

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

**SUPPLEMENTO**

APRILE/GIUGNO

**2023**

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA  
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO  
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),  
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,  
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,  
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,  
FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**Rivista** | dottrina  
di Diritto Bancario | e giurisprudenza  
commentata

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## **Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla *condictio indebiti* di protezione (\*)**

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: paradigma dell'operatività a vantaggio e statuto delle nullità di protezione. – 2. Linee di sviluppo del paradigma dell'operatività a vantaggio della nullità parziale di protezione. Caducazione, integrazione “dissuasiva” e interesse della parte protetta. – 3. Statuto della nullità totale di protezione: irripetibilità di protezione? – 4. Statuti della ripetizione dell'indebito “di protezione”.

### *1. Introduzione: paradigma dell'operatività a vantaggio e statuto delle nullità di protezione.*

Il compito assegnato impone di percorrere in sintesi un complesso itinerario di indagine che attraversa, quasi integralmente, i profili effettuali delle nullità di protezione<sup>1</sup>. Il riferimento al “giudizio di vessatorietà” non può che riguardare, nella prospettiva dell'interprete domestico, la categoria della nullità di protezione e la sua idoneità a esplicarsi, in chiave rimediale, quale strumento di tutela del consumatore<sup>2</sup>.

In altri termini, uno dei possibili percorsi di ricerca è quello in cui il riferimento alla vessatorietà e alla disciplina degli artt. 33 e ss. del codice del consumo costituisce un paradigma suscettibile di essere generalizzato. Ed è proprio tale angolo visuale che mi pare consenta di percepire alcuni importanti aspetti del problema evocato.

Non si tratta di analizzare le sole conseguenze della vessatorietà, ma più in generale, di verificare a quali condizioni si possa elaborare uno statuto della “nullità di protezione”, non più confinato al solo testo

---

\* Il testo riproduce, con riferimenti bibliografici e opportune modifiche e aggiornamenti, la relazione tenuta all'Università di Trento al convegno “Profili attuali delle nullità nel diritto dell'impresa. Fattispecie e disciplina”, il 10 novembre 2022.

<sup>1</sup> Per una ricostruzione sistematica delle nullità di protezione si v., pur con diversità di impostazione, V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, 2011, 436 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, 2008, 322 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, 1995, 173 ss.

<sup>2</sup> Cfr., S. PAGLIANTINI, *Un giro di orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Persona e mercato*, 2021, 32.

dell'art. 36 cod. cons., ma in grado di percorrere il variegato insieme delle fattispecie in cui il legislatore prevede un'ipotesi di nullità con lo scopo di proteggere la parte debole del rapporto contrattuale. Dunque, includendo anche le nullità totali “di protezione”.

L'indagine si giustifica, a livello testuale, non tanto nella valorizzazione del genitivo “di protezione”<sup>3</sup>, troppo vago e espressamente racchiuso nella sola rubrica dell'art. 36 cod. cons., quanto nel paradigma normativo dell’“operatività a vantaggio” della nullità, di cui solo in tempi recenti la dottrina ha iniziato a esplorare le potenzialità ricostruttive in una chiave diversa dalla sola legittimazione riservata all'impugnativa negoziale<sup>4</sup>.

Una prospettiva siffatta si potrebbe, nondimeno, immediatamente spegnere di fronte a un dato normativo laconico. Sono esigue le ipotesi in cui il legislatore indica espressamente frammenti di disciplina delle nullità coerenti col paradigma dell'art. 36 cod. cons.; e alla regola dell'operatività a vantaggio fa riferimento testuale, oltre al citato art. 36, il solo art. 127 t.u.b.<sup>5</sup>

L'obiezione non è, tuttavia, insuperabile, se si considerano, *da una parte*, le affinità funzionali alla regolazione dell'attività di impresa e del

---

<sup>3</sup> Al riguardo, per considerazioni critiche sulla possibilità di una costruzione tendenzialmente unitaria della figura della nullità di protezione: v. S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una categoria giurisdizionalizzata?*, in *Persona e mercato*, 2020, 33 ss.

<sup>4</sup> A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, 2013, 44; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità “selettive”. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 854.

<sup>5</sup> Il nesso tra art. 23 t.u.f., art. 127 t.u.b. e art. 36 cod. cons. è frequentemente rilevato dalla dottrina: v., ad es., M. FALABELLA, *La Cassazione e i contratti del mercato finanziario, tra disciplina speciale e codice civile*, in *Liber Amicorum per Aldo A. Dolmetta. L'orizzonte è una linea che non c'è*, a cura di E. Ginevra et. al., Pacini, 2023, 160; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità “selettive”. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite n. 12390/2017*, cit., 828 ss.; A. TUCCI, *Servizi di investimento e nullità del contratto*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, 3, UTET, Torino, 2014, 2470; M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 t.u.b. (con l'obiter delle sezioni unite del 2014)*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di Delfini, Gitti e Maffei, con la collaborazione di Dalmartello e Ferrari, II, Giuffrè, 2015, 1597 ss.; per un primo censimento di ipotesi da ricondurre all'art. 36 cod. cons.: EAD., *Le nullità di protezione*, cit., 360 ss.



mercato che caratterizzano queste nullità (con ciò giustificando la rilevanza di lacune assiologiche)<sup>6</sup>; *dall'altra* (e specularmente), gli esiti non coerenti al paradigma funzionale che comporterebbe la riconduzione di queste nullità alla rigida disciplina codicistica<sup>7</sup>.

E, del resto, già nel diritto vivente, una generale deviazione delle nullità di protezione dall'archetipo codicistico è stata riconosciuta dalle Sezioni Unite in due occasioni: la prima, nel 2014, in relazione alla disciplina speciale del rilievo d'ufficio<sup>8</sup> (che alcuni in passato addirittura escludevano là dove non espressamente previsto in alcune ipotesi speciali di nullità); la seconda, nel 2019, con la decisione sull'uso selettivo della nullità nel contesto dell'intermediazione finanziaria<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Sulla connotazione regolatoria del diritto privato europeo: v. H. MICKLITZ, *The visible hand of european regulatory private law – the transformation of european private law from autonomy to functionalism in competition and regulation*, 28 *Yearbook of European Law*, 2009, 3 ss. Nella dottrina italiana, cfr. P. SIRENA, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2014, 10 ss., e, con specifico riferimento alle nullità di protezione quale “strumento di politica economica”, A. GENTILI, *La “nullità di protezione”*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77. In senso critico: v. però M. GIROLAMI, *op. cit.*, 1605.

<sup>7</sup> Per un primo tentativo di razionalizzazione di una nullità totale di protezione: AN. DALMARTELLO, *Private placement e circolazione di strumenti finanziari*, Giuffrè, 2013, 223 ss. Critico sulla costruzione di una disciplina speciale per “microsistemi”: G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio: nullità speciali e restituzione unilaterale*, in *Persona e mercato*, 2021, 264, il quale tuttavia ammette l'opportunità di costruire “statuti speciali” delle nullità.

<sup>8</sup> Cass., sez. un., 12.12.2014, n. 26242, in *Nuova giur. comm.*, 2015, 299 ss. con nota di N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, nel quale è espressamente menzionata la “nullità di protezione virtuale”, con ciò intendendo le previsioni di nullità speciali, idonee a essere ricostruite secondo i parametri normativi indicati dall'art. 36 cod. cons. Il regime del rilievo officioso delle nullità di protezione è il frutto di alcuni interventi della Corte di Giustizia UE: v., in particolare, Corte Giust. UE, 4.6.2009, C- 243/08, in *Contratti*, 2009, 12, 1115, con nota di S. MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo “atto” della Corte di Giustizia*. Sul rilievo d'ufficio delle nullità di protezione, oltre ai lavori citati in precedenza, v. le valutazioni critiche di R. ALESSI, *“Nullità di protezione” e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e sezioni unite della Cassazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1173 ss.

<sup>9</sup> V. Cass., sez. un., 4.11.2019, n. 28314, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 26 ss. con commento di AN. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*. Su questa sentenza v. anche, condividendone alcuni

È quest'ultima decisione che mi pare abbia imposto agli interpreti una riflessione sulla configurabilità di una “*condictio indebiti* di protezione”<sup>10</sup>. Con ciò intendendo non solo una diversa disciplina dell'azione di ripetizione dell'indebito spettante al cliente/consumatore, bensì, più radicalmente, l'assenza della pretesa alla ripetizione dell'indebito per il professionista. A tale ipotesi “estrema”, deve aggiungersi quella di una diversa conformazione effettuale delle restituzioni imposte alla parte debole<sup>11</sup>.

L'ipotesi - va detto argomentata in modo a mio avviso insoddisfacente dalle sezioni unite - è che l'operatività a vantaggio della nullità di protezione non riguardi solo l'effetto *caducatorio* (il consumatore può scegliere *se* invocare la nullità e *quale* parte del regolamento/quali clausole annientare), ma anche l'effetto *restitutorio*: tradizionalmente considerato una conseguenza meccanica del venir meno della giusta causa dell'attribuzione, ossia il contratto, ormai invalido<sup>12</sup>.

---

passaggi: G. D'AMICO, *Considerazioni sulla c.d. nullità selettiva*, in *Contratti*, 2020, 634; M. GIROLAMI, *La fiera delle nullità*, in *AdC*, 2018, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Giappichelli, 2019, 84; 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 questa *Rivista*, 2020, I, 99; D. IMBRUGLIA, *Appunti su nullità e restituzioni*, in *Giur. it.*, 2020, 1537. In termini prevalentemente critici si esprimono: G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, cit., 261 ss.; A. IULIANI, *Le Sezioni unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, 273 ss. Si veda inoltre l'articolata riflessione di Pagliantini: S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace*, in *Foro It.*, 2020, I, 948; ID., *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 169 ss.; ID., *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, in *Contratti*, 2020, 18 ss.

<sup>10</sup> Al riguardo v. già S. PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni secondo un recente arresto dell'A.B. F.*, in *Il credito ai consumatori*, a cura di M. Maugeri - S. Pagliantini, Giuffrè, Milano, 2013, 95.

<sup>11</sup> Il tema (sul quale v. *infra* n. 4) è oggetto di una recente pronuncia della Corte di Giustizia: v. CGUE, 15 giugno 2023, C-520-21, Bank Millennium. Sul tema v. ora S. PAGLIANTINI, *Trent'anni di direttiva 93/13, postvessatorietà restitutoria ed il vuoto di un'interpretazione conforme a tutto tondo*, in *Accademia*, 2023, 11 ss.

<sup>12</sup> L'autonomia tra nullità e ripetizione dell'indebito è tradizionalmente sostenuta dalla dottrina: cfr., anche per ulteriori riferimenti, E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. Scialoja-Branca*, II ed., Zanichelli-II Foro Italiano, 1981, 144

Pur con qualche voce dissonante, la dottrina non ha mai considerato le restituzioni parte integrante lo statuto della nullità, se non in peculiari ipotesi come quella del contratto immorale, giusta l'applicazione dell'art. 2035 c.c.<sup>13</sup>.

Benché nel caso deciso dalle sezioni unite, fosse possibile individuare una soluzione meno drastica dal punto di vista sistematico<sup>14</sup>, alla Cassazione va attribuito il merito di aver indicato un potenziale itinerario per l'elaborazione di un moderno statuto delle nullità di protezione.

## *2. Linee di sviluppo del paradigma dell'operatività a vantaggio della nullità parziale di protezione. Caducazione, integrazione "dissuasiva" e interesse della parte protetta.*

Una siffatta caratterizzazione funzionale della disciplina delle nullità di protezione potrebbe, a un primo sguardo, risultare coerente con la funzione deterrente, "dissuasiva", che la Corte di Giustizia UE ha impresso – sulla scorta dell'art. 7 della direttiva 93/13 - alla post-vessatorietà, vale a dire alle conseguenze dell'effetto caducatorio della nullità di protezione<sup>15</sup>.

---

ss.; U. BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, Ist. Treccani, Roma, 4.

<sup>13</sup> Sull'irripetibilità prevista dall'art. 2035 c.c., si v. D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Giuffrè, 1999, 121; S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità delle prestazioni "ob turpem causam" nel sistema del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 726; D. CARUSI, *La rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 345. In ragione di suggestioni ricavate dal dato comparatistico (cfr. ad es. art. VII.– 6:103 DCFR), propone il superamento dell'art. 2035 c.c. e l'applicazione di una regola di irripetibilità basata sulle circostanze del caso concreto: F.P. PATTI, "In pari causa turpitudinis", *cinquant'anni dopo*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, II, ES, 2018, 1554.

<sup>14</sup> Cfr. AN. DALMARTELLO, *L'uso selettivo della nullità nei contratti di intermediazione finanziaria al vaglio delle sezioni unite*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di Granelli, Giuffrè, 2019, 446 ss.; in senso opposto v. A. IULIANI, *op. cit.*, 274 ss. Cfr., inoltre, per una diversa prospettiva B. DE PAOLA, *La nullità selettiva nel contesto dell'intermediazione finanziaria. Tra statuto generale delle nullità di protezione e fattispecie gestoria*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2022, 465 ss.

<sup>15</sup> La funzione deterrente della disciplina delle clausole abusive è rimarcata in più occasioni dalla Corte del Lussemburgo: v. ad es. Corte Giust. UE, 21.12.2016, cause

L'esame delle decisioni della Corte costringe a confrontarsi con una ricostruzione non lineare, ma pur sempre chiara nell'identificazione del paradigma funzionale<sup>16</sup>. Con riferimento alle clausole normative non principali, i giudici del Lussemburgo vietano al giudice nazionale di colmare il vuoto conseguente al venir meno della clausola abusiva con clausole generali e diritto dispositivo<sup>17</sup>. Tale conclusione si giustifica se si considera che un regolamento contrattuale mutilato della clausola vessatoria costituisce per il professionista uno svantaggio talmente significativo, da determinare nel medesimo professionista un robusto incentivo *ex ante* a escludere la clausola abusiva in sede di predisposizione del regolamento<sup>18</sup>.

---

riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, punto 60; Corte Giust UE, 14.6.2012, C-618/10, punto 68 ss., disponibili sul sito curia.europa.eu.

<sup>16</sup> La giurisprudenza della Corte, non sempre di facile lettura, è oggetto di pregevoli tentativi di razionalizzazione: cfr. soprattutto S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 561; v. anche M. DELLA CASA, «Clausola abusiva...e poi?» *Integrazione e nullità del contratto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Accademia*, 2023, 25 ss.; P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità "nude" e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, in *Giust. civ.*, 2020, 713 ss.; F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2017, 55 ss.; M. D'ONOFRIO, *Nullità di clausole abusive, interpretazione e (limitato) ruolo del giudice in sede di integrazione contrattuale nella giurisprudenza della corte di Lussemburgo*, in *Jus civile*, 2022, 944 ss. Cfr., inoltre, per una sintesi di sistema, distinguendo opportunamente tra l'integrazione nella parte generale del contratto e nella contrattazione asimmetrica A. D'ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., Tematici*, Giuffrè, 2021, 626 ss.

<sup>17</sup> Sui limiti all'integrazione del contratto, conseguente alla nullità parziale di protezione: v. Corte Giust. UE, 21.1.2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, in questa *Rivista*, 2015, I, 417 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*. V. però M. DELLA CASA, *op. cit.*, 50, il quale sostiene che la Corte non precluda l'operatività dell'integrazione dispositiva anche nell'ipotesi di clausole non essenziali. In questo senso, v. anche ABF, Collegio di Coordinamento, 24 giugno 2014, n. 3955, in *Contratti*, 2015, 257, con nota di COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte UE, Corte Costituzionale e Cassazione*.

<sup>18</sup> V. ad es. CGUE, 27 gennaio 2021, Dexia Nederland, C-229/19 e C-289/19, punto 64. Rimarca il nesso tra rimedio demolitorio e controllo sull'attività d'impresa, e segnatamente, sulla predisposizione dei "prodotti contrattuali" A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica

La vessatorietà di clausole principali, viceversa, può determinare, secondo la Corte – a partire da Kasler<sup>19</sup> –, l’integrazione dispositiva, ma solo nella misura in cui essa risulti favorevole al consumatore.

La sfiducia verso l’integrazione giudiziale della lacuna conseguente alla vessatorietà della clausola principale costringe la Corte a una nutrita (e alquanto contorta) serie di precisazioni, vuoi ammettendo la facoltà di scelta del consumatore rispetto all’alternativa mantenimento della clausola principale, declaratoria di nullità della clausola e sua integrazione (con norma dispositiva) e nullità totale del contratto<sup>20</sup>;

---

*costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in questa Rivista, 2020, I, 93, il quale distingue tra questo profilo e quello, sovente sottolineato in dottrina, del riequilibrio del singolo rapporto contrattuale. Prospettive (general preventiva e di riequilibrio) da coordinare nella lettura di P. IAMICELI, op. cit., 721, secondo la quale è solo la nullità parziale a costituire al tempo stesso rimedio dissuasivo e proporzionato.*

<sup>19</sup> CGUE, 30 aprile 2014, C-26/13, Kasler, punti 80-84 (pubblicata in *Contratti*, 2014, 853 ss., con commento di S. PAGLIANTINI, *L’equilibrio soggettivo dello scambio (e l’integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale e ABF: “il mondo di ieri o un trompe l’oeil concettuale?”*; v. anche A. D’ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2014). Per una lettura restrittiva della preclusione all’integrazione dispositiva in relazione alla vessatorietà di clausole non essenziali v. M. DELLA CASA, op. cit., 67. V. però CGUE, 8 settembre 2022, DPB, C-80-82/21, punti 67,68; CGUE, 27 gennaio 2021, Dexia Nederland, C-229/19 e C-289/19, punti 66, 67.

<sup>20</sup> CGUE, 8 settembre 2022, DPB, C-80-82/21, punti 73, 83; CGUE, 2 settembre 2021, OTP Jelzálogbank, C-932/19, punto 50; CGUE 3 ottobre 2019, C-260/18, Dziubak, in *Foro It.*, 2020, IV, 22 ss., con nota di A. PALMIERI, *Il ruolo trainante della Corte di Giustizia nella messa in opera della disciplina sulle clausole abusive. Spunti dal caso ‘Dziubak’ e dintorni*; CGUE, 15 marzo 2012, Pereničová e Perenič, C-453/10, punto 35 Cfr., inoltre, P. IAMICELI, op. cit., 725, la quale individua nel diritto a un rimedio effettivo la *ratio decidendi* della decisione. Considerazioni critiche, probabilmente troppo severe, su questa sentenza in F. ESPOSITO, *‘Dziubak’ is a fundamentally wrong decision: superficial reasoning, disrespectful of national courts, lowers the level of consumer protection*, in *European Review of Contract Law*, 2020, 538 ss. La facoltà di scelta individuata in Dziubak (ove è attribuito al giudice il dovere di sottoporre al consumatore, informandolo adeguatamente sulle conseguenze, delle due possibili opzioni: caducazione della clausola e sua sostituzione con norma dispositiva v. nullità dell’intero contratto) non è ammessa nell’ordinamento ungherese ove, nello specifico contesto dei mutui indicizzati in valuta estera, il legislatore è intervenuto con una sostituzione imperativa della clausola abusiva con altra clausola non affetta da squilibrio: v. CGUE 2 settembre 2021, OTP Jelzálogbank, C-932/19, commentata da F. PISTELLI, *Scelta del rimedio e sua convenienza: il caso dei finanziamenti in valuta straniera ai consumatori*, in *Jus civile*, 2022, 1060 ss.

vuoi affidandosi fideisticamente a una trattativa individuale tra le parti quale strumento per rimuovere lo squilibrio contrattuale<sup>21</sup>. L'obiettivo sembra essere scongiurare l'effetto sconveniente per il consumatore della nullità totale del contratto, consistente nella perdita del bene/servizio, ovvero nell'effetto restitutorio conseguente all'invalidità. Non vi è (ancora) nella giurisprudenza della Corte una espressa presa di posizione riguardo alla regola di irripetibilità unilaterale; né, conseguentemente, alla facoltà del consumatore di (addirittura) preferire la nullità totale, rispetto a quella parziale, là dove operi un'integrazione dispositiva sufficientemente vantaggiosa.

### 3. *Statuto della nullità totale di protezione: irripetibilità di protezione?*

Si potrebbe, pertanto, superficialmente concludere che è proprio l'effetto dissuasivo della nullità, proclamato dalla giurisprudenza europea, a giustificare l'impostazione delle sezioni unite della Cassazione con riferimento all'irripetibilità unilaterale. Il vettore di protezione impresso alla disciplina della nullità rifluirebbe su quella delle restituzioni, addirittura impedendo al professionista l'esercizio dell'azione restitutoria. È difficile negare l'effetto dissuasivo di una simile disciplina, ma non pare che questo esito ermeneutico sia coerente e nemmeno desiderabile<sup>22</sup>.

Che sia la stessa Corte di Cassazione a nutrire qualche dubbio sulla bontà della soluzione individuata traspare dalla stessa decisione richiamata, nella quale all'affermazione dell'irripetibilità unilaterale segue il riconoscimento alla buona fede di un inedito ruolo equitativo di correzione dell'effetto sproporzionato, ultracompensativo, del rimedio<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> CGUE, 25 novembre 2020, C-269/19, Banca B., in *Foro It.*, 2021, IV, 288 ss., con nota di S. PAGLIANTINI- A. PALMIERI, *Il post-vessatorietà come una 'Baustelle im Dunkeln'*?

<sup>22</sup> Critico al riguardo S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione*, cit., 4.

<sup>23</sup> Critico sull'impostazione della questione attraverso il "binomio nullità di protezione/exceptio doli generalis", là dove l'*exceptio* sia diretta a paralizzare l'effetto demolitorio: S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva? Occhio ai concetti*, in *Atti del seminario tenuto presso la Corte di Cassazione 13 febbraio 2019*, 1 (disponibile su [https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/relazione\\_Pagliantini\\_con\\_copertina.pdf](https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/relazione_Pagliantini_con_copertina.pdf)); il medesimo A. ritiene, viceversa, più equilibrato l'orientamento di Cass. ss.uu. n.

Se, per un verso, è difficile negare l'effetto deterrente della regola di irripetibilità unilaterale, è, per l'altro, altrettanto arduo trascurare l'evidente sproporzione dell'effetto sanzionatorio di una simile regola, che risulta distonica anche nel sistema dei rimedi contrattuali di fonte europea, ove pure all'opportunità rimediale della parte protetta è riservato un ruolo crescente<sup>24</sup>.

È, invero, sufficiente rimarcare che, nel contesto degli investimenti finanziari, l'operatività di una regola di irripetibilità unilaterale implicherebbe non solo che, nell'ambito di servizi di investimento regolati dal medesimo contratto quadro, l'investitore possa selezionare a suo piacimento le operazioni di investimento con esito negativo, come affermato dalle sezioni unite. L'irripetibilità comporterebbe più radicalmente che l'investitore non sia mai tenuto a restituire i titoli acquistati (ovvero il denaro ricevuto in caso di vendita), con l'assurdo risultato di consentire alla parte protetta di impugnare anche le operazioni che hanno avuto esito positivo, pretendendo la restituzione del denaro investito o dei titoli disinvestiti, senza che l'intermediario possa chiedere alcunché<sup>25</sup>.

---

28314/2019, ove alla buona fede è attribuito il ruolo di ridurre (o azzerare) la pretesa della parte protetta "opportunista" S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale*, cit., 171. Per una valorizzazione della buona fede quale strumento di correzione della rigidità delle obbligazioni restitutorie conseguenti alla nullità (art. 1422 c.c.): v. G. VETTORI, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, in *Persona e mercato*, 2019, 29. Cfr. in senso critico G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, cit., 262 ss.

<sup>24</sup> V., in tema di recesso-rimedio del consumatore (ossia conseguente alla omessa informazione da parte del professionista) (che, testualmente, l'art. 9 della *Consumer Rights Directive* n. 2011/83/UE attribuisce al consumatore "senza costi"): AN. DALMARTELLO, *La tutela del consumatore quale strumento di regolazione del mercato. Il caso del recesso (ius poenitendi)*, in *Accademia*, 2023, 723 ss. Cfr. CGUE, 17 maggio 2023, HJ, C-97/22, punto 34, la quale espressamente esclude l'operatività del principio di ingiustificato arricchimento e, di conseguenza, eventuali obblighi del consumatore che eserciti la facoltà di recedere. Rimarca la natura extracompensativa e premiale della nullità di protezione secondo il canone della Corte di Giustizia: S. PAGLIANTINI, *Due anni (e quattro sentenze) dopo: la nullità selettiva nel prisma dell'attività*, in *Foro It.*, 2021, I, 2333.

<sup>25</sup> Pur condividendo la regola di irripetibilità unilaterale elaborata da Cass. ss. uu., n. 28314/2019, nega che la preclusione dell'azione di ripetizione possa riguardare le attribuzioni patrimoniali conseguenti a ordini di investimento impugnati dall'investitore sul presupposto della nullità del contratto quadro amorfo ex art. 23 t.u.f.: G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. "selettivo" della nullità di protezione*, in *Nuovo*

Ma le ragioni che militano contro l'ipotesi di restituzioni unilaterali non sono solo apagogiche.

A ben guardare ci sono seri argomenti sistematici che inducono a escludere la fondatezza di questa ricostruzione dello statuto della nullità totale di protezione<sup>26</sup>.

In primo luogo, la restituzione unilaterale è esclusa per legge nel contesto dei contratti di credito. L'art. 125 *bis* t.u.b. stabilisce espressamente che “*In caso di nullità del contratto, il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili*”. Occorrerà tornare sulla seconda parte della norma: per il momento, è sufficiente rimarcare che non vi è dubbio che la nullità del contratto di credito determina l'obbligo del mutuatario di restituire il capitale ricevuto<sup>27</sup>. Una regola siffatta si applica anche nel pur differente contesto dell'usura ove,

---

*diritto civile*, 2020, 16. Conclusione quest'ultima che non può non essere condivisa, ma che non pare del tutto coerente con la regola di irripetibilità unilaterale elaborata dalla Cassazione: non è chiaro, in altri termini, quale sia il criterio che consente con certezza di escludere l'ammissibilità della pretesa restitutoria della parte non protetta. Del resto, è lo stesso A. a chiarire che tale criterio non va individuato nella disciplina dell'azione restitutoria, bensì nell'individuazione del perimetro delle operazioni negoziali oggetto di richiesta di caducazione.

<sup>26</sup> V. anche G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, cit., 267, il quale ritiene che “la ragione sulla quale si fond[a] la richiesta di restituzione è estranea alla *causa petendi*”, costituendo tale richiesta “una tutela rigorosamente oggettiva, di reazione dell'ordinamento ad uno spostamento patrimoniale ingiustificato”. L'A. mette in evidenza il fatto che non sia prevista l'irripetibilità unilaterale in casi di invalidità, pacificamente riconducibili alla tutela dell'interesse di una delle parti (es. rescissione, annullabilità); A. IULIANI, *op. cit.*, 278, il quale rimarca l'assenza di una disciplina speciale relativa agli effetti della nullità, con conseguente applicazione di quella generale.

<sup>27</sup> Del resto, è frequente l'osservazione secondo la quale la disciplina dell'indebito si applicherebbe anche alle attribuzioni non solutorie non giustificate da un'ideale causa (dunque anche al venir meno della causa dell'attribuzione nei contratti restitutori): v. E. MOSCATI, *op. cit.*, 156.



ancora una volta è la legge (art. 1815 c.c.)<sup>28</sup> a riconoscere senza incertezze la restituzione del capitale al finanziatore usurario<sup>29</sup>.

Nei contratti di fornitura di beni o servizi, è significativa la disciplina del recesso: istituito sì diverso dalla nullità, ma ad essa funzionalmente simile in prospettiva rimediabile, tanto da essere stato autorevolmente accostato alla nullità<sup>30</sup>. Accostamento fondato quando il recesso costituisca – alla stregua della nullità – reazione a una lesione di un interesse del consumatore (*i.e.* quello di essere adeguatamente informato circa la facoltà di recedere)<sup>31</sup>.

L'art. 57 cod. cons. non mette in dubbio che, in caso di recesso, il consumatore sia tenuto a restituire la cosa ricevuta. La norma precisa altresì, superando la giurisprudenza Messner<sup>32</sup> della Corte di Giustizia, che buona fede e arricchimento ingiustificato non impongono al

---

<sup>28</sup> E del resto la realtà del mutuo determina il fuoriuscire dal campo di applicazione dell'art. 2035 c.c. della consegna del denaro da parte del mutuante: v. S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 733; per rilievi critici su questo argomento D. CARUSI, *La rilevanza*, cit., 358, il quale rileva che la realtà non è idonea a escludere un rilievo regolamentare della fase di attuazione del contratto reale: per l'A. la ripetibilità dipenderebbe dalla ratio dell'art. 2035 c.c. tesa a reprimere un abuso nella pretesa restitutoria, in tal caso assente.

<sup>29</sup> Sulla disciplina degli interessi usurari: v. F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in *Gli interessi usurari*, Giappichelli, 2015, 155; E. QUADRI, *Usura (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XXXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1999, 1; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 356 ss.; G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 534.

<sup>30</sup> V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 489 ss. (e in *Il contratto in trasformazione*, Giuffrè, 2011, 172 ss., dal quale si cita) 173 ss.; seguito da F. RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 545 ss. In senso contrario v., però, S. PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 280.

<sup>31</sup> A tale riguardo, v. AN. DALMARTELLO, *La tutela del consumatore*, cit., 723 ss.; ID., *Il recesso del consumatore come rimedio nel canone della Corte di Giustizia UE tra regolazione del mercato e "opportunismo" della parte protetta*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2023, 1 ss.

<sup>32</sup> CGUE, 3 settembre 2009, C-489/07. Riguardo al sindacato di buona fede sull'esercizio delle prerogative della parte debole (recesso) nell'ambito della disciplina europea sulla contrattazione a distanza tra professionisti e consumatori: S. PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 295 ss.

consumatore alcun sacrificio economico nel caso di deterioramento del bene, sempre che del bene non sia stato fatto un uso eccessivo<sup>33</sup>.

È solo apparentemente distonico il caso della prestazione di servizi, ove la restituzione di quanto ricevuto non è attuabile, e, pertanto, la legge impone al consumatore di versare al professionista un'indennità proporzionale all'attività prestata dal professionista, a condizione che quest'ultimo lo abbia informato della facoltà di recedere e, ciononostante, il consumatore abbia preferito ottenere immediatamente la prestazione del servizio (v. art. 57, comma 3, cod. cons. e art. 67-terdecies cod. cons.).

Se ne può ricavare una indicazione ermeneutica nel senso dell'esclusione dal sistema di protezione del consumatore dell'irripetibilità unilaterale, fatta eccezione per l'eventuale pretesa restitutoria del professionista che non abbia ad oggetto una *res*, bensì la prestazione di un *facere* (v. *infra*).

Più al vertice, si può concludere che nel diritto privato regolatorio europeo non vi è – almeno in via tendenziale<sup>34</sup> - spazio per misure rimediale ultracompenso, là dove non vi siano specifiche ragioni che giustificano il riconoscimento dell'opportunità rimediale della parte protetta. Del resto, tali misure non sarebbero coerenti con il principio di equivalenza e di effettività espressamente richiamati dalla Corte di Giustizia nel caso Genil del 2013<sup>35</sup>. Si possono individuare tre ulteriori ipotesi in cui tali rimedi non sono ammessi: *a*) l'art. 69.2 della direttiva MIFD 2 (2014/65/UE), si riferisce testualmente a rimedi "correttivi" oltre al risarcimento del danno; *b*) la direttiva sul danno antitrust esclude espressamente che i diritti nazionali possano prevedere questo genere di rimedi (art. 3.3 Dir. 2014/104/UE)<sup>36</sup>; *c*) Infine, l'art. 11*bis*, della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (2005/29/CE),

---

<sup>33</sup> V. S. PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 281 ss. Cfr., inoltre, AN. DALMARTELLO, *La tutela del consumatore*, cit., 725.

<sup>34</sup> Esclude la restituzione di una prestazione di *facere*, in relazione all'esercizio del recesso-rimedio: CGUE, 17 maggio 2023, C-97/22, HJ, punto 34.

<sup>35</sup> Indica gli obiettivi dell'effettività e dell'equivalenza in relazione ai rimedi previsti dai legislatori nazionali per la violazione delle regole in materia di prestazioni di servizi di investimento: Corte Giust. UE, 30.5.2013, C-604/11, § 58. Sul caso Genil e sulle interferenze del diritto europeo sui rimedi privatistici nella prestazione dei servizi di investimento: v. D. BUSH, *The private law effect of MiFID: the Genil case and beyond*, in *European Review of Contract Law*, 2017, 70 ss.

<sup>36</sup> Cfr. A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, Cedam, 2019, 50 ss.

recentemente introdotto dalla direttiva *omnibus*, richiede che i rimedi per la violazione del divieto, diversi dal risarcimento del danno, siano “proporzionati ed effettivi”<sup>37</sup>.

Una conferma di questa impostazione emerge, poi, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>38</sup> che, là dove sia vessatoria una clausola principale, riconosce che la propagazione della nullità dalla clausola abusiva all’intero contratto possa essere svantaggiosa per il cliente (e dunque richiedere un’integrazione dispositiva “correttiva”), in quanto opererebbero restituzioni bilaterali tra le parti.

E, del resto, anche quando l’irripetibilità unilaterale è espressamente prevista dal legislatore essa non risponde (solo) alla logica della dissuasione della parte forte.

L’art. 167, comma 2, del codice delle assicurazioni private (in termini analoghi art. 67 *septiesdecies* cod. cons.), che consente all’assicurato di trattenere l’indennizzo ricevuto dall’assicuratore non autorizzato dall’IVASS, riveste la duplice funzione di sanzionare l’impresa abusiva e –in una logica strettamente legata alle peculiarità dell’operazione assicurativa - di evitare che il consumatore debba sostenere la perdita patrimoniale generata dal sinistro, già coperta dall’indennità versata dall’assicuratore abusivo. È, in definitiva, la stessa tecnica assicurativa (versamento del premio a fronte del trasferimento del rischio) ad imporre la regola di irripetibilità, poiché se l’assicuratore fosse legittimato a ottenere la restituzione dell’indennizzo l’azione di nullità resterebbe lettera morta ogniquale volta sinistro abbia avuto luogo<sup>39</sup>.

Parimenti l’art. 2035 c.c., che pure qualche voce dottrinale propone di estendere oltre il confine dell’immoralità<sup>40</sup>, non costituisce una giustificazione sistematica della irripetibilità unilaterale,

---

<sup>37</sup> La direttiva è stata attuata con la novella all’art. 27, comma 15-bis, cod. cons. che consente al consumatore, vittima di una pratica commerciale scorretta, di ottenere il risarcimento del danno, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

<sup>38</sup> CGUE 3 ottobre 2019, Dziubak, C-260/18, punto 50; CGUE, 30 aprile 2014, C-26/13, Kasler, punto 84; CGUE, 25 novembre 2020, C-269/19, Banca B., punto 44; CGUE, 31 marzo 2022, Lombard Lizing, C-472/20, punto 59.

<sup>39</sup> Cfr. G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, cit., 269; A. IULIANI, *op. cit.*, 279; A. MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, in *Nuova giur. comm.*, 2012, 338 ss.

<sup>40</sup> V. ad es. F.P. PATTI, “In pari causa turpitudinis”, *cinquant’anni dopo*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, II, ES, 2018, 1554.

rappresentando piuttosto un presidio per il contenimento dell'abusivismo nelle attività economiche riservate o di conclamate ipotesi di "rapacità economica"<sup>41</sup>.

Non pare corretto, in una prospettiva funzionale, assimilare l'obiettivo della nullità di protezione a quello perseguito dall'art. 2035 c.c., ove è in sé il contenuto del contratto e, in specie, dell'operazione economica a essere immorale e, pertanto, a essere scoraggiato a dispetto degli interessi di entrambe le parti<sup>42</sup>. Detto altrimenti, l'obiettivo dell'irripetibilità prevista dall'art. 2035 c.c. è diminuire il livello complessivo di attività immorale/illecita.

Viceversa, le nullità di protezione hanno il diverso scopo di conformare l'attività di immissione sul mercato del prodotto contrattuale attraverso una strategia regolatoria tesa a riequilibrare la posizione di asimmetria sul mercato, così incentivando la dinamica concorrenziale, da un lato, e, dall'altro, la giustizia inclusiva per il consumatore<sup>43</sup>. In questi casi, a dispetto di una contrattazione non conforme al modello regolatorio (es. assenza di forma scritta, mancanza requisiti di forma contenuto, assenza di trasparenza, contenuto normativo squilibrato vessatorio), l'operazione economica è

---

<sup>41</sup> V., la pur controversa, Cass., 5 agosto 2020, n. 16706, in *Giur. comm.*, 2021, II, 528 ss., con nota di M. MARTINO, *Soluti retentio ex art. 2035 c.c. e finanziamento all'impresa in crisi in danno ai creditori*.

<sup>42</sup> G. VILLA, *Contratto illecito e irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, 32; J. KOSTRITSKY, *Illegal contracts and efficient deterrence: a study in modern contract theory*, 74 *Iowa L. Rev.* 115 (1988); E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, 2010, 241 ss. Più articolata la posizione di D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 503, il quale precisa che l'art. 2035 c.c. non sarebbe teso a disincentivare il negozio immorale, bensì la vicenda successiva consistente nell'impugnazione strumentale di esso, da parte di chi lo abbia eseguito spontaneamente; al riguardo, per osservazioni critiche sugli autori citati in precedenza, S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 701 ss. e 721 nt. 84. Cfr. inoltre, F.P. PATTI, *op. cit.*, 1545 ss.

<sup>43</sup> Cfr. l'articolata elaborazione dell'evoluzione dei concetti di giustizia nel diritto privato europeo di H. MICKLITZ, *The politics of justice in european private law*, Cambridge University Press, 2018, 276 ss.; e, in Italia, si v. in particolare, E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, 265 ss. Rileva un potenziale conflitto tra le due finalità segnalate nel testo (giustizia inclusiva e conformazione del mercato): S. PAGLIANTINI, *Un giro di orizzonte*, cit., 42.

perfettamente lecita e l'obiettivo del legislatore è dilatare il volume di attività "conformata" non certo scoraggiarla.

In definitiva, l'incentivo *ex ante*, in capo al professionista, ad adeguarsi alla regolamentazione di mercato non è disinnescato dalla sussistenza di restituzioni bilaterali, là dove queste impediscano al professionista di conseguire il surplus contrattuale, il profitto sperato<sup>44</sup> (v. *infra* n. 4).

In questa prospettiva, va rimarcato che non è affatto indesiderabile che la nullità totale di protezione sia in concreto invocata solo allorquando gli effetti restitutori diano luogo a un saldo favorevole. Se è vero che, nel caso di saldo sfavorevole per la parte protetta, viene meno l'interesse di quest'ultima a impugnare il contratto, è altrettanto ragionevole ritenere che, in assenza di un pregiudizio economico-patrimoniale in capo al consumatore, questi non impugni il contratto, in coerenza con l'assetto tipicamente rimediabile della nullità di protezione.

Né può essere valorizzata quale giustificazione della irripetibilità unilaterale la clausola generale di buona fede, alla quale dovrebbe essere precluso operare, al di fuori dei peculiari confini personalistici

---

<sup>44</sup> In senso contrario, v. T. FEBBRAJO, *Uso selettivo della nullità di protezione tra buona fede e principi rimediali di effettività, proporzionalità e dissuasività*, in *Persona e mercato*, 2021, 356 ss., il quale ritiene la regola di irripetibilità unilaterale necessaria per dare congrua attuazione al principio di dissuasività del rimedio.

dell'inesigibilità<sup>45</sup>, quale strumento idoneo a paralizzare le pretese restitutorie conseguenti alla nullità di un contratto<sup>46</sup>.

#### 4. Statuti della ripetizione dell'indebito "di protezione".

La tendenziale (v. infra) esclusione dal paradigma normativo dell'operatività a vantaggio della nullità di protezione di una regola di irripetibilità unilaterale, non implica respingere che un siffatto paradigma possa riflettersi sulla concreta disciplina del rimedio e, dunque, su accessori e tempi dell'obbligo restitutorio.

Da quest'angolo visuale, sembra doveroso valorizzare quell'impostazione dottrinale che ha convincentemente dimostrato che gli effetti restitutori non costituiscono un accidente isolato dalla previsione di nullità, bensì rappresentano un elemento importante del suo statuto<sup>47</sup>. Si parla al riguardo di rimedio primario (l'invalidità) e rimedio secondario (le restituzioni), predicando una necessaria coerenza del secondo, rispetto alla funzione del primo.

Poiché l'irripetibilità unilaterale determina – specie nei contratti bancari e finanziari - un inaccettabile e sproporzionato eccesso di deterrenza, è opportuno chiedersi se un risultato più equilibrato possa

---

<sup>45</sup> Pur nella diversità di prospettive v. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 1086 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, *Situazioni soggettive*, IV ed., ESI, 2021, 239 ss. e, per un quadro, F. PIRAINO, *La buona fede oggettiva*, Giappichelli, 2015, 447 ss. Di recente, per un'interessante applicazione pratica: Corte Cost., 27 gennaio 2023, n. 8, ove l'inesigibilità della pretesa restitutoria è giustificata dall'affidamento della controparte dell'ente previdenziale sull'efficacia della prestazione indebita. Nella *law of restitution* dei paesi di *common law* una analoga linea argomentativa si legge nei casi in cui è accolta la c.d. *change of position defence*, quale limite alla pretesa restitutoria per *unjust enrichment*, giustificata dall'iniquità dell'imposizione sull'*accipiens* dell'obbligo restitutorio a fronte di un venir meno dell'arricchimento nella sfera patrimoniale di quest'ultimo. Al riguardo, cfr. G. VIRGO, *Principles of the law of restitution*, III ed., OUP, 2015, 678 ss., il quale sottolinea la vaghezza delle regole indicate dal *case law* al riguardo; e, per un parallelismo con l'ordinamento italiano, v. ora, J.D. MC CAMUS-F. DELFINI, *Ineffective contracts, restitution and the change of position defence. About a recent decision rendered by the High Court of Justice of London*, in *Milan L.R.*, 2023, 24 ss., i quali individuano piuttosto nell'art. 1328 c.c. fondamento analogo a quello della *Change of Position Defence*.

<sup>46</sup> In senso contrario, v. però, G. VETTORI, *op. cit.*, 29.

<sup>47</sup> E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, 2010, 228 ss. e 471 ss.

essere raggiunto attraverso una diversa modulazione dell'obbligo restitutorio.

A tal proposito, sembra che vi sia un'interessante convergenza funzionale tra paradigma dell'operatività a vantaggio della nullità e regole generali che presidiano le obbligazioni restitutorie, le quali, a ben guardare, distribuiscono in modo non omogeneo i rischi tipici conseguenti al venire ad esistenza dell'obbligo (o degli obblighi) di restituzione<sup>48</sup>.

Nel campo di operatività delle nullità di protezione, caratterizzate dall'asimmetria di posizioni tra i contraenti, possono ritenersi meno gravi i problemi, da tempo segnalati in dottrina, derivanti dall'applicazione, in un contesto sinallagmatico, di una disciplina concepita con riferimento a prestazioni isolate<sup>49</sup>. In caso di contratto bilateralmente eseguito, considerata l'asimmetria di posizioni dei contraenti tenuti alle restituzioni, non sarebbe coerente individuare – proprio in virtù dell'indicazione normativa ricavabile dall'operatività a vantaggio dell'invalidità (e quindi dei suoi effetti) – un nesso di reciprocità tra le prestazioni oggetto di ripetizione<sup>50</sup>.

In questa direzione, pare emblematica l'ipotesi della restituzione della prestazione pecuniaria nei mutui ipotecari, oggetto di una recente decisione della Corte di Giustizia, che ha tratteggiato i connotati che le obbligazioni restitutorie devono avere nel caso in cui l'invalidità consegua all'applicazione della direttiva 93/13/CEE<sup>51</sup>. La Corte ha escluso che l'istituto di credito possa ottenere dal consumatore somme ulteriori rispetto al capitale versato (importo dal quale andrà sottratto l'importo pagato dal consumatore in esecuzione del piano di ammortamento). Pertanto, il consumatore non è tenuto a riconoscere al

---

<sup>48</sup> Esclude un nesso tra operatività a vantaggio e disciplina della ripetizione dell'indebito A. IULIANI, *op. cit.*, 278, il quale ritiene che la disciplina dell'indebito sia “neutrale”.

<sup>49</sup> E. BARGELLI, *op. cit.*, 120 ss.

<sup>50</sup> Cfr. AN. DALMARTELLO, *Private placement*, cit., 234. Un nesso sinallagmatico tra obblighi restitutori è viceversa ritenuto operante in relazione a contratti invalidi (non asimmetrici) da E. BARGELLI, *op. cit.*, 300 ss.

<sup>51</sup> Al riguardo, una autorevole prospettiva critica (sia per gli effetti sistemici sul sistema bancario polacco, sia per l'incoerenza sistematica – sulla quale v. però infra – della soluzione) si legge in S. GRUNDMANN- N. BADENHOOP, *Foreign Currency Loans and the Foundations of European Contract Law – A Case for Financial and Contractual Crisis?*, in *European Review of Contract Law*, 2023, 17 ss.

professionista interessi legali, altre forme di remunerazione del denaro o di compensazione dalla svalutazione del denaro, né tantomeno indennità paramtrate al valore di prestazione di servizi collegati all'erogazione del mutuo<sup>52</sup>. A giustificare tale conclusione, oltre agli obiettivi di *policy* sottesi alla direttiva, è, ad avviso della Corte, il principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*: non potendo ammettersi che il professionista possa trarre (benché minimi) vantaggi dallo sfruttamento della posizione di potere che lo caratterizza<sup>53</sup>.

Una siffatta regola è coerente con una possibile lettura degli obblighi restitutori previsti dal codice civile<sup>54</sup>: non è revocabile in dubbio che l'art. 2033 c.c. sia, per l'*accipiens* di buona fede (e tale non può che essere considerato il consumatore), una norma di favore, giacché oggetto dell'obbligo restitutorio è solo ciò che il *solvens* ha trasferito e, pertanto, nel caso del mutuo, la somma effettivamente erogata dalla banca al mutuatario. Questi non è tenuto a restituire al *solvens* i frutti, naturalmente prodotti dal denaro, né deve farsi carico dell'eventuale perdita del potere di acquisto dei pezzi monetari<sup>55</sup>. Dunque, svalutazione e fruttuosità sono fuori dal perimetro dei rischi che la

---

<sup>52</sup> CGUE, 15 giugno 2023, Bank Millenium, C-520/21, punti 75 ss. In termini critici, su questa decisione, V. F. GÓMEZ POMAR- S. CANUDAS PERARNAU, *Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 2023 (Bank M.): nulidad total del contrato por causa de abusividad de una cláusula y restricciones a las pretensiones del prestamista que exceden de la reintegración del nominal prestado*, in *Indret*, 2023, 652 ss., i quali ritengono che la sentenza abbia del tutto omesso di considerare la scarsa efficacia ripristinatoria dell'obbligo restitutorio parametrato al solo valore nominale del capitale, in relazione a contratti di finanziamento che hanno avuto un'esecuzione pluriennale.

<sup>53</sup> Sulla problematica efficacia normativa di questo principio: v. S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 698 e 724, il quale ritiene che esso sia confluito (anche) nel dispositivo dell'art. 2035 c.c. (cfr. anche M. MARTINO, *op. cit.*, 538). Per una diversa ricostruzione: D. CARUSI, *La rilevanza*, *cit.*, 351.

<sup>54</sup> Oltre che con gli obiettivi di giustizia inclusiva, che, secondo alcuni, connotano il diritto privato europeo: v. ad es. E. NAVARRETTA, *op. cit.*, 267 ss.

<sup>55</sup> Al riguardo v. P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 36; E. MOSCATI, *op. cit.*, 242 ss. Ritiene questa conseguenza non proporzionata e ipotizza l'applicazione analogica dell'art. 125-bis, comma 7, t.u.b., ove sono previsti tassi legali sostitutivi del carico economico nullo, P. IAMICELI, *op. cit.*, 727. Cfr. altresì E. BARGELLI, *op. cit.*, 323, la quale considera una siffatta regola, là dove "l'esecuzione [della prestazione indebita] è avvenuta alla luce di un negozio (...) inefficace": in questo caso, l'*accipiens* sarebbe "tenuto a restituire i frutti che sono effettivamente derivati dalla naturale produttività del bene ricevuto".



disciplina delle obbligazioni restitutorie alloca sull'*accipiens*. Letta in questo senso, la scelta del legislatore del 1942 appare perfettamente coerente con l'impostazione consumeristica del diritto europeo<sup>56</sup>. E ciò, non tanto nell'ottica compensativa, riconosciuta dall'art. 6 della direttiva 93/13, quanto nell'ottica dissuasiva, esplicitata dall'art. 7 della medesima direttiva<sup>57</sup>.

Sempre in questa direzione potrebbe essere valorizzato quanto emerge da un altro recente arresto della Corte di Giustizia, nel quale si legge che, in caso di nullità totale di un finanziamento, il giudice nazionale deve adottare «tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose» della nullità totale<sup>58</sup>. Indicazione che, nella prospettiva interna, potrebbe suggerire di valorizzare, quale corollario del paradigma dell'operatività a vantaggio della nullità, il disposto (non più eccezionale nel contesto regolatorio) dell'art. 125-*bis*, comma 9, t.u.b., ove è previsto che, in caso di nullità del contratto di credito al consumo, il mutuatario-consumatore «ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili».

Per contro, la segnalata impostazione funzionale non dà spazio all'applicazione della clausola generale dell'arricchimento ingiustificato, quale strumento per riconoscere all'istituto di credito somme ulteriori, rispetto alla nuda restituzione del capitale<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> In senso critico, reputano contrario al principio generale di buona fede che il consumatore possa conseguire profitti inattesi (*windfall profits*) S. GRUNDMANN - N. BADENHOOP, *op. cit.*, 21.

<sup>57</sup> Svalutano questa indicazione, S. GRUNDMANN - N. BADENHOOP, *op. cit.*, 18 ss., là dove includono tra i principi fondanti il diritto contrattuale europeo, l'autonomia contrattuale e l'equivalenza tra professionista e consumatore, sia pure «assistito» dal riequilibrio operato dalla disciplina speciale. Da tali principi, emergerebbe altresì l'ulteriore indicazione circa l'assenza di «penalizzazioni» per il professionista. Si tratta, invero, di un'inferenza forzata, in quanto è proprio dall'art. 7 della direttiva 93/13/CEE che possono essere tratte indicazioni circa la necessità di individuare conseguenze, anche privatistiche, tali da indurre il professionista alla decisione *ex ante* di non includere clausole vessatorie nei propri contratti standard.

<sup>58</sup> CGUE, 31 marzo 2022, Lombard Lizing, C-472/20, punti 57 ss.

<sup>59</sup> In questo senso, oltre alla già citata decisione in tema di recesso-rimedio (CGUE, 17 maggio 2023, HJ, C-97/22, punto 34), il significativo passaggio di CGUE, 15 giugno 2023, Bank Millenium, C-520/21, punti 82 ss.

E, del resto, il diritto privato europeo è incline a riconoscere l'operatività della c.d. *illegality defence* (paragrafo 6:103, capitolo VII del Draft Common Frame of Reference), che impedisce alla parte impoverita di avanzare verso l'arricchito pretese fondate sulla *law of restitution* (nella specie di *unjustified enrichment*), là dove l'operatività del rimedio restitutorio si ponga in contrasto con la disciplina che ha determinato l'invalidità del contratto<sup>60</sup>. *Policy*, a ben guardare, non estranea a quanto previsto dall'art. 2035 c.c.<sup>61</sup>

Volgendo lo sguardo alle obbligazioni di restituire una cosa determinata, l'art. 2037, comma 3, c.c. alloca, anche in questo caso in modo coerente con il criterio generale dell'operatività a vantaggio, i rischi di perimento e deterioramento della *res*<sup>62</sup>. È escluso che l'*accipiens* di buona fede debba sopportare il rischio di deterioramento della *res* (anche quando dovuti al fatto proprio), se non nei limiti entro i quali questi abbia conseguito un arricchimento (art. 2037, comma 3, c.c.), corrispondente alla consumazione ovvero trasformazione della *res* (ma non al suo godimento)<sup>63</sup>. Il che appare congruente con la nuova disciplina degli effetti restitutori del recesso del consumatore, ove, superando la giurisprudenza Messner, al consumatore è attribuito

---

<sup>60</sup> G. VIRGO, *Principles*, cit., 708 ss. È sulla base di questi spunti e dell'evoluzione del *common law* inglese che una dottrina propone di superare l'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c., consentendo di applicare la *soluti retentio* ai casi in cui essa sia coerente con lo scopo della norma violata e proporzionata alla violazione (così F.P. PATTI, *op. cit.*, 1564 ss.).

<sup>61</sup> È infatti riconosciuto dalla dottrina che il principio "nemo auditur..." sia confluito in quello "in pari causa ...": S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 725.

<sup>62</sup> Cfr. E. MOSCATI, *op. cit.*, 477 ss., il quale sottolinea come la norma sia ispirata a una concezione "reale" dell'arricchimento (*i.e.* l'arricchimento coincide con la cosa); E. BARGELLI, *op. cit.*, 307 ss.; G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, cit., 271. Non ritiene sufficienti le richiamate disposizioni, concludendo nel senso dell'opportunità di una regola di irripetibilità unilaterale: S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania*, cit., 951 ss.

<sup>63</sup> V. *infra* e E. MOSCATI, *op. cit.*, 482 e 495 e ss., ove si esclude che l'*accipiens* di buona fede possa ritenersi tenuto a risarcire il danno in caso di "fatto proprio" generativo del perimento o deterioramento della *res*. Tale soluzione si impone nel contesto consumeristico per le ragioni indicate nel testo, le quali inducono a escludere una responsabilità extracontrattuale del consumatore-*accipiens* (che potrebbe essere ascritta a quest'ultimo: v. F.D. BUSNELLI, *Lesione del credito da parte dei terzi*, Giuffrè, 1963, 232 ss.). Cfr. inoltre, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Giuffrè, 1974, 409.

soltanto il rischio di un uso inidoneo ed eccessivo della cosa da restituire (art. 57 cod. cons.). Uso inidoneo addirittura irrilevante nel caso di recesso giustificato dall'omessa informazione da parte del professionista.

Non deve essere riconosciuta al professionista, in queste ipotesi, alcuna indennità d'uso della *res*, né il consumatore deve restituire al professionista i frutti prodotti dalla cosa, salvo che essi costituiscano un effettivo arricchimento.

Una simile impostazione pare replicabile anche in relazione al caso del perimento della *res*: l'applicazione del terzo comma dell'art. 2037 c.c. induce a escludere una responsabilità dell'*accipiens*-consumatore per il perimento della *res*, anche se dovuto al proprio comportamento<sup>64</sup>.

Una soluzione differente sembra, viceversa, imporsi per il caso di alienazione volontaria della cosa da parte del consumatore, che sarà tenuto a versare al professionista il corrispettivo ricevuto per la vendita, come previsto dall'art. 2038, comma 1, c.c.

Ciò significa, nel contesto dell'intermediazione finanziaria, che in caso di nullità (di protezione) del contratto di intermediazione che costituisce il titolo per l'acquisto o la vendita di strumenti finanziari, naturalmente soggetti a oscillazioni di valore, il risparmiatore è tenuto esclusivamente a restituire i titoli (se ancora presenti) ovvero quanto

---

<sup>64</sup> V. però E. BARGELLI, *op. cit.*, 293 ss. e 306 ss., la quale sottolinea che l'art. 2037, terzo comma, c.c. dando rilevanza alla c.d. "caduta dell'arricchimento" al fine di limitare la responsabilità restitutoria dell'*accipiens* si giustifica in relazione ad atti solutori unilaterali, prestandosi viceversa a un uso opportunistico in caso di scambio di prestazioni indebite. In questo caso, ad avviso dell'A., non si potrebbe "ragionare di arricchimento", ma "di volontaria sostituzione di un bene con un altro". Con il che si giustificerebbe una riduzione teleologica dell'ambito di applicazione dell'art. 2037 c.c. e l'applicazione, al posto della regola *res perit domino*, di una diversa regola *res perit accipienti*, con conseguente obbligo restitutorio per equivalente parametrato al valore della *res*. Un siffatto ragionare – se condivisibile in relazione allo scambio tra pari – non valorizza in modo adeguato il paradigma normativo dell'operatività a vantaggio e il nesso di questa con l'efficacia dissuasiva del rimedio (e, infatti, v. l'opportuna precisazione, sia pure non riferita alle nullità totali di protezione di E. BARGELLI, *op. cit.*, 312 ss., la quale in ogni caso nega che possa cristallizzarsi in capo all'*accipiens* un arricchimento ingiustificato). Come si è detto, l'eventuale opportunismo (conseguente alla volontaria distruzione o consumazione della cosa) del consumatore si inserisce nella fisiologica e proporzionale dinamica del rimedio consumeristico, salva l'ipotesi di dolosa e fraudolenta preordinazione che potrebbe giustificare la paralisi del rimedio primario attraverso l'*exceptio doli*.

ricavato in caso di loro alienazione, mentre potrà trattenere le cedole, da considerare alla stregua di frutti legittimamente trattenuti in buona fede dall'*accipiens*<sup>65</sup>.

Se l'operatività a vantaggio della nullità determina una selezione piuttosto agevole delle regole relative agli effetti restitutori nei contratti traslativi, l'individuazione di un regime restitutorio è certamente più complesso in relazione alla prestazione di servizi, alla fornitura di cose consumabili o al godimento di una *res*, che per natura non possono essere oggetto di restituzione, se non attraverso la rappresentazione del loro valore monetario. È discusso in dottrina se la disciplina in materia di ripetizione dell'indebito sia idonea a fornire soluzioni adeguate nel caso in cui oggetto della ripetizione sia un *facere*<sup>66</sup>. Sarà pertanto inevitabile volgere lo sguardo anche alla disciplina sussidiaria dell'arricchimento ingiustificato<sup>67</sup>.

L'individuazione della disciplina applicabile deve, tuttavia, fare i conti con un ulteriore problema già evidenziato dalla dottrina: là dove oggetto della pretesa restitutoria sia una prestazione di fare (ovvero del godimento di una *res*), la parametrizzazione monetaria della restituzione di quest'ultima comporta l'effetto perverso di realizzare quel sinallagma che la previsione di nullità è tesa ad evitare. Pertanto, nel contesto della nullità di protezione, è inevitabile chiedersi se meglio si adatti alla *ratio* della nullità una regola di irripetibilità della prestazione di fare (del professionista)<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Esclude la ripetéibilità delle cedole, ma con la discutibile motivazione che esse non devono essere restituite in quanto versate dall'emittente: Cass. 3 giugno 2020, n. 10505, in *Società*, 2021, 168 con nota di R. BENCINI, *Distorsione della nullità di protezione: la sorte delle cedole*.

<sup>66</sup> Cfr., in senso affermativo, U. BRECCIA, *op. cit.*, 39 ss. e 437; E. MOSCATI, *op. cit.*, 166 ss.; D. MAFFEIS, *op. cit.*, 60 ss. In senso contrario, v. P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Novissimo dig. it.*, XV, UTET, 1968, 1226; F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Wolters Kluwer, 1998, 56 ss. La giurisprudenza tende ad applicare la disciplina dell'ingiustificato arricchimento: v. E. BARGELLI, «Sinallagma rovesciato» e ripetizione dell'indebito. *l'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 114 ss.

<sup>67</sup> A tale riguardo, si v. di recente C. SCOGNAMIGLIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato: attendendo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 742 ss.

<sup>68</sup> Cfr. E. BARGELLI, *Il sinallagma*, cit., 249 ss. Regola che, come si è detto, trova un significativo riscontro in tema di recesso-rimedio: CGUE, 17 maggio 2023, HJ, C-97/22, punto 34.

Una regola siffatta, come recentemente chiarito anche dalla Cassazione<sup>69</sup>, opera con riferimento alla pretesa del professionista di ripetere di forniture non richieste. L'irripetibilità unilaterale si giustifica in questa ipotesi con il fatto che attribuire al professionista una pretesa restitutoria contrasterebbe con il divieto di legge di pretendere un corrispettivo per l'attività svolta (art. 66-*quinquies* cod. cons.). La restituzione dell'arricchimento da parte del consumatore di una fornitura non richiesta costituirebbe, in sostanza, un corrispettivo inammissibile per la fornitura. Come è stato convincentemente rilevato, l'irripetibilità svolge una funzione complementare al divieto previsto dalla legge che sarebbe frustrato dalla pretesa restitutoria del professionista<sup>70</sup>. Analogamente la Corte di Giustizia ha, di recente, escluso l'operatività del principio dell'arricchimento ingiustificato (del consumatore) in caso di recesso del consumatore conseguente all'omessa informazione da parte del professionista, con ciò dimostrando che, nel sistema rimediario europeo, vi è spazio per ricostruire in una dimensione fisiologica l'utilizzo opportunistico del rimedio<sup>71</sup>.

Si può osservare che l'invalidità totale del contratto con il professionista non dovrebbe generare alcuna pretesa restitutoria in capo a quest'ultimo, specie se quantificata in termini esattamente coincidenti con il corrispettivo che egli avrebbe avuto il diritto di conseguire in caso di validità del contratto. Non è, infatti, logico sostenere che l'obbligazione restitutoria possa includere il margine di profitto programmato dal professionista in caso di validità dell'accordo. Tale importo incide sì sul *quantum* dell'impovertimento, ma non rappresenta per l'arricchito alcun incremento patrimoniale da restituire<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> V. Cass., 12 gennaio 2021, n. 261, in banca dati One Legale.

<sup>70</sup> Cfr. ancora E. BARGELLI, *op. cit.*, 248 ss.

<sup>71</sup> CGUE, 17 maggio 2023, HJ, C-97/22. V., per un commento, AN. DALMARTELLO, *Il recesso del consumatore*, cit., 6 ss.

<sup>72</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 32. In questo senso, significativamente CGUE, 15 giugno 2023, Bank Millenium, C-520/21, punto 82, la quale esclude in radice una pretesa indennitaria del professionista che abbia ad oggetto il valore di mercato dei servizi prestati al mutuatario. Una diversa prospettiva in MAFFEIS, *op. cit.*, 142 ss., sul presupposto che l'unica norma che definisce l'irripetibilità di una prestazione illecita (ove immorale) sarebbe l'art. 2035 c.c.

Una regola di irripetibilità della prestazione di *facere* professionale, pur paventata dall'AG Szpunar<sup>73</sup>, non è invero stata accolta dalla Corte che ha preferito individuare nelle tariffe professionali minime lo strumento per integrare un contratto tra un professionista (avvocato) e un consumatore connotato da una parametrizzazione abusiva del corrispettivo delle prestazioni professionali<sup>74</sup>.

In conclusione, si può osservare che, al di fuori della peculiare ipotesi delle prestazioni di *facere*, la disciplina codicistica degli obblighi restitutori si presta, senza torsioni eccessive rispetto alla disciplina di parte generale, a un impiego coerente con l'operatività a vantaggio della nullità totale di protezione.

Nel contesto degli obblighi restitutori, il nocciolo effettuale dell'operatività a vantaggio conduce a escludere che la parte debole sopporti i rischi che – genericamente – potremmo definire di “variazione del valore” della prestazione da restituire (es. svalutazione monetaria, diminuzione del valore di mercato, deterioramento e perimento). Si tratta di un risultato coerente con l'effetto dissuasivo del rimedio, comportando, viceversa, alcune frizioni con l'obiettivo ripristinatorio, che avrebbe richiesto un'allocatione diversa dei rischi<sup>75</sup>: specie là dove la parte protetta programmi strategicamente di esercitare il rimedio caducatorio trascorso un notevole lasso di tempo rispetto al momento di esecuzione delle prestazioni oggetto delle pretese restitutorie.

Non sembra sufficiente, al fine di attenuare il potenziale uso opportunistico del rimedio, fare affidamento sull'operatività della prescrizione del diritto e, pertanto, occorre attentamente valutare in che modo possa fornire un aiuto la buona fede: due le direzioni ipotizzabili. La prima, peraltro già riconosciuta dalla giurisprudenza della Cassazione, muove da una ricostruzione in senso oggettivo della clausola generale e implicherebbe la contrarietà a buona fede di un uso

---

<sup>73</sup> Cfr. Conclusioni AG Szpunar, C-395/21, punti 65 ss.

<sup>74</sup> CGUE, 12 gennaio 2023, C-395/21, DV, punti 53 ss. (e v. punto 62 per la considerazione del possibile rischio di una pretesa restitutoria del professionista quale effetto pregiudizievole della nullità totale del contratto, alla quale la Corte aggiunge l'incertezza circa l'efficacia degli atti compiuti dal professionista nell'interesse del consumatore). V. al riguardo S. PAGLIANTINI, *Trent'anni*, cit., 12 ss.

<sup>75</sup> Insistono su questo profilo critico F. GÓMEZ POMAR - S. CANUDAS PERARNAU, *op. cit.*, 661 ss.

solo speculativo del rimedio, con conseguente variazione quantitativa della pretesa del consumatore; la seconda, invece da esplorare, prenderebbe le mosse dall'accezione soggettiva della buona fede e suggerirebbe una diversa qualificazione della parte protetta in relazione alle fattispecie restitutorie con conseguente attribuzione a quest'ultima dei rischi che la disciplina dell'*accipiens* di buona fede tendenzialmente alloca sul professionista.