo al cliente, si rischia di compromettere la stabilità patrimoniale dell'impresa bancaria – la cui attività tipica consiste nella gestione remunerativa del risparmio raccolto tra il pubblico, che viene erogato a medio/lungo termine sotto forma di credito – e così, di riflesso, quella dell'intero sistema creditizio, a danno dei risparmiatori⁶⁹.

formali bancarie e restituzioni, cit., 183, il quale rileva che «l'irripetibilità degli interessi legali, anche oltre le ipotesi testualmente previste, non rappresenta più una vicenda eversiva quanto e piuttosto il riflesso necessitato di un atteggiarsi funzionale della tutela restitutoria», da considerarsi «tecnica di tutela ancillare all'impugnativa di nullità, partecipe, ove questa sia unilaterale, della medesima unidirezionalità». Sul punto si veda anche A. MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, in *N. giur. civ. comm.*, 2012, 342.

⁶⁸ G. D'AMICO, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, cit., 781, osserva che «corrispondendo gli interessi (legali) sulla somma che deve essere restituita al *solvens*, l'*accipiens* non fa altro che reintegrare la sfera patrimoniale dell'altra parte del depauperamento (considerato, nella sua consistenza "minima", espressione di quella che si indica come la "naturale produttività del danaro") che si è verificato in detta sfera per effetto dell'adempimento della prestazione».

⁶⁹ S. PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni*, cit., 186, rileva che «seppur motivato da una ragione di deterrenza, un credito restitutorio del professionista pari allo zero, ripetuto per *n* volte vista la serialità di questi rapporti, potrebbe innescare delle tensioni di liquidità e finanche preludere ad una incapienza della banca a far fronte agli obblighi assunti con gli altri clienti. Considerazioni in parte simili hanno indotto il *Tribunal Supremo* spagnolo, nel dichiarare la nullità della clausola *floor* nei mutui bancari con i consumatori, a escluderne l'efficacia retroattiva, limitandone gli effetti restitutori ai soli versamenti, indebiti, effettuati in un momento successivo rispetto a quello della data di pubblicazione della sentenza; alla luce della vasta diffusione di tali clausole, infatti, la retroattività avrebbe determinato, in capo agli istituti di credito, obblighi restitutori il cui ammontare globale si sarebbe riverberato negativamente sulla stabilità del sistema bancario spagnolo. In argomento si vedano A. DALMARTELLO, *Note sulla "clausula suelo" (clausola floor) nel mutuo bancario di diritto spagnolo: trasparenza delle clausole abusive e (ir)retroattività della nullità di protezione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 753; ID., *Epilogo sulla questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole*

Dall'altro, non può non rilevarsi che la nullità totale che colpisce i contratti bancari non è determinata dal fatto che le parti vi hanno divisato un interesse sostantivo per sua natura avverso dall'ordinamento, come accade nel caso degli interessi usurari, la cui pattuizione è di per sé illecita⁷⁰. Pertanto, in assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso, appare priva di un saldo fondamento teorico un'opzione interpretativa che voglia escludere il diritto dell'istituto di credito a vedersi corrisposti gli interessi legali⁷¹.

Anche ammettendo, come si ritiene di fare, che il paradigma dell'operatività a vantaggio – il quale, comunque, non può supplire alla assenza di una giusta causa dell'arricchimento nella sfera soggettiva patrimoniale del cliente⁷² – si riverberi sulla disciplina dell'indebito, un effetto ultracompensativo rischierebbe di collidere con la funzione regolatoria della trasparenza.

In proposito, bisogna comunque ricordare che secondo la Corte di Giustizia – pronunciata su una norma che prevedeva l'esclusione dell'esigibilità degli interessi corrispettivi, con salvezza di quelli legali – l'efficacia dissuasiva delle

abusiva, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 43; U. MALVAGNA, *Nullità "de futuro" e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo)*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 63.

⁷⁰ G. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, cit., 9. ID.,

⁷¹ G. D'AMICO, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, cit., 780, rileva che il cliente è tenuto a «pagare gli interessi non perché si tratti degli interessi "corrispettivi" del godimento che medio tempore egli ha avuto del danaro (tant'è vero che non sono dovuti gli interessi "convenzionali", ma solo quelli "legali"), ma semplicemente perché tali interessi (ossia – si ripete – gli interessi "legali") sono *naturaliter* prodotti dal danaro (e non si restituirebbe la "somma ricevuta" se non la si restituisse in un ammontare comprensivo anche degli interessi che nel frattempo quella somma ha prodotto, per la naturale fecondità del danaro)».

⁷² Come si è già avuto modo di dire, il dovere di restituire l'ingiustificato arricchimento è considerato un principio generale comune agli ordinamenti degli Stati membri e, quindi, costituisce un limite all'obbligo dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea: si veda C. Giust. CE (Grande Sezione), 16 dicembre 2008, causa C-47/07 *P. Masdar (UK) Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, ove si afferma che «secondo i principi comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, un soggetto che ha subito una perdita la quale incrementi il patrimonio di un altro soggetto, senza che vi sia alcun fondamento giuridico per tale arricchimento, ha generalmente diritto ad una restituzione, fino a concorrenza di tale perdita, da parte del soggetto che si è arricchito».

sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della Direttiva 2008/48/CE – la cui severità dev'essere proporzionale alla gravità dell'infrazione, da apprezzare tenendo conto degli obiettivi della disciplina, fra i quali spicca la creazione di un mercato interno del credito al consumo efficiente – non va mai valutata in astratto, ma alla luce delle circostanze del caso concreto⁷³.

⁷³ C. Giust. UE, 27 marzo 2014, causa C-565/2012, *LCL Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan* ha affermato che «l'art. 23 della direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la precedente direttiva 87/102/CEE, deve essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione di un regime nazionale di sanzioni in forza del quale, in caso di violazione, da parte del creditore, del suo obbligo precontrattuale di valutare la solvibilità del debitore consultando una banca dati pertinente, il creditore decada dal suo diritto agli interessi convenzionali, ma benefici di pieno diritto degli interessi al tasso legale, esigibili a decorrere dalla pronuncia di una decisione giudiziaria che condanna tale debitore al versamento delle somme ancora dovute, i quali sono inoltre maggiorati di cinque punti se, alla scadenza di un termine di due mesi successivi a tale pronuncia, quest'ultimo non ha saldato il suo debito, qualora il giudice del rinvio accerti che, in un caso come quello del procedimento principale, che implica l'esigibilità immediata del capitale del prestito ancora dovuto a causa dell'inadempimento del debitore, gli importi che possono essere effettivamente riscossi dal creditore in seguito all'applicazione della sanzione della decadenza dagli interessi non sono notevolmente inferiori a quelli di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato al suo obbligo di verifica della solvibilità del debitore». Nel caso di specie, era al vaglio della Corte di Giustizia l'interpretazione giurisprudenziale della norma, contenuta nel codice del consumo francese, che dispone la sanzione «della decadenza dal diritto agli interessi, totalmente o nella proporzione determinata dal giudice», per l'ipotesi in cui il creditore non adempia l'obbligo di valutare il merito creditizio del soggetto che domanda il finanziamento. La Corte di cassazione francese, infatti, limitava tale decadenza agli interessi convenzionali, con esclusione degli interessi legali; tuttavia, nel codice monetario e finanziario francese si prevede altresì che per le somme ancora dovute, come accertate da una sentenza di condanna, il tasso degli interessi legali – esigibili, per l'appunto, nonostante la violazione dell'obbligo di valutare il merito creditizio – possa essere maggiorato di cinque punti percentuali; più precisamente, l'obbligo di corrispondere gli interessi maggiorati sorge una volta che siano decorsi due mesi dall'emanazione della sentenza di condanna a carico del debitore inadempiente. In questo scenario normativo, la Corte di Giustizia afferma, al § 50, che, «al fine di valutare il carattere realmente dissuasivo della sanzione, spetta al giudice del rinvio, che è l'unico competente ad interpretare ed applicare il diritto nazionale, raffrontare, nelle circostanze della causa di cui è investito, gli importi che il creditore avrebbe riscosso come remunerazione del prestito qualora avesse rispettato il suo obbligo precontrattuale di valutare la solvibilità del debitore consultando una banca dati pertinente, con quelli che egli percepirebbe in applicazione della sanzione per violazione di questo stesso obbligo precontrattuale», sicché «se, in esito al raffronto di cui al punto precedente, il giudice del rinvio dovesse accertare che, nella controversia di cui è investito, l'applicazione della sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali può conferire un beneficio al creditore, in quanto gli importi di cui viene privato sono inferiori a quelli derivanti dall'applicazione degli interessi al tasso legale maggiorato, ne

Quanto si è detto, ad ogni modo, non pregiudica la possibilità di estendere alle altre fattispecie di nullità totale di protezione che colpiscono contratti bancari il 9° comma dell'art. 125-*bis* nella parte in cui prevede che il cliente abbia la facoltà di adempiere l'obbligazione restitutoria a rate, con la stessa periodicità che era stata pattuita nel contratto nullo o in trentasei rate mensili.

Peraltro, in tutte le ipotesi in cui il contratto non può sopravvivere alla eliminazione di una clausola, abusiva che riguardi il suo oggetto principale, né essere integrato attraverso una disposizione suppletiva, la soluzione prospettata consentirebbe di mitigare le conseguenze negative a cui, altrimenti, risulterebbe esposto il consumatore in seguito all'invalidazione dell'intero contratto, che pur potrebbe risultare, in concreto, lo strumento più efficace per contrastare le cattive prassi dei professionisti in danno dei consumatori⁷⁴.

Impedire che il mutuatario debba restituire integralmente e immediatamente la somma ricevuta in prestito consente infatti di evitare che questi sia disincentivato dal far valere l'abusività della clausola, sulla scorta della considerazione che ciò rischierebbe di andare a detrimento del suo interesse finale; questo, all'evidenza, va a beneficio anche dell'effettività della tutela e, in ultimo luogo, se si considera il legame che sussiste tra la patologia del contratto e l'irregolarità dell'attività di impresa, altresì dell'efficacia in punto di deterrenza.

discenderebbe che, manifestamente, il regime di sanzioni in esame nel procedimento principale non garantisce un effetto realmente dissuasivo alla sanzione in cui si incorre»; lo stesso vale, poi, secondo la Corte, nel caso in cui «gli importi che possono essere riscossi dal creditore in seguito all'applicazione di tale sanzione non [siano] notevolmente inferiori a quelli di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato a un siffatto obbligo» (nel caso di specie, gli interessi convenzionali ammontavano al 5,60% e gli interessi legali maggiorati al 5,71%).

⁷⁴ R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *Juscivile.it*, 2013, 400; S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF*, cit., 858. Si pensi al caso dei mutui ipotecari indicizzati in una valuta estera, sui quali si è espressa C. Giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-260/2018, *J. Dziubak c. Raiffeisen Bank International AG*.

Non deve sfuggire, infatti, che in questo modo l'istituto di credito viene privato della possibilità di reimpiegare, perlomeno nell'immediatezza, la somma di denaro che ha erogato in forza del contratto nullo e quindi, in ultima analisi, anche del vantaggio economico che ciò comporterebbe.

Il discorso, come si è già visto, è diverso nel caso in cui gli obblighi restitutori derivino dalla nullità del contratto quadro.

In questo caso, perlomeno per quanto riguarda la negoziazione per conto proprio e l'esecuzione di ordini per conto dei clienti, in base all'art. 2033 c.c. l'investitore è tenuto a restituire gli strumenti finanziari⁷⁵, mentre l'intermediario è tenuto a restituire la somma che l'investitore gli ha corrisposto per il loro acquisto; quanto alle obbligazioni restitutorie secondarie, in entrambi i casi rileva lo stato soggettivo, di buona o mala fede, dell'*accipiens*⁷⁶.

⁷⁵ Per quanto riguarda gli strumenti finanziari, l'applicabilità dell'art. 2033 c.c. si fonda sulla loro classificazione quali beni fungibili. Qualora non ricorra la fungibilità – vuoi perché si tratti di strumenti finanziari non standardizzati, vuoi perché, pur essendo standardizzati, si versi in una situazione di “perimento del genere”, non essendo reperibile sul mercato il *tantundem eiusdem generis* – e gli strumenti finanziari non siano più restituibili in natura, troveranno applicazione gli artt. 2037 e 2038 c.c.: sul punto si veda E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 230, il quale rileva che «è di tutta evidenza, che per il danaro non si pone per definizione il problema dell'impossibilità della restituzione in natura; altrettanto vale per le cose fungibili, sia pure solo entro certi limiti, tenuto conto della non perfetta coincidenza tra la categoria della “fungibilità” e della “genericità” e salva, sempre, l'ipotesi di perimento dell'intero *genus*», ricorrendo la quale si applicherà «la disciplina predisposta per la restituzione di una cosa di specie»; nello stesso senso U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, 428. In tal caso, se al momento dell'alienazione era in buona fede, l'investitore è tenuto a restituire il corrispettivo ottenuto; se, viceversa, era in mala fede, sia essa originaria o sopravvenuta al momento dell'alienazione, l'intermediario finanziario potrà domandare, alternativamente e a sua scelta, il corrispettivo o il valore degli strumenti finanziari, a cui secondo parte della dottrina si aggiunge l'obbligo del risarcimento del danno. Quanto alla commisurazione del valore, Cass., 19 gennaio 1977, n. 258 ha statuito che «Il valore che, nel caso di alienazione della cosa ricevuta indebitamente, l'accipiente-alienante è tenuto a corrispondere al traente, a norma dell'art. 2038, comma 2° c.c., deve essere determinato in relazione al momento in cui la cosa fu ricevuta dall'accipiente stesso – poiché detto valore va riferito alle condizioni in cui essa allora trovavasi – salvo a tenersi eventualmente in conto le conseguenze della svalutazione monetaria successiva».

⁷⁶ Quanto all'intermediario finanziario, sulla somma che questi è tenuto a restituire sono dovuti gli interessi, corrispettivi, a decorrere dal giorno del pagamento o da quello della domanda, a seconda

Qualora si ritenga che l'intermediario versi in mala fede poiché avrebbe dovuto conoscere la causa di invalidità, l'investitore si troverebbe nella situazione di poter ripetere quanto aveva versato, maggiorato degli interessi a decorrere dal giorno della dazione, e, nel contempo, salvo che ne venga provata la mala fede, trattenere i frutti civili prodottisi prima della domanda: è chiaro che ciò potrebbe tradursi in una duplice remunerazione del denaro investito nell'operazione di investimento colpita dalla nullità di protezione⁷⁷.

Diversamente accade nel caso di strumenti finanziari come quelli derivati, che non sono titoli incorporanti diritti astratti, rappresentativi di operazioni frazionabili, bensì contratti con cui le parti allocano tra di loro un determinato rischio: in queste ipotesi la nullità, oltre a far venir meno l'obbligo di pagare i flussi futuri, altrimenti dovuti sino alla naturale scadenza del contratto, rende indebiti gli addebiti e gli accrediti effettuati in precedenza⁷⁸.

che egli fosse in mala fede o in buona fede. Lo stesso vale per i frutti civili prodotti dagli strumenti finanziari – si pensi, a titolo esemplificativo, alle cedole periodiche dei titoli obbligazionari – che devono essere restituiti all'intermediario finanziario a decorrere dal giorno del pagamento o da quello della domanda, a seconda che l'investitore fosse in mala fede o in buona fede. In proposito, è opportuno sottolineare che la dottrina maggioritaria fa coincidere la contezza della esistenza di una causa di nullità con la mala fede nel ricevimento della prestazione: sul punto si rinvia, per tutti, ad U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 263.

⁷⁷ M. MAGGIOLO, *Tutela restitutoria e tutela risarcitoria nella prestazione di servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2010, 496.

⁷⁸ Si pensi all'*interest rate swap*, in cui, dati due rischi di diversa natura – ad esempio, il rischio di rialzo legato ad un tasso di interesse variabile e quello di ribasso legato ad un tasso di interesse fisso – le parti convengono che ognuna si assuma uno dei due rischi e che il verso in cui, ad una certa data, si saranno evoluti i parametri che esprimono i rischi dedotti in contratto determini, sulla base del nozionale, i flussi di pagamento dovuti da ciascuna parte, dal cui incrocio risulta quale delle parti e in che misura è debitrice dell'altra; lo stesso accade nel caso dei *futures*, con cui le parti suddividono un certo rischio – ad esempio, il rischio legato alle fluttuazioni di un indice o al cambio di una valuta – specularmente tra di loro – sicché l'una si assume il rischio del rialzo, e l'altra quello del ribasso – e convengono che il verso in cui, ad una certa data, si sarà evoluto il parametro che esprime il rischio dedotto in contratto determini chi tra i due contraenti debba pagare e quanto.

In queste fattispecie, infatti, non si realizza lo scambio di un bene mobile contro un prezzo, ma dell'aspettativa che un soggetto nutre relativamente all'evoluzione di un determinato fenomeno, con quella che un altro soggetto nutre in relazione allo stesso o a un distinto fenomeno⁷⁹.

Sulle orme della teoria del saldo⁸⁰, le Sezioni Unite, come si è visto negli scorsi paragrafi, hanno precisato che l'effetto restitutorio – che in ogni caso non può prodursi a danno dell'investitore – si dispiega solo nella misura in cui risulti che quest'ultimo, all'esito di una quantificazione globale delle poste, attive e passive, prodotte dalle operazioni di investimento realizzate in esecuzione del contratto quadro nullo, ha subito una minusvalenza.

⁷⁹ F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, cit., 86, parla, in proposito, di un fenomeno di mercificazione dei prodotti finanziari; in argomento si veda altresì ID., *La funzione dei derivati nel mercato: tra disciplina del contratto e disciplina dell'impresa*, in A. GUACCERO-M. MAUGERI (a cura di), *Crisi finanziaria e risposte normative: verso un nuovo diritto dell'economia?*, Milano, 2014, 155.

⁸⁰ U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 463, osserva che «postulato fondamentale della teoria è il convincimento che l'attribuzione patrimoniale effettuata in adempimento di un contratto a prestazioni corrispettive nulle si configuri come un arricchimento per l'*accipiens*; e poiché anche la prestazione indebitamente eseguita da quest'ultimo presenterebbe tale carattere sarà necessario, per stabilire chi, in ultima analisi, possa considerarsi ingiustamente "arricchito", detrarre dall'entità della prestazione ricevuta il valore della controprestazione effettuata»; a monte vi è l'idea che la nullità «non spezza il nesso sinallagmatico di fatto, in quanto nesso economico, tra le prestazioni eseguite». Sulla *Saldotheorie* si vedano anche P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, 1962, 149; P. RESCIGNO, voce «*Ripetizione dell'indebito*», in *Noviss. dig.*, XV, Torino, 1968, 1234; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 161; A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, Padova, 2004, 351; A. DI MAJO, *La teoria del saldo e l'irripetibilità delle prestazioni*, in *Corr. giur.*, 2004, 1502; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., 271. In relazione all'applicazione che ne hanno fatto le Sezioni Unite, A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, cit., 32, sottolinea come «la Corte non chiarisc[a] in che modo le perdite e i guadagni vadano concretamente considerati (ad esempio, solo se realizzati ovvero se essi rilevano anche in itinere)». Si esprime in termini analoghi anche C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, cit., 181, che manifesta «dubbi, anche dal punto di vista operativo, in particolare sotto il profilo del momento del tempo cui avere riguardo per verificare il saldo, favorevole o sfavorevole, per l'investitore delle operazioni poste in essere».

Questa impostazione, che sottende una concezione patrimoniale dell'arricchimento, appare convincente qualora si tratti delle restituzioni che conseguono all'accertamento della nullità di contratto derivato, ma è meno confacente in tutti quei casi in cui l'investitore ha acquistato dei titoli, che sono così entrati a far parte del suo patrimonio⁸¹; infatti, anche riducendo la pretesa attorea alla differenza, negativa, fra le due obbligazioni restitutorie, all'atto pratico ciò non evita affatto che, in capo all'investitore, si produca quella duplicazione della remunerazione del capitale investito che, sostanzialmente, finisce per tradursi in un arricchimento unilaterale del tutto ingiustificato.

Questo profilo non è affrontato dalle Sezioni Unite, che hanno forse provato a ovviare al problema imponendo, per l'appunto, di considerare unitariamente tutte le operazioni di investimento poste in essere in esecuzione del medesimo contratto quadro nullo. Tuttavia, se si tiene conto del fatto che la natura negoziale delle singole operazioni può ritenersi ormai pacifica, la soluzione, dettata più da ragioni di opportunità che di necessità, sembra maggiormente orientata a impedire che venga frazionata la pretesa restitutoria derivante da una attività che, alla luce del collegamento negoziale unilaterale sussistente fra operazioni e contratto quadro, viene concepita, di fatto e nonostante la nullità⁸², come un'attività economicamente, prima ancora che giuridicamente, inscindibile.

⁸¹ A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., 550, rileva che una concezione patrimoniale dell'arricchimento appare più consona nelle ipotesi in cui «non vi è un bene che transita da un patrimonio all'altro [...], cioè per le ipotesi in cui l'arricchimento e il danno correlativo non sono determinati in relazione a un oggetto, ma possono determinarsi solo mediante un calcolo».

⁸² Similmente a quanto afferma E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 163, in relazione all'art. 2126 c.c., a parere del quale tale norma, «ben lungi dal rappresentare una deroga all'art. 2033, è piuttosto una conferma di quei principi che sono alla base della ripetizione dell'indebito. La c.d. "inefficacia dell'invalidità" del contratto assume un preciso significato tecnico solo in chiave "causale", nel senso che l'esistenza di un rapporto di fatto tra le parti è considerata dalla legge come

Il risultato è una disciplina delle ripetizioni che – nella misura in cui l’effetto restitutorio che scaturisce dall’accertamento della nullità non può pregiudicare l’investitore, unico legittimato ad agire *ex art.* 2033 c.c. – opera sì a vantaggio di quest’ultimo, ma solamente nei limiti in cui, nella sua sfera patrimoniale, si sia realizzato un impoverimento, da ristorare⁸³.

In questo modo, non senza un intento latamente punitivo, la regola della irripetibilità unilaterale – che diviene bilaterale ogniqualvolta l’investitore non abbia subito alcun impoverimento – determina l’internalizzazione del costo della violazione in capo all’intermediario, che compiendola ha causato il pregiudizio al singolo investitore e, di riflesso, al mercato.

Questa regola, incidentalmente, risulta anche del tutto coerente con la trasformazione subita dalla figura dell’investitore, il quale, nel quadro di politiche economiche orientate a favorire la massima possibile espansione dei mercati finanziari, non è più concepito come un risparmiatore che rinuncia ad un consumo immediato per accumulare le risorse necessarie a un consumo futuro e differito, bensì come «uno speculatore, sia pure di piccolo cabotaggio»⁸⁴, il cui obiettivo è quello di accrescere l’entità dei propri risparmi.

“giusta causa” dell’attribuzione prodottasi, a seguito della prestazione di fatto del lavoro, nella sfera dell’*accipiens* (*rectius*: del datore di lavoro)».

⁸³ S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all’integrità delle restituzioni: l’investitore è come il contraente incapace?*, cit., 948, prospetta un’analogia con la figura dell’*accipiens* incapace, che, ai sensi degli artt. 1443 e 2039 c.c., non è tenuto a restituire alla controparte la prestazione ricevuta se non nei limiti in cui è stata rivolta a suo vantaggio, quandanche fosse in mala fede. Sul punto si vedano anche E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., 232, e, in generale, E. MOSCATI, *Del pagamento dell’indebito*, cit., 235.

⁸⁴ F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, cit., 86. In argomento si veda anche ID., *I conflitti di interesse nei mercati finanziari e il risparmiatore “imprenditore di se stesso”*, in *I servizi del mercato finanziario: in ricordo di Gerardo Santini*, Milano, 2009, 141 e, spec., 151, ove l’Autore nota come già M. Foucault avesse rilevato che «l’*homo oeconomicus* dei neo-liberali non era più (come era per i liberali classici) il partner di uno scambio, ma un imprenditore, un imprenditore di se stesso» (cfr. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 186).

Questa trasformazione ha favorito la transizione da un mercato finanziario protetto, in cui i confini tra risparmio consapevole e inconsapevole risultavano chiari e ben definiti, a un mercato che ha consentito uno sviluppo generalizzato dell'attività speculativa, nel quale ogni soggetto può esercitare pienamente le proprie capacità, per così dire, imprenditoriali. In questo scenario, la disciplina dell'intermediazione finanziaria – che è anzitutto la disciplina di una attività imprenditoriale⁸⁵ – risponde a esigenze di ordine pubblico economico di direzione, oltretutto di protezione, ed è finalizzata a garantire e preservare l'efficienza del mercato, rimediando a fenomeni di carattere seriale.

5. *Valutazioni conclusive*

Volendo adesso rispondere, o tentare di rispondere, all'interrogativo con cui si è aperto il lavoro, sembra di poter dire che, grazie all'essenziale opera di concretizzazione svolta dalla giurisprudenza europea, in ciò largamente seguita da quella interna, il paradigma dell'operatività a vantaggio abbia assunto un significato normativo tendenzialmente univoco e compiuto.

Come attesta anche l'evoluzione nella formulazione lessicale delle norme, di cui è rimasta una traccia nell'art. 23 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, tale significato si è progressivamente affrancato da una accezione puramente processualistica, in base alla quale esso si sarebbe limitato a indicare la relatività della legittimazione ad agire per far dichiarare la nullità, in deroga alla previsione generale dell'art. 1421 c.c.

⁸⁵ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37 ss., rileva infatti che la predisposizione unilaterale del regolamento negoziale «necessariamente precede – e prescinde da – qualsiasi concreto “rapporto” che si instauri con una singola concreta controparte».

Allo stato attuale, grazie a una «interpretazione assiologicamente orientata»⁸⁶ delle norme che comminano la nullità di protezione, pare infatti di poter affermare che il paradigma della operatività a vantaggio abbia anche una portata sostanziale, che si manifesta nella necessità di impedire che l'accertamento della nullità – che, tendenzialmente, sarà a parziarietà necessaria, ma in talune ipotesi anche totale – pregiudichi l'interesse finale del contraente debole, che ha concluso il contratto per ottenere un determinato bene o servizio.

La soluzione prospettata, affidandosi a un metodo casistico che non va esente da contraddizioni, non è certamente priva di incertezze; le criticità emergono soprattutto quando, abbandonato il modello delle clausole abusive, si tratti di conciliare l'interesse finale del contraente debole – ovverosia, l'interesse alla conservazione di quel bene della vita che intendeva acquisire con il contratto nullo – con la disciplina positiva della ripetizione dell'indebito.

Tuttavia, assicurando effettività alla tutela del contraente debole e forza dissuasiva alla nullità di protezione, questa soluzione appare comunque la più coerente con l'obiettivo della massimizzazione dei consumi individuali, il quale, in ultimo luogo, anima l'intera disciplina consumeristica⁸⁷.

⁸⁶ Per usare il lessico di Cass., Sez. un., 17 Settembre 2015, n. 18214, in *IlCaso.it*, secondo cui «il carattere eccezionale o meno della norma sulla forma, ovvero il suo carattere derogabile o inderogabile, non potrà essere definito in astratto e in via generale, ma dovrà risultare da un procedimento interpretativo che dipende dalla collocazione che la norma riceve nel sistema, dalla ratio che esprime, dal valore che per l'ordinamento rappresenta».

⁸⁷ S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, "consumer welfare" e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *N. leggi civ. comm.*, 2014, 804; ID., *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di Giustizia da Árpád Kásler a Dziubak*, in *N. leggi civ. comm.*, 2019, 1258.

Infatti, sul presupposto che «da una somma di efficienze non possa che nascere un mercato pur esso necessariamente efficiente»⁸⁸, si reputa che grazie alla trasparenza contrattuale sia possibile raggiungere la trasparenza del mercato, la quale, traducendosi nella rimozione di tutte quelle asimmetrie in senso lato informative⁸⁹ e consentendo al consumatore di addivenire consapevolmente alla conclusione del contratto, in definitiva favorisce i consumi.

Ciò induce a ritenere che sussista, nell'ambito della contrattazione asimmetrica, un autonomo sistema della nullità di protezione, la quale, pur esibendo uno statuto normativo in linea teorica compatibile con quella che è la disciplina codicistica della nullità, perlomeno se la si concepisce alla stregua di uno strumento atto a esercitare un controllo sugli atti di autonomia, risponde a finalità sue proprie – che riflettono un diverso modo di intendere il ruolo dello Stato nell'economia capitalista – e sottostà a un principio regolatore unitario – quello della operatività a vantaggio – che esprime una regola suscettibile di trovare applicazione anche al di là dei casi in cui tale principio è espressamente richiamato.

⁸⁸ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 7; S. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 651;

⁸⁹ Per quanto riguarda la disciplina delle clausole abusive, si ritiene che anch'essa possa considerarsi preposta alla rimozione di una asimmetria informativa in funzione della trasparenza, perlomeno nella misura in cui lo squilibrio di diritti e di obblighi che si concreta nella clausola vessatoria concorre, unitamente ad altri fattori, alla determinazione del prezzo di un prodotto esteriormente omogeneo, sul quale, in ultima analisi, si gioca la competizione; con la conseguenza che il consumatore potrebbe non rendersi conto del fatto che, a parità di caratteristiche estrinseche, il minor prezzo di un prodotto possa essere determinato da un peggior trattamento normativo.

