

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista

di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

APRILE/GIUGNO

2023

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 (SEGRETARIO 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 ABBIA 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.

SEDE DELLA REDAZIONE

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

SOMMARIO

TERESA PASQUINO, Saluti di benvenuto	I
FILIPPO SARTORI, Profili attuali delle nullità nel diritto dell'impresa. Note di indirizzo	V
MARCO MARTINO, Intese anticoncorrenziali e contratti a valle: ripresa di un tema	1
ANDREA MARIA GAROFALO, La nullità del contratto squilibrato o pregiudizievole: alla ricerca di una clausola generale di invalidità	27
LAURA BACCAGLINI, Le Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479 sul decreto ingiuntivo non opposto e le nullità di protezione a favore del consumatore. Quali conseguenze sul piano della cognizione e dell'esecuzione?	59
ANDREA DALMARTELLO, Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla <i>condictio</i> indebiti di protezione ()	83
FRANCESCA BARTOLINI, Contratti "non autorizzati" e nullità: il problema del giusto rimedio.	109
UGO MALVAGNA, Nullità di protezione ed enforcement pubblicistico nei settori regolati.	129

Saluti di benvenuto

A nome di tutta la Facoltà, porgo il nostro saluto a tutti i presenti convenuti a questa bella iniziativa organizzata dai nostri giovani Colleghi, Andrea Garofalo e Ugo Malvagna, per affrontare un tema – quello della nullità del contratto - che è tra i più classici del diritto civile ma che, al contempo, si presta sempre ad essere riletto e rivisitato in chiave diversa, a seconda dell'angolo di visuale da cui ci si pone.

Tutti sappiamo che la nullità, come oggi intesa nelle sue diverse declinazioni, si presta a funzioni assai diversificate e, spesso, si offre ai giudici come rimedio molto duttile per adeguarsi alla peculiarità dei singoli casi concreti. E' fatto ormai acquisito che, a proposito della nullità, si debba guardare non più soltanto alla disciplina codicistica nella sua unicità, quanto piuttosto a quell'insieme di micro-sistemi normativi che regolano i diversi tipi di rapporti contrattuali e che costringono l'interprete ad adattare questa grave forma di invalidità alla innervatura del rapporto che le parti hanno voluto; ovvero, a quel tipo di attività che un determinato operatore economico ha intrapreso.

E' altrettanto risaputo che l'adozione, in sede ermeneutica, del criterio della "immediatezza" come una sorta di clausola generale attraverso la quale dirimere ogni decisione in ordine all'ammissibilità di un determinato assetto di interessi, ha prodotto l'applicazione della nullità, totale o parziale a seconda dei casi, in tutte quelle situazioni in cui si sia intravisto uno squilibrio delle posizioni contrattuali anche solo potenzialmente pregiudizievoli; un rimedio *extra ordinem*, seppure applicato con un approccio dell'interprete di tipo funzionalistico, ossia teso ad indagare, verificata l'invalidità, se il contratto, senza la parte affetta da nullità, possa continuare a funzionare e a consentire alle parti di realizzare gli interessi che con esso si erano prefissate di raggiungere.

Tanto vale *a fortiori* sol che si pensi al ruolo che ormai ha assunto la c.d. nullità di protezione, vero e proprio paradigma di riferimento tanto nei rapporti *stricto sensu* consumeristici quanto nei rapporti aventi come parti le imprese; nei primi, svolgendo essa la funzione di protezione di interessi di soggetti in posizione asimmetrica nel rapporto contrattuale, mentre nei secondi a presidio di esigenze di regolazione delle attività affinché esse si svolgano in modo tale da assicurare il buon

funzionamento del mercato, nel rispetto dei principi fondamentali della concorrenza e della ottimizzazione degli interessi collettivi.

Nella prospettiva dalla quale i nostri giovani Colleghi ci invitano oggi ad osservare la più grave forma di invalidità che il nostro sistema conosce, l'accento è stato posto sulla opportunità di leggere la relativa disciplina in chiave sinottica con il quadro delle cc.dd. nullità speciali che le singole discipline di settore oggi ci pongono di fronte.

L'intento è quello di instaurare un costante confronto tra norme, volto a cogliere il carattere non più statico e meramente invalidante, tipico di un rimedio caducatorio, quanto piuttosto quello funzionale e dinamico dello stesso, come uno dei tanti mezzi attraverso i quali cogliere e conformare, di volta in volta, le diversificate esigenze che impone l'ordine giuridico ed economico del mercato a tutela di situazioni, persone, vicende cui l'invalidità non necessariamente riesce a dare risposte. Senza per questo trascurare di far emergere - dopo una tendenza alla "frantumazione" della "nullità di protezione" in tanti statuti delle nullità speciali - una più recente tendenza in senso contrario ad opera della giurisprudenza di legittimità, la quale, a partire dalle note sentenze gemelle del 2014 delle Sezioni Unite (n. 26242 e n. 26243) per arrivare alla pronuncia n. 28314 del 2019, sempre a Sezioni unite, in tema di "nullità selettive", ha fatto intravedere l'aspirazione dell'interprete verso un regime giuridico unitario della nullità di protezione non solo a salvaguardia degli interessi dei privati ma anche a tutela della libertà di concorrenza tra imprese.

Com'è noto, l'orientamento della Suprema Corte in tal senso è stato ispirato anche dalla posizione tenuta dalla Corte di Giustizia in diverse occasioni in cui si è trovata a trattare del tema; tra queste è sufficiente fare riferimento ai casi *Asturcom* del 6 ottobre 2009, C-40/08; e *OPR Finance* del 5 marzo 2020, C-679/18) dove la Corte europea ha affermato che l'art. 6 della direttiva 93/13 contiene "un canone di ordine pubblico di protezione", istitutivo di "una politica dirigistica di ricerca dell'equilibrio giuridico nei rapporti negoziali non conclusi fra imprenditori".

L'obiettivo è diventato così quello di non ammettere o eliminare assetti contrattuali non corrispondenti ai modelli creati dall'ordinamento a tutela della parte debole; sicché il controllo sulla validità dovrebbe seguire ad una valutazione *ex post* in ordine agli

effetti che una determinata clausola produce nel complesso assetto di interessi di un determinato contratto.

Così operando, la decisione circa la validità o l'invalidità di un patto si trasforma in una variabile dipendente dallo svolgimento del rapporto contrattuale e dalla realizzazione degli interessi concreti dei contraenti; di modo che sarà dirimente, ai fini della declaratoria di nullità, la verifica in ordine alla incidenza della violazione della norma protettiva sulla posizione del contraente debole, determinando detta violazione la caducazione della clausola solo in caso di lesione di interessi protetti.

Un modo più costruttivo, dunque, di interpretare la disciplina della invalidità ed una continua sfida per gli interpreti i quali sono, in tal modo, sollecitati a confrontarsi sempre con altre discipline di settore, vicine o limitrofe al diritto civile puro, ma che di esso costituiscono esemplare specificazione.

Non è solo questo il merito dei nostri giovani Colleghi che hanno organizzato questo incontro.

Essi hanno avuto, infatti, anche la capacità di riuscire a convogliare in questa iniziativa tutta la migliore Dottrina che si è occupata di questo tema; di questo siamo particolarmente compiaciuti e grati a loro per averci dato oggi l'opportunità di poterli ascoltare tutti insieme.

Profili attuali delle nullità nel diritto dell'impresa. Note di indirizzo

Efficacemente declinato in forma plurale dai responsabili scientifici di questa giornata seminariale, il tema *delle* nullità propone in sé indubbe peculiarità, aprendo così il discorso verso diverse possibili linee di sviluppo. Del resto, mediante l'aggettivazione al plurale, una prospettiva di ricerca rivolta a comprendere la complessità e le novità del reale esistente ha, già nel lontano passato, trovato successo rispetto ad altre categorie fondative del diritto civile¹.

In particolare, a favorire il passaggio verso letture più moderne del tema dell'invalidità (e delle strutture rimediali in genere) si leva, quale principale filo conduttore di tutte le relazioni, il tema dell'impresa. In effetti, la prospettiva del diritto d'impresa – e, più in generale, del diritto dell'economia – àncora la tematica dei rimedi demolitori alla duplice dimensione (ben evidenziata, tra gli altri, da Marco Martino²) dell'atto e dell'attività. Ciò che non solo si riflette sulla valutazione assiologica del giudizio sotteso al disvalore dell'azione, ma favorisce una vera e propria rivoluzione copernicana dell'istituto della nullità negoziale rispetto alle premesse dogmatiche originarie.

Lungi dal costituire un semplice rimedio deputato a eliminare *ex post* contratti “viziati”, nel contesto dinamico d'impresa il rimedio della nullità acquista infatti un ruolo centrale quale strumento di conformazione preventiva dell'attività e, quindi, dell'intero mercato. Da questo angolo visuale, la dimensione della tutela del mercato diventa cioè un laboratorio applicativo attraverso cui soppesare, in termini di effettività, gli esiti che i rimedi concorrono a realizzare. Profili, questi, che infatti vengono affrontati efficacemente – sia pure con diversità di impostazione e sensibilità – da parte di Andrea

¹ Il riferimento, prima di tutto, corre naturalmente a quella di stampo dominicale, cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare, alla proprietà terriera*, Milano, 1954.

² M. MARTINO, *Intese anticoncorrenziali e contratti a valle: ripresa di un tema*

Garofalo³, Andrea Dalmartello⁴ e Laura Baccaglini⁵; così come pure vale per la casistica evocata da Francesca Bartolini in tema di fideiussioni rilasciate dai Confidi minori o di raccolta non autorizzata del risparmio e da Marco Martino sulle fideiussioni bancarie che riproducono clausole del modello ABI anticoncorrenziale.

Non appena imboccata questa prospettiva – intesa a riconoscere alle nullità un ruolo propriamente conformativo dell'attività – diviene subito evidente come l'ulteriore punto sensibile della tematica venga a orientarsi verso la necessità di una convergenza fra tecniche di intervento di matrice privatistica e di carattere pubblico. In effetti, a me pare – come pure emerge dalla relazione di Ugo Malvagna⁶ – che l'attuale concezione delle tecniche di controllo delle condotte di mercato non possa prescindere da un approccio olistico, attento cioè a considerare le interferenze e, aggiungerei, i rovesciamenti che si registrano sul fronte del rapporto fra *private e public enforcement*⁷.

Che la struttura rimediale della nullità degli atti nel prisma dell'attività costituisca un fattore propriamente diretto a favorire l'interesse generale alla libertà della concorrenza è, del resto, costatazione ormai acquisita anche a livello di diritto vivente.

A tal merito, conviene sottolineare un passaggio rappresentativo contenuto nella pronuncia della Cass. a su 30 dicembre 2021 n. 41994, là dove si afferma che: «l'interesse protetto dalla normativa (...) è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto». L'assetto di interessi dato dal legislatore non è negoziabile dalle parti, né disponibile dalle imprese assumendo la forma di principio di «ordine pubblico economico». Sicché, la condanna alla

³ A. GAROFALO, *La nullità del contratto squilibrato o pregiudizievole: alla ricerca di una clausola generale di invalidità*

⁴ A. DALMARTELLO, *Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla conditio indebiti di protezione*

⁵ L. BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*

⁶ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione ed enforcement pubblicistico nei settori regolati*

⁷ Cfr. F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Supp. 3 al n. 1/2022, 2 ss.

nullità dell'atto è coerente con il compito sociale-pubblicistico che alla nullità viene attribuito. Un rimedio residuale ma "sanzionatorio", capace di dare adeguata tutela a interessi generali, o meglio indisponibili dai privati. Un rimedio, insomma, che nega alla radice la libertà di scelta connessa alla teorica dell'*efficient breach of contract*. Ancora si legge nella pronuncia che «l'obbligo del risarcimento del danno comprensivo dei danni del singolo contraente non ha una efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all'intesa, o che ne hanno – come nella specie – recepito le clausole illecite nello schema negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno».

L'idea che affiora è cristallina: i rimedi civili vanno pensati come tecniche di controllo del mercato, strumenti di indirizzo sociale alternativi e complementari al diritto pubblico.

Nondimeno, si registrano nei tempi recenti novità significative anche sul piano del *public enforcement*. Il riferimento corre, in particolare, al fenomeno del *public enforcement of private law*. La ridefinizione dei poteri di intervento delle Autorità indipendenti si muove in una direzione che incide sul piano dei rapporti contrattuali, delle obbligazioni tra le parti. Sicché l'attività di controllo pubblico non si limita più a reprimere gli illeciti amministrativi e, così, a svolgere la funzione «tradizionale» di regolazione del mercato, di dissuasione di comportamenti riprovevoli. I nuovi strumenti colpiscono le imprese che immettono nel mercato prodotti inefficienti, spiegando effetti diretti e immediati a tutela della clientela. Misure che incidono a livello di fattispecie negoziale e che hanno quale obiettivo primario quello di reintegrare il patrimonio del singolo danneggiato della perdita subita attraverso il depauperamento imposto al soggetto danneggiante. In sintesi, le tecniche tipiche del *public enforcement* cambiano pelle e non rispondono, almeno non in via assorbente, a una logica conformativa attribuita invece ai rimedi privatistici, per indirizzarsi direttamente verso la reintegrazione del patrimonio del singolo utente del mercato.

Anche di questi temi, si parlerà oggi. Con un rinnovato ringraziamento ai giovani colleghi Garofalo e Malvagna per aver intercettato così lucidamente le problematiche solo parzialmente evocate dalla parola all'illustre collega Aldo Angelo Dolmetta per dare

inizio ai lavori con la relazione introduttiva dal titolo “*Nullità e
conformazione nell’odierno diritto dell’impresa*”.

Intese anticoncorrenziali e contratti a valle: ripresa di un tema

SOMMARIO: 1. La negozialità bancaria conformata: atto, attività, sistema. – 2. Le fideiussioni attuative di intese anticoncorrenziali. – 3. Lo stato del dibattito alla luce di Cass., sez. un., 41994/21: il rimedio risarcitorio. – 4. Segue: la nullità. – 5. Segue: la nullità parziale. – 6. Mercato e contratto: attualità del sistema delle regole di validità?

1. La negozialità bancaria conformata: atto, attività, sistema.

Non v'è dubbio che l'ambito della negozialità bancaria sia uno dei settori dell'ordinamento in cui, in maniera più evidente, si manifestano peculiarità prospettiche marcate. Detto contesto è in grado di svelare una costante tensione a fare dell'*atto* di autonomia il punto di emersione, per finalità precettive, di una *attività* che, in quanto sottesa e presupposta, viene disciplinata in ragione di scelte assiologiche ben precise, nella consapevolezza dell'impatto che, in termini di sistema, simili interventi determinano.

La regola contrattuale – attenga essa alla fisiologia del contratto ovvero alla sua patologia – produce così una conformazione (*pro futuro*) di ciò che *precede* il contratto: non già in termini di mera procedimentalizzazione delle fasi che ad esso conducono, ma alla stregua di una perseguita modifica della serialità dell'operazione economica che il contratto esprime, e che restituisce nel complesso il senso del suo concorrere alla definizione di un certo segmento economico che si intende regolare.

A mo' di esempio, è tutto sommato facile scorgere una concretizzazione di quanto sopra nelle soluzioni – significativamente provenienti dall'applicazione giurisdizionale e arbitrale e non da un piano dettato normativo – avvicendatesi con riferimento alla sorte dei mutui fondiari eccedenti i limiti di finanziabilità, alla qualificazione come obbligatoria o facoltativa delle polizze assicurative collegate a contratti di finanziamento al consumo (al fine di vagliare la validità del TAEG indicato nel contratto e all'esito di una singolare ripartizione delle regole concernenti l'onere della prova: sul che tornerò in chiusura) nonché, in fondo, alla stessa annosa questione della regolamentazione

dell'anatocismo, così come è stata affrontata nel corso degli ultimi lustri.

Alla luce di questa considerazione di fondo, è possibile allora ripercorrere anche il tema delle fideiussioni *omnibus* riproduttive di clausole contenute in intese nulle in quanto anticoncorrenziali, da ultimo deciso dalla nota pronuncia a sezioni unite del dicembre 2021¹ e ancor prima vagliato dall'ABF (in una altrettanto nota decisione del Collegio di coordinamento²). Si tratta di materia ampiamente arata dalla dottrina, per l'evidente interesse suscitato dalle molteplici sfaccettature

¹ Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, su cui si v. almeno A.A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'«urgenza della tutela reale; la «qualità» della tutela reale*, in questa Rivista, 2022, 1 ss.; M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti*, 2022, 13 ss. (v. anche, tra i numerosi contributi sul tema dello stesso A., la voce *Contratto e concorrenza*, in *Enc. dir.*, vol. I *Tematici: Contratto*, Milano, 2021, 262 ss., nonché ID., *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti «a valle»*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 378 ss., con ampia rassegna della giurisprudenza di merito formatasi sulla questione; ID., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 500 ss.); G. D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti a valle*, in *Foro It.*, 2022, I, 1309 ss.; la pronuncia è anche in *Foro It.*, 2022, I, 409 ss. con note di S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni omnibus attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, di A. MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle Sezioni Unite 41994/21*, di C. ROMANO, *Quale destino per le fideiussioni omnibus a valle di intese anticoncorrenziali?*, e di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Foro it.*, 2022, I, 514 ss. Questi ultimi esordiscono attribuendo il persistere delle divergenze di opinione al collocarsi del tema «a ridosso della linea di confine tra gli ambiti di operatività di due consorterie, la pattuglia degli *antitrust scholars*, ragionevolmente insofferenti nei confronti di quanto residua della narcisistica dogmatica del diritto privato, e la contrapposta schiera dei civilisti, alteri custodi della centralità di quello che assumono essere il «diritto primo». Vorrei, con queste pagine, uscire indenne dall'inquadramento nelle due predette schiere, se non altro per l'intima convinzione che la dogmatica non sia (e mai debba divenire) «narcisistica», e che, pur restando un imprescindibile momento di verifica delle soluzioni possibili, non possa mai essere assolutizzata all'insegna di un essenzialismo dei concetti che ritengo, nel diritto, impraticabile.

² Coll. Coord. Abf, 19 agosto 2020, n. 14555, pres. F. Lapertosa e rel. P. Sirena, commentato criticamente da A. MONTANARI, *La nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita: la decisione del collegio di coordinamento dell'Abf sulle fideiussioni omnibus*, in *Nuova giur. comm.*, 2021, 109.

che la caratterizzano, e che nella dialettica sviluppatasi intorno ai possibili rimedi (in primo luogo l'invalidità del contratto ovvero la responsabilità per danni) consente di far tesoro della consapevolezza da cui si sono prese le mosse, al fine di individuare la soluzione che appaia più coerente. Con l'ovvia precisazione che la coerenza, di per sé, è categoria tutto sommato acefala, se non si individua il parametro che la orienta; ragion per cui, in chiusura di questa breve analisi, occorrerà mettere mano anche al tema assiologico che si agita sullo sfondo del problema tecnico giuridico qui ripreso.

Quanto segue, in buona sostanza, ben può contribuire a quella fondamentale opera che, nel contesto di un diritto privato che va incontro, ormai in maniera endemica, a fenomeni di frammentazione normativa, impone di ripensare le categorie giuridiche – in una dimensione scevra da qualsivoglia inopportuna propensione sacralizzante – alla luce degli elementi di novità introdotti da settori dell'ordinamento che ne mettono in discussione, criticamente, la pregressa capacità ordinante³.

Da questo punto di vista, non può sfuggire come, ancora una volta, il tema delle invalidità negoziali si offra come banco di prova dell'evoluzione dell'ordinamento. Ciò non è un caso, posto che una visione propensa a fare del contratto un *ens* ben si presta, in modo evidentemente facile a forme di precomprensione ottundente, a concettualizzare le invalidità, all'insegna di *deficit* strutturali, in maniera speculare rispetto alla costruzione *fisiologica* della categoria, secondo parametri tra i quali il binomio *essenziale/accessorio* mostra chiaramente una precisa matrice culturale. La storia del diritto

³ Cfr. in questa direzione S. DELLE MONACHE, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), in *Riv. dir. civ.*, I, 2012, 493-495, nel quadro della dialettica tra «diritto primo» e «diritti secondi», il quale ha cura di precisare che il diritto commerciale non può essere ascritto a questi ultimi. Verrebbe da chiedersi se il tema delle fideiussioni attuative di rapporti anticoncorrenziali possa ricondursi all'operatività di un diritto «secondo», per la connotazione soggettiva che indubbiamente, *ex uno latere*, lo caratterizza (di modo che si rientrerebbe, così come si è anticipato, nel contesto della negozialità «bancaria») o se, per il tipo di problemi che impone di affrontare, esso fuoriesca piuttosto da un certo modo di declinare il diritto privato, in forza di regole che impongono – e non può certo, questa, essere un'anomalia – nulla più che una necessaria e periodica rimeditazione di categorie già note (invalidità, responsabilità, collegamento negoziale ecc.).

contrattuale moderno ne ha offerto, più volte, prova evidente⁴, così come non è difficile – si farebbe di contro torto alla categoria dei giuristi – enumerare casi nei quali la disamina della fenomenologia del diritto, vale a dire della razionalità positiva intrinseca⁵ che si esprime nelle prassi giuridiche, ha comportato un ripensamento dal basso di strumenti concettuali consolidati, all'insegna di una ricognizione dell'*economia* del diritto⁶. In questa direzione, non è difficile intuire come l'imporsi di un sistema di fonti multilivello e la capillarità che il diritto eurounitario guadagna, contribuiscano a rendere ancor meno decisive – senza con questo voler esprimere un giudizio positivo o negativo e pur riconoscendo l'imprescindibilità del ruolo dei diritti nazionali nell'implementazione del sistema eurounitario⁷ – partizioni e logiche categoriali nell'ambito del diritto privato ritenute imprescindibili quanto meno per la loro capacità ordinante, finora mostratasi anche efficiente (basti pensare, in altro ambito di "pertinenza eurounitaria", alla delicata e ben nota questione dell'integrazione giudiziale di contratto in caso di nullità parziale, per abusività della clausola ai sensi dell'art. 36 cod. cons. e § 6 Dir. 93/13 e, in genere, nei casi di nullità di protezione, per così dire, a gestione asimmetrica). Si aggiunga che

⁴ Può pensarsi, banalmente, alla considerazione del ruolo dell'errore *essenziale* nella teoria moderna del contratto, in cui un sostrato razionalistico ereditato dalla tradizione filosofico-giuridica neoscolastica si è fuso con una rappresentazione tutto sommato semplicistica del contratto medesimo all'insegna dell'essere una «volontà»: su questa evoluzione, per tutti, v. J.R. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991, 10 ss.; ID., *Foundations of private law*, Oxford, 2006, 307 ss. Cfr. anche v. N. JANSSEN, R. ZIMMERMANN, *Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht*, in *AcP*, 2010 (210), 196 ss. e, in particolare, 229 ss.

⁵ Cfr., con profondità ineguagliata, I. MANCINI, *L'Ethos dell'Occidente*, Genova, 1990, 47 ss.

⁶ Nel senso divisato da F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2a ed., 1993, 204 ss., idealmente dialogando con G. SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979.

⁷ Di recente, lo ribadisce con fermezza, muovendo dall'angolo prospettico dello stato dell'implementazione delle Direttive 2019/770 e 2019/771 H. MICKLITZ, *The Full Harmonization Dream*, in *J. Eur. Cons. Mark. L.*, 2022, 4, 117 ss.; e v. anche A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea (principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 712 ss. e 730 ss.

l'impianto politico che anima l'opzione per la *Privatrechtsgesellschaft*⁸ e la stessa modalità di implementazione delle regolamentazione del mercato attraverso discipline contrattuali, mal si presta a conservare capacità denotativa all'inquadramento dei fenomeni nel perimetro della settorialità, cui siamo stati tradizionalmente adusi⁹, con la conseguenza che la moltiplicazione dei possibili punti prospettivi (parti generali/speciali; regole di condotta/validità¹⁰) rischia di essere messa in crisi anche per il solo coesistere di segmenti disciplinari più affezionati alla loro conservazione e segmenti, invece, in cui la materialità economica dei rapporti – segnatamente contigui al fenomeno dell'impresa – reclama in modo più netto il superamento di «ordini di senso», partizioni, *topoi* argomentativi consolidati nella civilistica tradizionale.

In conclusione, se è vera la premessa, e cioè che il tema qui affrontato conferma la rilevanza precettiva della distinzione tra disciplina dell'atto e dell'attività, e se fosse confermato che, al fondo delle regole che, rivolte al primo, intendono conformare la seconda, apparirà immediatamente insoddisfacente relegare a logiche rimediali coniate sul primo la soluzione, sempre in punto di rimedi, dei conflitti di interessi che quelle regole intendono risolvere.

2. Le fideiussioni attuative di intese anticoncorrenziali.

La questione, ben nota¹¹, è quella della sorte delle fideiussioni contenenti clausole (di “reviviscenza”, di deroga all'art. 1957 c.c., di

⁸ V. P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 101 ss.

⁹ Cfr., in questo senso, quanto già osservava S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *European Review of Private law*, 2008, 555-557.

¹⁰ Cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, 2a ed., Bologna, 2021, in part. 20 ss., 61 ss.

¹¹ Oltre alle opere già citate in apertura, v., ex multis, M. BARELA, *Il (visibile) filo rosso tra intesa anticoncorrenziale e contratti a valle*, in *Merc. conc. reg.*, 2022, 143 ss.; G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione «vingt ans après»*, aspettando le sezioni unite, in *Corr. giur.*, 2021, 1173; A. PISAPIA, *La garanzia fideiussoria, l'illecito c.d. «antitrust» e la nullità del contratto*, in *Contratti*, 2021, 681 ss.; M.R. MAUGERI, *Breve nota sui contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, I, 415 ss., con sostanziale adesione alla

“sopravvivenza”) riproducenti quelle già predisposte, agli artt. 2, 6 e 8, nello schema contrattuale di «*fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie*» (fideiussione *omnibus*) approntato nel 2003 dall’Associazione Bancaria Italiana (ABI); clausole che il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d’Italia ha ritenuto in contrasto con l’art. 2, secondo comma, lett. a) della L. 10 ottobre 1990, n. 287 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*).

Nonostante il predetto provvedimento, molte banche hanno continuato a utilizzare le clausole sopra ricordate, così dando origine a un contenzioso concernente la validità dei contratti di garanzia in cui dette previsioni erano contemplate. Il contenzioso, in breve, verte sulla possibilità di estendere alle clausole, se non anche all’intero contratto

posizione espressa dalle Sezioni Unite e, ancor prima, da Cass. 26 settembre 2019, n. 24044 (e v., della stessa A., *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari, 2008, 175 ss.; *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 147-169; *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un’impresa che partecipa ad un’intesa vietata*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 347 ss.; *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 165 ss.; *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006); E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell’ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. comm.*, 397 ss. (nonché ID., *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008); A. GENTILI, *La nullità dei «contratti a valle» come praticata concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, 675 ss. (con ampia e ragionata rassegna, alle pp. 683 ss., degli orientamenti emersi in giurisprudenza); F. DENOZZA, *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva della disciplina dei contratti a valle di intese e abusi*, in *Rivista di diritto industriale*, 2019, I, 354 ss.; R. FEDERICO, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, nota a Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Corr. giur.*, 2018, 1063 ss.; E. BATTELLI, *Illeciti antitrust e rimedi civili del consumatore*, in *Contratti*, 2006, 141 ss.; C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 444; ID., *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss. Tra i lavori monografici merita segnalare anche M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell’intesa competitiva*, Milano, 2012; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione a valle*, Napoli, 2009. Ringrazio inoltre la Dott.ssa Sara Cirelli per avere pazientemente condiviso con me molti dei risultati del suo periodo di ricerca su questo tema, condotto ad Heidelberg nel corso del 2022 sotto la guida del Prof. Christian Heinze.

“a valle” dell’*intesa* che le contiene, analoga sorte di quella riservata all’*intesa* medesima dall’art. 2, comma 3, della l. 287/1990. Quest’ultima disposizione prevede infatti che «*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*».

In ciò è già possibile cogliere la gran parte delle questioni che si agitano, dal punto di vista ricostruttivo, atteso che si tratta di comprendere se la categoria della nullità sia la più acconcia a *governare* le sorti di contratti che sono diversi da quello vietato (l’*intesa* tra le imprese, “a monte”) e che ne rappresentano – ma in termini su cui si dovrà tornare a breve – l’attuazione¹²; di modo che è lecito interrogarsi circa la pertinenza, tenuto conto degli interessi in gioco, di un rimedio ablativo (e sulla sua eventuale pervasività, alla luce della disciplina della nullità relativa), rispetto a uno conservativo (quello risarcitorio). Quest’ultimo è strumento indubbiamente coerente con i presupposti «genetici» di operatività del *private enforcement*¹³ in ambito antimonopolistico e nel contesto del principio di effettività (e, come tale, non certo tacciabile di essere *di per sé* soltanto uno strumento complementare e non interamente esaustivo, rispetto ad altri e più incisivi mezzi di deterrenza di carattere amministrativo), ma forse

¹² Merita un cenno, per quanto necessariamente fugace, la tradizionale distinzione tra *Ausführungsvertrag* e *Folgevertrag*, sviluppata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca in relazione all’applicazione del rimedio della nullità (soltanto ai primi, in quanto ritenuti attuativi dell’*intesa*) e del rimedio risarcitorio (ai secondi, in quanto conclusi con terzi estranei all’*intesa*), così definendo il perimetro applicativo dell’art. 33 GWB. Cfr. però le considerazioni critiche di A. GRÜNWALD - J. HACKL, *Das Schicksal von Folge- und Ausführungsverträgen mit Kartellanten in der neuesten BGH-Rechtsprechung. Ein Systemwechsel?*, in *Neue Zeit. Kartellrecht*, 2017, 508 ss.), sulla scorta della nota sentenza del BGH del 2015 (BGH, 18.6.2015, KZR 83/13) con cui vennero giudicati nulli gli atti di disdetta da contratti di accesso a reti di telecomunicazione, in quanto atti concordati fra le parti disdettanti con un accordo giudicato restrittivo della concorrenza. Secondo la detta pronuncia, siffatta soluzione non contrasterebbe con la tesi tradizionale, adducendo – in maniera, si lamenta, formalistica – che la disdetta è un atto unilaterale e non un *Folgevertrag*.

¹³ Cfr. su questo aspetto A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *op. cit.*, nella prima parte del contributo, ove si pone in luce la dialettica tra dimensione privatistica e pubblicistica dell’*enforcement* e l’evoluzione che può osservarsi nella progressiva centralità (urgenza) eurounitaria nell’attribuire centralità al ruolo “regolatorio” della responsabilità civile (quale rimedio per il danno individuale).

inidoneo a restituire le peculiarità di una tutela che trascende il singolo danneggiato e si orienta al mercato nella sua oggettività¹⁴.

3. Lo stato del dibattito alla luce di Cass., sez. un., 41994/21: il rimedio risarcitorio

Lo stato del dibattito vede il campo conteso da tre tesi¹⁵: il rimedio risarcitorio; il rimedio “reale” (la nullità); il rimedio “reale parziale” (la nullità relativa).

Se si rimane alla loro considerazione superficiale e per giustapposizione – per lo più evidente in commenti di natura ricognitiva alle pronunce prima citate – le tre soluzioni offrono all’interprete occasione di sfoggiare argomenti e *regulae iuris* che, di solito, finiscono per essere accantonati nel momento in cui si sposa una soluzione che appare aggrappata ad apodittici postulati dogmatici.

In favore del rimedio risarcitorio¹⁶ (in particolare, nelle forme del dolo incidente di cui all’art. 1440 c.c.) e contro il rimedio reale, si argomenta come segue: la nullità è delle “intese” e non dei contratti a valle; tra le prime e i secondi mancherebbe anche la coincidenza soggettiva¹⁷; il collegamento tra i due – intesa e contratto – è a-tecnico

¹⁴ È questa, come noto, la formula che costituisce la chiave di volta nell’argomentazione delle Sezioni unite: «l’interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l’interesse individuale del singolo contraente pregiudicato; va quindi «esclusa la idoneità della sola tutela risarcitoria [...] a garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa antitrust». Si potrebbe tuttavia – ma non vi è in questa sede sufficiente spazio per indagarne fino in fondo le implicazioni – valutare se una simile affermazione sia «allineata» con una progressiva e indubbia accentuazione della finalità del diritto *antitrust* anche nel senso di assicurare tutela della concorrenza in senso soggettivo, vale a dire alla libertà economica individuale quale valore *in sé*: cfr. l’ampia indagine di A. KÜNZLER, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 2008.

¹⁵ Ne conta sette, operando i distinguo che, nel testo, ho deciso comunque di considerare nel perimetro delle tre considerate, A. GENTILI, *op. cit.*, 688 ss.

¹⁶ V. per esempio Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, con nota di D. DI MICCO, *Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement*, in *Giur. it.*, 2020, 358.

¹⁷ Cfr. su queste peculiarità del rapporto tra contratto a monte e contratto a valle G. D’AMICO, *op. cit.*, 1312 s. La rilevanza di questo profilo soggettivo è considerata marginale, se non superata, da A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 4, nota 7.

(di modo che non opera il principio *simul stabunt simul cadent*). Si invoca in qualche autore che vi sarebbe, a precluderne la declaratoria, un principio di tassatività delle ipotesi di nullità (anche se, a dire il vero, pare questo un argomento poco perspicuo e alquanto discutibile). Si afferma infine che la questione vada risolta riproponendo la distinzione tra regola di validità e regola di comportamento, per poi ascrivere alla seconda l'ambito precettivo in cui si consumerebbe la condotta *contra ius* della banca che abbia fatto uso delle clausole contrastanti con la disciplina anticoncorrenziale.

La tesi favorevole al solo risarcimento¹⁸ (peraltro caldeggiata dal Procuratore generale presso la S.C., nelle conclusioni depositate in vista dell'arresto delle S.U., prima citato, che le ha nettamente disattese¹⁹), per quanto evidentemente coerente con il presupposto da cui muove – vale a dire la qualificazione del precetto come regola di condotta e non di validità – cede a mio avviso di fronte agli argomenti spesi in favore della nullità, che mi paiono più ficcanti.

In fondo, la rappresentazione delle criticità del rimedio risarcitorio²⁰ ricordano il sapore della nota vicenda²¹ di quel Lucio Verazio che *depalmaverat* i passanti, per poi subito farli tacitare dal servo al seguito con la dazione di venticinque assi, *poena* prevista dalla norma decemvirale e ormai resa pressoché insignificante dal decorso del tempo. In breve, detto rimedio, a tacere della sua peraltro dubbia capacità di far fronte a un «danno» se non attraverso una sovracompenso di carattere punitivo, finisce per non soddisfare la ragione che sottende la regola²². Ragione che non sta certo nella

¹⁸ Sulla quale, tra tutti, merita richiamare l'articolata argomentazione di M. LIBERTINI: cfr. da ultimo in *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza*, cit., 19 ss.

¹⁹ V., in senso critico rispetto alle conclusioni del Procuratore, G. LA SALA, *Aspettando le Sezioni Unite: le osservazioni del Procuratore generale sulla sorte delle fideiussioni omnibus in contrasto con la normativa antimonopolistica*, in *giustiziavivile.com*, 16 dicembre 2021; di diverso avviso V. PISAPIA, *Fideiussioni omnibus e normativa antitrust: validi per la Procura della cassazione i contratti «a valle»*, in questa *Rivista*, 26 novembre 2021.

²⁰ Ben compendiate ora da A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 10 ss.

²¹ Ricordata da Labeone nei suoi Libri di commento alle XII tavole, a quanto narrato da Aulo Gellio nelle *Notti Attiche*.

²² Sulle critiche alla Direttiva 104/2014, relativamente alla parcellizzazione del danno tra tutti i soggetti della catena di approvvigionamento, nonché sull'incapacità

disciplina del singolo rapporto contrattuale fideiussorio²³, ma che va ricercata presupponendo il significato che detto rapporto assume rispetto all'attività di uno dei due contraenti, reiterata nonostante l'accertata contrarietà del contenuto del negozio a norme imperative, e nel contesto del mercato in cui il contratto si colloca. In sostanza la tutela risarcitoria consente il compimento dell'atto che frustra la concorrenzialità del mercato, purché si possa risarcire il danno: dal punto di vista della sua capacità conformativa del mercato, essa è la più debole delle soluzioni, ancor più dove la possibilità di un danno individuale sia, a dir poco, evanescente.

Un ultimo rilievo: il comportamento illecito consterebbe, nel cono d'ombra del dolo incidente²⁴, dell'omessa informazione al contraente circa la natura anticoncorrenziale dell'intesa a monte; il che pare francamente quasi paradossale: la slealtà starebbe nel non rendere edotto un contraente della invalidità di un contratto di cui egli *non* è parte, quando, proprio secondo la tesi qui considerata, detta circostanza non sarebbe in grado di invalidare il contratto di cui egli è parte.

4. *Segue: la nullità.*

La tesi della nullità non è certamente monolitica e presenta plurime sfaccettature.

Ci si chiede in primo luogo se si tratti di nullità derivata, frutto di una sorta di propagazione della nullità a monte, ovvero di nullità diretta.

della stessa azione di classe – e ora delle azioni rappresentative (Direttiva 2020/1828) – a risolvere questi problemi v. E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 143.

²³ Nemmeno mi pare rinvenibile l'esigenza che sottende all'elaborazione della citata categoria del *Folgevertrag*, in Germania: contratto, questo, che coinvolge un terzo non aderente all'intesa anticoncorrenziale e che, pertanto, dovrebbe tutelare l'esigenza di certezza giuridica di quest'ultimo, contro il rischio della caducazione del contratto. Del resto, anche in quel contesto, non mancano i sostenitori della tesi della nullità parziale.

²⁴ Cfr. E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI*, cit., 404, seguito da F. MOLINARO, *Le fideiussioni bancarie omnibus tra invalidità derivata e risarcimento del danno: riflessioni critiche sulla sentenza delle Sezioni Unite*, in *Pactum*, 2022, 1 s.

A mio avviso, si tratta di nullità diretta, virtuale, per contrasto del negozio fideiussorio con norme imperative: l'art. 41 Cost., l'art. 101 TFUE e l'art. 2 L. 287/90. All'autonomia privata è precluso pretendere rilevanza giuridica per contenuti che si pongono in contrasto con la correttezza e la regolarità del mercato (che possa ovvero debba predicarsi un vizio proprio di uno degli elementi – illiceità della causa, ovvero dell'oggetto – del negozio fideiussorio, spostando il fuoco dal primo al secondo comma dell'art. 1418 c.c., rientra nella nota questione della sovrapposibilità dei precetti in caso di contratto illecito e non semplicemente illegale²⁵).

Non sarebbe in breve ammissibile attribuire al contraente che abbia stipulato l'intesa nulla (perché anticoncorrenziale) la facoltà di darvi, comunque, esecuzione²⁶: questa pare essere la ragione ultima della propagazione della nullità dall'intesa al contratto, all'insegna di un collegamento che – ormai l'espressione è diffusa – sarebbe non già negoziale ma funzionale. La difficoltà che simile declinazione del collegamento cerca di eludere è evidente: non è tanto la categoria della nullità a essere in questione, bensì quella del collegamento in senso tecnico, posto che «un collegamento sussiste solo quando oggettivamente l'uno in concreto non si giustifichi senza l'altro, e soggettivamente le parti, soprattutto se non identiche, manifestino un intento di coordinamento di un patto con l'altro per uno scopo comune ulteriore; ma non è questo il caso, stante la piena estraneità del cliente all'intesa»²⁷.

²⁵ Sul punto, per tutti, v. E. ROPPO, *Il contratto*, 2a ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 700 s. Rinvio, per la rassegna delle due opinioni (e l'individuazione delle tesi contrarie), a A. GENTILI, *op. cit.*, 691 s.

²⁶ A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 8 s.: «chi stipula un contratto nullo non è – sul piano del fatto – libero di darvi o meno esecuzione: è l'ordinamento giuridico, piuttosto, che lo smarca dall'obbligo relativo. Questo, però, non significa che il contraente, così smarcato, possa comunque liberamente scegliere – dando pieno sfogo alla propria autonomia – di dare al contratto nullo un'efficace esecuzione». In ordine alla nullità, impiegata per conformare e modellare il contratto si v. anche R. COSTI, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 777; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI, *Diritto privato europeo*, II, Padova, 1997, 509.

²⁷ A. GENTILI, *op. cit.*, 689 s.; rileva che «manca una volontà comune di tutti i soggetti che intervengono nei diversi atti, tra loro appunto collegati, al fine di realizzare un risultato ulteriore e diverso rispetto a quello di ciascun atto

Ciò che è decisivo, dunque, è che l'intesa a monte produce effetti obbligatori (e distorsivi) proprio in quanto impone ai suoi aderenti di adottare un certo contenuto negoziale; ma è quest'ultimo atto a determinare l'effetto distorsivo, di restrizione e falsificazione del mercato²⁸; e non è il venir meno dell'effetto obbligatorio a imporre la nullità del contratto a valle, in quanto non è qui questione di tutelare la libera determinazione negoziale della banca che, slegata dal dovere di conformarsi all'intesa restrittiva, decida poi liberamente di avvalersi di quel contenuto.

L'interesse protetto, affermano le Sezioni Unite, è quello del mercato in senso oggettivo, e non del singolo contraente: è la fideiussione che, in uno con l'intesa, viola la normativa *antitrust*. L'intesa, senza l'atto negoziale che la attua, non è infatti che un programma negoziale, che non falsa la concorrenza, ma che mira a falsarla²⁹. Da questo punto di vista, assume tutt'altro senso la considerazione – pur formulata da chi avversa la tesi dell'invalidità del contratto a valle – giusta la quale il contrasto con la norma imperativa «si *coglie*, semmai, in una *dimensione seriale*, e poi necessariamente fattuale, riguardando cioè il *fatto della reiterazione*, da parte di tutti gli aderenti al cartello, di contratti coerenti con il programma di azione comune in cui esso si concreta»³⁰. Gli è che il *fatto della reiterazione* –

singolarmente considerato» G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1176 (corsivi nel testo), e ivi ulteriori riferimenti.

²⁸ A. GENTILI, *op. cit.*, 700 ss. la prospettiva è ben descritta da G. D'AMICO, *op. cit.*, 1313 ss., e da A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 517 «sarebbe a dir poco controintuitivo imporre una soluzione di continuità rispetto ad un livello, quello della *conspiracy*, che ha senso pratico e dispiega le sue conseguenze negative solo in quanto si traduca operativamente nei contratti di mercato che, viceversa, si vorrebbero separati, autonomi ed indifferenti alla matrice da cui originano». V. anche F. LONGOBUCCO, *op. cit.*, 140 ss.

²⁹ A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 8, nota 15.

³⁰ Così, ancora, G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1176, il quale ritiene tuttavia che da ciò consegua come la norma violata sia una regola di condotta, che attiene alla fase prenegoziale e che attiene al processo formativo dei contratti a valle. L'A. non manca tuttavia di individuare in una regola di validità – nullità speciale e di protezione, giusta la vessatorietà che lo squilibrio contrattuale potrebbe esprimere, ai sensi dell'art. 33, comma 1, cod. cons. – un rimedio *correttivo* e con funzione riequilibratrice (ivi, 1179), e nell'inibitoria – per contratti ancora non esauriti, dal punto di vista dell'attuazione del rapporto – un

che in questo contesto non può assumere il significato di aderenza del singolo contraente «a valle» anche all'intesa «a monte», bastando, appunto, verificare che egli fruisce, nelle proprie pratiche contrattuali, di quel risultato *contra ius* – significa non soltanto condotta prenegoziale, ma fruizione di quel contenuto illecito, che diviene regolamento del contratto singolo e che vale di per sé a integrare il contrasto di quest'ultimo con la norma imperativa a monte.

L'A. da ultimo citato, con indubbia coerenza, precisa³¹ che «è difficile pensare che il giudizio di disvalore dell'ordinamento per un atto di autonomia negoziale, e il disconoscimento della sua attitudine a produrre effetti giuridici [...] possa dipendere, in presenza di un identico contenuto del regolamento contrattuale, da quello che è pur sempre e solo un semplice *fatto*, quale è la struttura del mercato [...] in cui il contratto viene concluso». Ciò su cui, per parte mia, mi sento di dissentire, è che il *fatto* assunto quale rilevante al fine di addivenire alla qualificazione come invalido del contratto, sia la struttura del mercato in cui il contratto si colloca: il *fatto* è invece il *concorrere*, in quanto *reiterato*, di quel contratto, con quel contenuto, alla realizzazione degli scopi dell'intesa vietata. Se ciò determina – vulnerando la concorrenza – la privazione in capo ai clienti finali «dell'unico strumento con cui, nell'ambito di un sistema di contrattazione che è necessariamente seriale, essi possono sottrarsi ad un eventuale tentativo dell'impresa di sfruttare a proprio vantaggio il potere di definire unilateralmente le condizioni contrattuali»³², vale a dire di trovare alternative (possibili evidentemente in un mercato concorrenziale ove le condizioni non siano rese omogenee dall'intesa illecita), allora non vedo perché il rimedio debba necessariamente essere conservativo del contratto ed esprimersi unicamente sul piano risarcitorio. Ciò può (almeno in teoria) svolgere una funzione compensativa per il cliente (anche se appare evidente che, fuori dal caso del «prezzo imposto», diviene più difficile computare il danno rispetto a clausole attributive di diritti e doveri, come quelle qui in considerazione³³), ma non ha alcuna incidenza

rimedio ancor più generale e sicuramente rientrante nel perimetro concettuale della tutela *antitrust*, da attribuirsi anche a chi non goda della qualifica di consumatore.

³¹ G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1177.

³² G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1177.

³³ Lo mette in chiaro anche G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1179.

diretta retrospettiva (ma solo in termini di disincentivi *pro futuro*) sul mercato. Quest'ultimo rimane *conformato* dall'intesa illecita, fintanto che non si espungono dal mercato i contratti che la attuano o, quantomeno, se ne *corregge* il contenuto (adottando la prospettiva della nullità parziale). In altri termini, non mi pare che si tratti qui di riequilibrare il singolo contratto in via di compensazione economica, ma di purgare il mercato dalla distorsione di cui il contratto singolo, nella sua serialità, è causa.

V'è da dire, inoltre, che la soluzione pur possibile di invocare la nullità di protezione ex artt. 33, comma 1 e 36, cod. cons. (con il limite soggettivo, tuttavia, dell'applicazione b2c) impone di fare i conti con le peculiarità dei presupposti di propagazione dell'invalidità, dalla clausola abusiva all'intero contratto, che quella disciplina presenta alla luce della lettura offerta dalla Corte di giustizia, misurabile soprattutto con riferimento agli esiti avuti a mente in sede di rinvio pregiudiziale sotto il profilo delle conseguenze restitutorie (si v. da ultimo la sentenza della CGUE dell'8 settembre 2022, C-80/21 – C-82/21 riunite, in linea di continuità con i precedenti *Banco B. SA, Gomez del Moral Guasch* e fino a *Kásler e Dziubak*³⁴, in tema di mutui con meccanismi di indicizzazione ritenuti abusivi e per lo più in valuta estera). Non è affatto banale, per impatto sistematico, la definizione delle regole di integrazione della lacuna per mezzo di norma suppletiva operata in quel contesto³⁵: ordinariamente preclusa dalla Corte di giustizia in ragione

³⁴ Si tratta dei casi C-269/19 del 25 novembre 2020; C-125/18 del 3 marzo 2020, C-260/18 del 3 ottobre 2019, C-26/13 del 30 aprile 2014.

³⁵ Per un inquadramento di massima del problema v. almeno, per limitarsi ai contributi più recenti, 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 civ.*, 2022, 941 ss.; A. D'ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir. - I tematici, Contratto*, Milano, 2021, 626 ss. (nonché ID., *Giurisprudenza comunitaria e 'massimo effetto utile per il consumatore': nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, 22 ss.); S. PAGLIANTINI, *L'effettività della tutela consumeristica in stile rococò: massimo e minimo di deterrenza rimediabile tra una Corte di giustizia epigona di Dedalo e delle sez. un. 19497/20 sotto scacco di un rinvio pregiudiziale*, in *Foro it.*, 2021, 275 ss. nonché ID., *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, II, 561 ss. e ID., *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore 'costituzionalizzato': la 'dottrina' della Corte di Giustizia da 'Árpád Kásler' a 'Dziubak'*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1258 ss.; C. SARTORIS, *Nullità di protezione e integrazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 609 ss.; P.

delle finalità di deterrenza espresse nel § 7 della direttiva 93/13, essa viene recuperata, in un senso evidentemente *conservativo*, soltanto all'esito di una valutazione (positiva) circa la necessaria propagazione dell'invalidità rimessa al giudice nazionale. Questi – mediante il ricorso alla norma specifica suppletiva, ovvero rimettendo all'accordo delle parti o a una loro trattativa “indirizzata” – potrebbe così *tentare* di evitare che il consumatore (previamente edotto delle conseguenze della declaratoria di abusività anche sotto questo profilo, in linea con la gestione unilaterale del rimedio) sia esposto a conseguenze particolarmente dannose sul piano degli effetti restitutori, in ragione della altrimenti inevitabile nullità integrale. Conseguenze che, invero, nel caso della fideiussione (ove peraltro non pare che l'espunzione delle clausole in esame possano comportare un difetto di funzionamento del contratto tale da imporne, sotto il profilo strutturale, la caducazione) potrebbero determinarsi non già con riferimento al negozio di garanzia, ma con riferimento al contratto di finanziamento garantito (finendo così per impingere nell'identificazione del rapporto di provvista – di natura personale o di impresa – e allargando oltremodo le maglie dell'interesse del consumatore, nel senso sopra ricordato), in termini di decadenza dal beneficio del termine e di richiesta conseguente di immediato rientro delle somme.

Fermo quanto sopra, rimane che – si voglia o no ricondurre alla nullità di protezione *ex art. 36 cod. cons.* la regola applicabile – l'art. 1419 c.c. resta l'inevitabile snodo precettivo di diritto interno e richiede *in apicibus* di indagare, ai sensi del primo comma e *prima* di vagliare qualsivoglia meccanismo di integrazione suppletiva, la «tenuta» dell'atto di autonomia, in una prospettiva che può declinarsi a seconda

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*, 2017, 48 ss.; D. VALENTINO, *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, in *Pers. merc.*, 2016, 153 ss.; G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso di integrazione del contratto. Saggi*, 2a ed., Torino, 2015, 213 ss.; F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, 737 ss.; 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 ss.

delle propensioni in senso soggettivo o causale-concreto, resecato delle clausole nulle (così come in effetti hanno fatto le Sezioni unite: v. *infra*). La norma conserva così pertinenza nella cornice ricostruttiva che si è qui avvalorata (la nullità virtuale per contrasto con norma imperativa, diretta) e che, si ripete, prescinde necessariamente da una valutazione «atomizzata» dello squilibrio contrattuale.

Nulla “a ogni effetto”, nell’art. 2, comma 3 della l. 287/1990, significa allora anche nullo con riferimento agli atti che si pongono in posizione attuativa dell’intesa.

Del resto, anche la nullità testuale potrebbe essere qui predicata: l’art. 2 L. 287/90 definisce intese (e le vieta) «*le pratiche concordate tra imprese*»: ciò, come è stato osservato³⁶, ben può voler significare non soltanto il fatto (o l’atto³⁷) della concertazione, ma anche il *risultato* della concertazione: in questo senso, resterebbe definitivamente superata la consueta diffidenza rispetto alla tesi della nullità virtuale del contratto a valle per violazione della norma sulle intese, sul presupposto che essa taccia sulle loro conseguenze e non occorrerebbe far ricorso a quel collegamento *funzionale* che, in effetti, appare essere una soluzione acconciata proprio per fronteggiare l’insipienza della tradizionale categoria del collegamento contrattuale³⁸. Si colpisce l’atto a monte – che qui è, peraltro, non un vero e proprio accordo di cartello, ma una deliberazione di un organismo associativo, non vincolante ma di fatto recepito nella prassi³⁹ – in quanto esso che si pone in contrasto con un certo valore fatto proprio dall’ordinamento; e si invalida il risultato ultimo, la vincolatività tra le parti del contenuto conforme alla concertazione abusiva (vale a dire l’effetto negoziale⁴⁰), così come

³⁶ A. GENTILI, *op. cit.*, 701: «*i c.d. contratti a valle sono una ‘pratica’, come tale vietata per sé stessa dall’art. 2 della l. n. 287 cit.*» (corsivo nel testo). Ad avviso di M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza*, cit., 22, sarebbe una forzatura, invece, la tesi secondo cui la nullità dei contratti “a valle” potrebbe considerarsi una nullità testuale; mi pare però che detto giudizio sia basato unicamente sulla interpretazione del termine «intese», e non si occupi invece della locuzione qui valorizzata.

³⁷ Cfr., su questa prospettiva qualificatoria, G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, ora in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti (Saggi di diritto antitrust)*, 2° ed., Milano, 2018, 81 ss.

³⁸ Lo ricorda A. GENTILI, *op. cit.*, 693.

³⁹ A. GENTILI, *op. cit.*, 681.

⁴⁰ A. GENTILI, *op. cit.*, 703.

derivante dall'atto a valle, che è la *pratica* anticoncorrenziale concertata⁴¹. Diversamente – ed è questo il sostrato comune alle varie declinazioni del rimedio reale – l'*intesa* anticoncorrenziale resterebbe una carbonara assise mai destinata a incidere sul mercato.

5. *Segue: la nullità parziale.*

La tesi che ha prevalso e che si trova ora scolpita nella pronuncia della S.C. è quella della nullità parziale: essa esprime – muovendo come visto da una prospettiva che trascende lo squilibrio del singolo contratto e che guarda a quest'ultimo come il risultato, la *pratica* concordata, dell'*intesa* vietata – l'esigenza, in senso *correttivo* e non *compensativo*, di eliminare dal mercato una relazione giuridica ritenuta *contra legem*: la singola clausola, se non anche il contratto nel suo insieme, ove esso, senza quella clausola, non possa *sussistere*.

La nullità parziale nell'art. 1419 c.c. viene infatti declinata supponendo l'esistenza di un principio di conservazione rispetto al quale la propagazione del vizio – dalla clausola all'intero contratto – opera come una deroga⁴². Tutta sta, dunque, nell'individuare quale sia il senso della deroga: se funzionale o strutturale e, ancor prima, se disancorato dalle valutazioni compiute, in termini più generali, nell'indicare la nullità come il rimedio più acconcio al caso (su questo *infra*).

Nella motivazione del Collegio di Coordinamento dell'ABF, citato in principio, è evidente il coesistere dei due piani: in ragione della prospettiva causale concreta adottata, il giudizio sulla propagazione si alimenta di una considerazione osmotica del piano funzionale

⁴¹ Cfr. A. GENTILI, *op. loc. cit.*; v. anche C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss.; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, *ivi*, 2004, 1165.

⁴² In ciò, probabilmente, si esprime un ribaltamento di prospettiva (dalla parte al tutto, e non il contrario) che disvela il reale operare della nullità come «medio logico» nel senso divisato da R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4a ed., Torino, 2016, 1508, il quale individua così i due problemi posti dall'adagio *quod nullum est, nullum producit effectum*: «se la causa della nullità diffonde i suoi effetti sull'intero contratto, o su un'area più ristretta, o su un'area più ampia; se la causa della nullità conduce ad una assenza di risultati del negozio, o se invece conduce semplicemente a risultati diversi da quelli voluti dalle parti (come avviene quando opera una sostituzione automatica di clausola)».

(declinato nel solco di una ben evidente tradizione scientifica⁴³) e strutturale (in termini di accessorietà ovvero essenzialità della clausola)⁴⁴.

Le Sezioni Unite hanno di contro argomentato muovendo da una lettura della norma di stampo tradizionale, potremmo dire soggettivo-finzionista⁴⁵: valorizzando l'espressione, contenuta nell'art. 1419, comma 1, c.c., giusta la quale «i contraenti non lo avrebbero concluso» (il contratto), ci si chiede se eliminate le clausole anticoncorrenziali, «le parti avrebbero comunque voluto la garanzia». La pronuncia ritiene che la risposta sia affermativa per entrambi i contraenti. Per la banca, in quanto è a tutta evidenza meglio ottenere una garanzia «più leggera» che non ottenerne alcuna; e per il fideiussore, in quanto è del pari

⁴³ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3 Il contratto*, 3a ed., Milano, 2019, 595 ss.: «Il riferimento a ciò che le parti avrebbero voluto non è il riferimento ad un dato reale ma solo una congettura (...). Ciò che si richiede è quindi una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso»; per A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 5a ed., Torino, 2019, 406, il riferimento ad una volontà ipotetica, e perciò irreali, dei contraenti, va inteso come un modo per indirizzare l'interprete a valutare l'assetto di interessi perseguito col contratto, la funzione concreta dello stesso; cfr. anche A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 76 ss.

⁴⁴ Si legge nella Decisione n. 14555/2020: «Ciò che si richiede è quindi una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso, dovendosi in definitiva accertare se la modifica abbia o no importanza determinante tenuto conto dell'interesse delle parti» (espressioni riconducibili verbatim a C.M. BIANCA, *op. loc. cit.*); al contempo «si deve ritenere che, qualora la nullità parziale del contratto "a valle" riguardi clausole accessorie, esso resti valido per il resto; qualora invece tale nullità riguardi clausole essenziali, esso sia integralmente nullo, a meno che non siano previsti dalla legge strumenti per integrare la sua lacuna».

⁴⁵ Si tratta di una lettura di stampo volontaristico, osteggiata da chi rinviene nella nullità parziale non già il rimedio contro il persistere di un vincolo che, senza la parte nulla, (entrambe) le parti non avrebbero voluto, ma sull'esigenza di scongiurare arricchimenti ingiusti, a prescindere da accertamenti di indole psicologica e da valutare alla stregua della buona fede (in tal senso cfr. già E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 700 ss.). Sul punto, tuttavia, nota R. SACCO, *op. cit.*, 1511, che «non bisogna esagerare l'importanza pratica della contrapposizione fra criterio di buona fede e criterio psicologico. La volontà di contrarre, proprio perché ipotetica, verrà misurata con un certo grado di astrazione, e mancherà quell'impronta soggettivistica che è propria della volontà reale concreta. Il criterio della buona fede, a sua volta, ha bisogno di utilizzare parametri, e la volontà ipotetica è l'unico parametro buono».

meglio ottenere una garanzia più leggera, e che persiste l'interesse a concederla per i rapporti in essere con il debitore principale.

Occorre chiedersi se il risultato possa dirsi soddisfacente.

In prima battuta, pare evidente che esso non possa essere considerato un risultato generalizzabile a tutte le ipotesi di contratti attuativi di una intesa anticoncorrenziale. Ma si tratta, in fondo, proprio di ciò che, con il riferimento all'art. 1419 c.c., ci si vuole assicurare⁴⁶: se una segmentazione degli effetti della nullità può essere praticabile con riferimento a casi nei quali – come quello in esame – si tratta di incidere su clausole che rappresentano una più analitica determinazione del contenuto con riferimento a profili non essenziali, appare evidente come invece la nullità relativa debba arretrare di fronte alla caducazione dell'intero contratto, quando l'intesa restrittiva abbia comportato, per esempio, l'applicazione di un prezzo maggiore di quello che sarebbe stato convenuto in un mercato non distorto.

6. Mercato e contratto: attualità del sistema delle regole di validità?

Altri possono essere i motivi di insoddisfazione nei confronti della nullità relativa: la valutazione assiologica⁴⁷ che sta alla base dell'opzione per la nullità (in breve: occorre guardare al moto che dall'intesa anticoncorrenziale va all'atto, alla pratica negoziale seriale che ne traduce in concreto la disfunzionalità sul piano del mercato) non può arrestarsi improvvisamente nel momento in cui ci si chieda quanto

⁴⁶ Mi pare dunque che sia per certi versi nella natura della categoria che non si possa «accreditare un solco unitario, ossia una formula da applicare coerentemente all'intero spettro di contratti attuativi ipotizzabili» (come segnalano A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 522).

⁴⁷ Una proposta decisamente indirizzata a recuperare coerenza alla categoria all'insegna della sua declinazione in termini funzionali (vale a dire tali da commisurare il rimedio alla luce del concreto assetto di interessi perseguito dalle parti, con finalità «essenzialmente conformativa di rimodellamento del regolamento»), soprattutto a fronte della frammentazione e destrutturazione cui essa è andata incontro, è in C. SCOGNAMIGLIO, *Per una lettura in chiave funzionale del "sistema" delle invalidità*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile. Atti del Convegno – Pisa, 29, 30 novembre e 1° dicembre 2018*, Torino, 2021, 223. Si v. anche, in direzione non dissimile, S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 17 ss.

“pesi” la nullità, restringendo totalmente il giudizio assiologico al singolo negozio, riguardato come una monade esprimente soltanto l'autonomia privata di banca e cliente finale⁴⁸.

Simile approccio non si può trascurare, a maggior ragione, se si adotti una valutazione di “essenzialità” o di “accessorietà”, ai fini del giudizio di cui all'art. 1419 c.c., non meramente strutturale ma, come prima anticipato, tale da restituire alla *parte del tutto* un ruolo che, nell'operazione economica, trascende la capacità del residuo contenuto contrattuale di sopravvivere: è infatti chiaro che la fideiussione è in grado di assolvere alla funzione sua propria anche una volta espunte le clausole 2, 6 e 8. Ed è chiaro che la nullità di dette clausole non deriva da un contenuto delle medesime intrinsecamente contrario a norma imperativa. Il contenuto diventa tale in quanto suo tramite si realizza una distorsione della concorrenza e, dunque, in quanto si dà delle medesime clausole una «*applicazione uniforme*» (così si esprime il provvedimento del 2005 di Banca d'Italia), vale a dire una reiterazione nei singoli contratti che le recepiscono. Non è difficile percepire come la prospettiva muti, con evidenti riflessi sul piano dell'onere della prova.

L'argomento per cui la banca si accontenterebbe di una garanzia “più leggera”, del resto, è, a mio avviso, una *falsa demonstratio*:

⁴⁸ V. in tal senso A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 5: «una corretta impostazione di questo profilo» (quello, criticato dall'autore, dell'idoneità della tutela risarcitoria costituire un rimedio acconcio, nella prospettiva della correttezza ed efficienza del mercato) è anche «fattore indirizzante la soluzione del tema dell'eventuale propagazione della nullità (della «qualità» del rimedio reale, cioè)». E v. anche ivi, 15 ss., ove la chiara funzione delle clausole del modello ABI qui considerate, nel senso di «emancipare la banca dai rischi di regolarità dal punto di vista dello svolgimento dell'attività bancaria», rappresentano un chiaro incentivo delle banche medesime a trascurare cautele anche elementari nel contesto dello svolgimento dell'attività medesima, il che imporrebbe di ritenere integrata una «solida prova per presunzioni ex art. 2729 c.c. di essenzialità delle dette clausole in relazione al giudizio richiesto dall'art. 1419, comma 1, c.c.». E analogo valore probatorio potrebbe assumere il mantenimento nel corpo contrattuale delle clausole in questione, pur dopo il provvedimento assunto da Banca d'Italia, a «denotare un giudizio, da parte della banca interessata, di compiuta irrinunciabilità [...] per la costruzione di una garanzia fideiussoria utilizzabile nel contesto del servizio imprenditoriale del credito» (ivi, 18). Giudica invece in senso diametralmente opposto questo ultimo elemento M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza*, cit., 32, il quale ritiene ragionevole attribuire la circostanza a un «effetto inerziale».

considera soltanto *ex post* il risultato cui conduce la nullità relativa, già applicata (il che è, invece, il nodo da sciogliere). Significa dire che la Banca, espunte le clausole nulle, finirebbe per collocarsi di nuovo in un panorama di offerte ove essa concorrerebbe con le altre Banche, a parità di condizioni; condizioni, questa volta, non falsate dall'intesa anticoncorrenziale e dalla sua reiterata applicazione. Ma si tratta, appunto, di un'ipotesi: se il mercato del credito è *già* falsato⁴⁹ dalla circostanza che le fideiussioni richieste e ottenute prevedono quell'aggravamento delle condizioni, allora si comprende che nel far leva su tale elemento, per escludere la nullità parziale, si avvicina l'argomento alla petizione di principio. Si deve *vichianamente* considerare cosa la Banca ha offerto al mercato: una fideiussione con certe caratteristiche, servente rispetto a operazioni nel cui contesto siffatte caratteristiche sono state riconosciute come essenziali, tanto da non essere eliminate dai modelli contrattuali *malgrado* il provvedimento di Banca d'Italia del 2005.

Anzi, viene da dire: le clausole in questione sono per certi versi finalizzate a consacrare, dal punto di vista della garanzia, una ripartizione del rischio legato all'eventualità che la garanzia soffra le sorti di problemi concernenti il rapporto fondamentale sottostante (i casi di riviviscenza o di sopravvivenza) o, addirittura, la mancanza di diligenza della stessa banca: in questo senso, chiaramente, depongono le conclusioni del provvedimento di Banca d'Italia del 2005, ove, al § 96, si legge che «*tali clausole (...) hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa*».

Analoga "falsità prospettica" rischia poi di presentarsi dal lato del fideiussore, sempre a patto di porsi nell'ordine di idee da cui si sono prese le mosse (cioè che l'atto, qui, vada riguardato come concretizzazione, *in atto*, dell'attività anticoncorrenziale, senza la quale quest'ultima resterebbe, per così dire, pura *potenza*): si è detto, a mio avviso bene, che il giudizio di essenzialità *ex art.* 1419 comma 1, c.c., una volta "depurato" di psicologismi e finzioni, non può in questo caso che avere riguardo non già alla parte del contratto rispetto al tutto del

⁴⁹ Cfr. F. DENOZZA, *op. cit.*, 414; A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 20.

medesimo contratto: ma, piuttosto, al contratto munito delle clausole giudicate nulle rispetto all'offerta di contratti privi di quelle caratteristiche⁵⁰. Ancora una volta, la considerazione fondamentale sta nel fatto che il mercato è *già* falsato dal contratto impugnato. Simili contratti, privi delle clausole incriminate, sono tendenzialmente eliminati dalle offerte potenziali proprio per effetto dell'intesa restrittiva che ha alterato l'offerta.

Si è allora acutamente osservato che «in un contesto di mercato concorrenziale, pure il fideiussore può supporre che avrebbe potuto scegliere tra alternative più convenienti del contratto mondato dalle clausole abusive»⁵¹.

La nullità parziale, allora, finisce per determinare un (non desiderabile) accorciamento prospettico⁵², nel tentativo di governare una così complessa vicenda attraverso una regola che dialetticamente spera di risolvere un conflitto di interessi che si gioca nel mercato attraverso la contrapposizione "atomistica" tra la parte e il tutto del singolo contratto; contratto che è, al contempo, frutto e compartecipe di quella alterazione che si vuole scongiurare.

A me pare che la soluzione possa peraltro giocarsi sul terreno dell'onere della prova.

Ci si è chiesti⁵³, infatti, se il passaggio dall'intesa e dall'alterazione *in potenza* alla pratica a valle (il contratto), che *attua* l'alterazione, non imponga di verificare che effettivamente il contratto di fideiussione impugnato sia espressione di un'uniforme applicazione dell'accordo a monte. Orbene, se si esclude (e ritengo lo si debba fare) la necessità di un accertamento esteso all'adesione negoziale della singola banca all'intesa a monte – sia esplicita, quantomai ipotetica, sia *per facta concludentia* – l'unica possibilità è contentarsi del *fatto* del recepimento delle clausole, in maniera pedissequa.

⁵⁰ A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 19 s.

⁵¹ S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale*, cit., 527.

⁵² S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale*, cit., 528, il quale acutamente rileva come «pensare che la nullità parziale delle fideiussioni *omnibus* stilizzi la sorte dei contratti a valle è, a tutto concedere, una sineddoche. Chi va alla ricerca di una protezione contro il caos, deve avere contezza del fatto che queste sezioni unite statuiscono un *dictum* limitato all'orizzonte che scorgono».

⁵³ G. D'AMICO, *op. cit.*, 1315.

A questo punto, se si vuole evitare il rischio di una petizione di principio e di una sorta di presunzione *iuris et de iure*, la soluzione potrebbe essere nel senso di gravare la banca dell'onere di provare che l'assunto non è fondato: in altri termini, estendere l'indagine all'attività negoziale *comparabile* dell'intermediario. La conclusione di altri contratti di garanzia con il medesimo contenuto, e a condizioni equiparabili, da parte del medesimo intermediario, varrebbe a escludere il rimedio della nullità assoluta, delimitando di contro la caducazione alle sole clausole coincidenti con quelle abusive.

Si tornerebbe così a riguardare non la sorte del contratto impugnato, come una monade, ma la sorte del contratto alla stregua del suo essere componente di una serialità che integra *attività* (a quel punto illecita nel suo complesso, rispetto alla quale la nullità del singolo contratto diviene deterrente).

Si tratta tuttavia, non lo nego, di questione delicatissima. Al di là della pregiudiziale teorica di decidere della nullità del contratto concluso *hic et nunc* in ragione della presenza o assenza di *altri* analoghi contratti, conclusi dal medesimo intermediario con altri clienti finali (nel che, però, si va al fondo del senso stesso dell'opzione interpretativa qui propugnata, che muove dalla esigenza di realizzare una deterrenza sul piano della conformazione del mercato di quel *tipo* di contratto), non c'è dubbio che una simile indagine imporrebbe di individuare, in maniera ben più chiara di quanto oggi non sia possibile fare, indici oggettivi di comparabilità, in grado di assolvere a questo compito. Non sarebbe, di contro, un caso isolato: è stata risolta in tal senso – non senza critiche, anche rudi – la vicenda dell'invalidità del TAEG per mancata inclusione dei costi assicurativi obbligatori, negli orientamenti dell'Abf inaugurati con la decisione del Collegio di Coordinamento del 12 settembre 2017, n. 10621 (cui hanno fatto seguito ulteriori decisioni, sempre del Collegio di Coordinamento, volte a perfezionare l'applicazione dei *benchmark* sulla scorta dei quali effettuare la predetta comparazione, finalizzata a escludere la presunzione di obbligatorietà della copertura assicurativa sottoscritta)⁵⁴.

⁵⁴ Si tratta, in breve, di una vicenda in cui la necessità di includere nel TAEG – a pena di nullità della relativa clausola – il costo di un prodotto assicurativo ritenuto in ipotesi obbligatorio, vale a dire offerto quale *condicio sine qua non* per la conclusione del finanziamento (anche in spregio alla sua qualificazione esplicita, non vincolante,

Del resto, qualsivoglia automatismo di sapore riduzionista, nei confini della nullità parziale, rischia di esporre l'intera vicenda, di cui si sono fin qui ripercorse le plurime epifanie, al gioco della facile prevedibilità della sostituzione automatica delle clausole nulle con le regole di *default* che quelle clausole vorrebbero mettere «in scacco» (ovviamente, questo, al netto della citata diversa prospettiva che sarebbe imposta, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, dalla riconduzione della nullità parziale a quella di protezione ex art. 36 cod. cons.). Prevedibilità che fa gioco, evidentemente, proprio al soggetto che, in un'ottica di deterrenza, il rimedio vorrebbe dissuadere dal tenere la condotta antimonopolistica⁵⁵ e che, nella facile prospettiva di una chirurgia «conservativa» – mi si passi l'immagine – manterrebbe inalterata quella propensione. L'accessorietà, in buona sostanza, viene così sempre postulata, anche quando non è tale, nell'economia dell'attività di cui il contratto rispetto al quale essa è affermata è componente costitutiva.

Fermo quanto sopra, non può negarsi come l'indicare la nullità parziale quale regola pertinente, rimettendo all'operare dei criteri di cui all'art. 1419 c.c. l'eventuale propagazione del vizio all'intero contratto, sia allo stato – e in ciò, probabilmente, una delle ragioni che hanno suffragato la decisione delle Sezioni Unite – una soluzione in grado di realizzare un bilanciamento tra deterrenza e certezza maggiormente propenso a valorizzare quest'ultima; il che potrebbe anche ritenersi in via preliminare corretto, se si assuma incompatibile con la disciplina dei rimedi in ambito *antitrust*, a cominciare da quello aquiliano, ogni funzione propriamente ed *esclusivamente* «punitiva»⁵⁶.

e pur in presenza di un diritto di recesso) è stata legata da un lato a un insieme di elementi presuntivi nel senso della predetta qualificazione (tipo di copertura, durata ecc.), gravando l'intermediario di una prova contraria che, ad avviso del citato Collegio di Coordinamento, potrebbe consistere – tra le altre – anche nella dimostrazione di aver offerto *ad altri contraenti*, e a parità di condizioni, il medesimo contratto di finanziamento, quantunque senza la copertura assicurativa che si presume obbligatoria. In pratica, la nullità della clausola viene legata a filo doppio a una prova che concerne l'attività dell'intermediario, di cui si assume che il contratto oggetto di decisione sia espressione.

⁵⁵ S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale*, cit., 526.

⁵⁶ M.R. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, cit., 417: «non si vede in ragione di cosa, avendo le Istituzioni dell'Unione escluso di affidare in materia

Nel solco di una condivisibile proposta⁵⁷ volta ad avvalorare una “modulazione” dei rimedi che tenga conto – anche in ipotesi limite – del concreto atteggiarsi della fattispecie, mi pare tuttavia che, una volta considerata l’insufficienza del solo risarcimento del danno (che comunque, in via di cumulo, resta sempre possibile) e aperta la strada alla tutela reale, di tipo caducatorio, sia consentito – per tutte le ragioni su esposte – postulare un’inversione della pervasività e dell’intensità nella propagazione dell’invalidità, rimettendo alle regole sulla prova sopra prospettate l’ampiezza della nullità qui predicata. Si avrà dunque, di regola, invalidità del contratto per intero, a condizione che la banca non provi che manchi quella serialità negoziale di cui il contratto *sub iudice* si presume (in ragione del suo contenuto conforme alle clausole riprovate) essere componente. Se la banca sia in grado di fornire detta prova, la caducazione sarà limitata alle sole clausole giudicate coincidenti con quelle approntate dal modello contrattuale ABI. Non mi pare che un esito siffatto finisca per piegare il rimedio a finalità inammissibilmente punitive; ma, semmai, valga a incentivarne la funzionalità conformativa sulle prassi che, in ultima analisi, in questo ambito sono il vero obiettivo della disciplina e giustificano (o perlomeno *dovrebbero* giustificare) ogni scelta di politica legislativa⁵⁸.

antitrust un compito siffatto al rimedio risarcitorio, si possa affidare, sempre nella medesima materia, un tale ruolo al rimedio caducatorio».

⁵⁷ M.R. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, cit., 416 ss.; parlano di «ibridazione» dei rimedi A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *op. cit.*, 523,

⁵⁸ Non occorre sottolineare oltremodo come la definizione delle regole processuali concorra da sempre a delineare i contorni dell’effettività della tutela, nel contesto di cui ci si sta occupando: può dirsi, anzi, che sul disallineamento tra diritti sostanziali e rimedi, nel contesto delle ripartizioni di competenze tra Unione e Stati membri, riposi la ragione ultima delle plurime articolazione del principio di effettività e di equivalenza: cfr., *ex multis*, C. HEINZE, voce *Principle of Effectiveness*, in *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, 2009, § 3. Ciò emerge anche da una ricognizione di massima dei profili interessati dal *private enforcement* in materia, su cui v., per una ricognizione di insieme, F. W. BULST, *Competition Law (Private Enforcement)*, ivi, 2012, 3 ss. nonché 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*, cit., 9-24; ID., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI, *Contratto e antitrust*, cit., 1-23.

La nullità del contratto squilibrato o pregiudizievole: alla ricerca di una clausola generale di invalidità

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Della costruzione giurisprudenziale di una clausola generale di nullità per squilibrio contrattuale (ovvero, della reviviscenza del controllo di meritevolezza). – 3. L'ideologia al fondo del controllo di meritevolezza. – 4. Lo statuto della nullità da immeritevolezza. – 5. Di alcuni abusi giurisprudenziali del controllo di meritevolezza. – 6. A mo' di conclusione: dalla clausola generale di invalidità alle nullità a geometrie variabili (per un uso bilanciato della nullità).

1. Introduzione

Ormai più di quindici anni fa la Corte di cassazione pronunciava le sentenze Rordorf¹, con cui, nel distinguere tra norme di validità e di responsabilità, segnava un punto fermo di notevole importanza nel diritto privato e, al contempo, ribadiva la vitalità delle sue categorie classiche. La distinzione, che affonda negli scritti dei padri nobili del diritto privato², implica tra l'altro che la violazione di norme nella fase di formazione del contratto, a prescindere dal fatto che comporti o meno responsabilità³, non implica anche invalidità del contratto stesso, salvo che così preveda l'ordinamento.

Ora, se si tiene presente quel principio generale che tuttora persiste nel sistema, e che anzi ha acquisito maggiore forza dopo la stagione delle riforme vincolistiche degli anni Settanta del Novecento, secondo cui lo squilibrio contrattuale, normativo o economico che sia, così come il carattere potenzialmente pregiudizievole di un certo contratto non rilevano di per sé, ma solo in presenza di situazioni patologiche nella

¹ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, I, 784. Il tema è stato di recente ripreso da Cass., Sez. Un., 16 novembre 2022, n. 33719, in *Foro it.*, 2023, I, 168 ss.

² F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 13 e 67; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO-A. ALBANESE-A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti*, II, Milano, 2011, 273; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 118.

³ Così le sentenze Rordorf, sulla scia di M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti' del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 187 ss.; contra G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 101 ss.

fase di negoziazione o di conclusione del contratto⁴, ben si comprende come le sentenze Rordorf, nell'ammettere un'eventuale responsabilità precontrattuale da contratto invalido ma svantaggioso, abbiano al contempo escluso che lo squilibrio contrattuale o il pregiudizio che da un contratto può derivare godano di una rilevanza caducatoria al di fuori dei casi espressamente previsti dall'ordinamento.

Nel sistema originario del codice civile, questi casi erano – come ben noto – essenzialmente limitati alle ipotesi di annullabilità per incapacità o per vizio del consenso (errore, dolo, violenza), con un qualche rilievo pure della disciplina in tema di rescissione. Il contratto, in quel sistema, era ancora quello tra pari (il “primo” contratto), secondo la tradizione direttamente derivata dall'Ottocento francese; e tale era rimasto pure dopo la già menzionata stagione riformistica degli anni Settanta⁵, il cui dirigismo aveva ispirato normative di settore, e come tali non ampliabili in via interpretativa, volte a limitare per finalità superiori – eteronome e, verrebbe da dire, di ordine pubblico economico – l'autonomia privata (si pensi alle leggi in tema di lavoro subordinato o di locazione, volte ad attuare principi e valori di rilievo anche costituzionale).

A partire dagli anni Ottanta e soprattutto Novanta del secolo scorso, chiusa l'esperienza dirigistica della decade precedente, il sistema – sempre più ispirato all'ordoliberalismo di matrice comunitaria – ha dovuto rispondere in modo nuovo alle istanze provenienti dalla società e dall'economia, attribuendo sì una nuova importanza alla giustizia contrattuale⁶, ma al contempo dando rilievo a nuove situazioni di asimmetria⁷, emerse in un mondo sempre più complesso e non più leggibile con le ampie e rassicuranti categorie del passato.

Ciò che si è tradotto, pur sempre nel rispetto della tradizionale distinzione tra responsabilità e validità, nelle numerose disposizioni speciali, in larga parte di derivazione eurounitaria, volte alla tutela della

⁴ Cfr., non senza spunti critici, V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 337 ss.

⁵ V. F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, 119 ss.

⁶ Cfr. V. CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2015, 447 ss.

⁷ Cfr. A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2011, 370 ss.

parte debole di un rapporto (che sia consumatore, imprenditore debole, cliente in un rapporto assicurativo, bancario o finanziario). Si tratta di regole presidiate da altrettante nullità, di norma afferenti alla categoria della nullità di protezione, che danno vita ad altri sistemi – il “secondo” e il “terzo” contratto⁸ – e richiedono un profondo sforzo ermeneutico da parte dell’interprete, chiamato a costruire nuovi statuti normativi⁹.

Tuttavia, la nostra giurisprudenza ha avvertito l’insufficienza di queste previsioni, così come delle altre che prevedono altrettante cause di nullità del contratto o di sue clausole, e in diverse occasioni ha ritenuto che esigenze di giustizia sostanziale imponessero, per lo più (ma non solo) nell’ambito di rapporti asimmetrici, di sopperire in via interpretativa alla mancanza di un rimedio caducatorio volto a tutelare una parte lesa da un rapporto contrattuale squilibrato o comunque potenzialmente pregiudizievole. Un tale rimedio, infatti, è apparso preferibile rispetto a quello meramente risarcitorio per una nutrita serie di ragioni, spesso non dichiarate per espresso, ma evidentemente sottese alla ricerca di uno strumento tecnico-giuridico che consentisse di pervenire all’esito caducatorio: si pensi, in particolare, alle difficoltà probatorie che pone la responsabilità precontrattuale in punto di quantificazione del danno o al termine di prescrizione dello stesso diritto al risarcimento del danno¹⁰.

I giudici, nel compulsare il sistema per costruire in via interpretativa un simile strumento di tutela, non si sono rivolti alle previsioni relative all’annullabilità del contratto. Probabilmente questa scelta deriva da almeno tre ragioni, di cui però solo una – la prima – espressa in modo chiaro: a) l’opinione dominante ritiene che le cause di annullabilità costituiscano previsioni speciali e non tollerino interpretazioni analogiche¹¹; b) l’annullabilità parziale rappresenta un fenomeno

⁸ G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2009, 9 ss.

⁹ Spesso peraltro a geometrie (assai) variabili: ma riprenderemo il punto nel § 6.

¹⁰ Risultano emblematiche le diverse questioni che pone il tema del nesso di causalità in ambito di intermediazione finanziaria e inadempimento, da parte della banca, dei suoi obblighi informativi: v. per tutti D. MAFFEIS, *Disciplina degli obblighi meramente informativi dell’intermediario finanziario*, in *Società*, 2020, 1381 ss.

¹¹ Si tratta di un’opinione tradizionale, ancor oggi seguita: L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 336; V. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 713.

oscuro, perché poco indagato e scarsamente dogmatizzato¹², la cui cittadinanza nell'ordinamento è addirittura esclusa da alcuni autori¹³: la conseguenza è che l'annullabilità viene – ora per l'uno, ora per l'altro verso – accostata alla (sola) caducazione dell'intero vincolo contrattuale e assume giocoforza i toni di un rimedio ben poco duttile; c) l'annullabilità non è rilevabile d'ufficio, ma richiede un'apposita domanda di parte, per ciò stesso rappresentando uno strumento meno idoneo, rispetto alla nullità, a fondare un certo attivismo giudiziario¹⁴.

La giurisprudenza ha allora preferito servirsi di un altro strumento (che peraltro proprio nel 2006 una nota sentenza di Cassazione liberava dalle strettoie in cui decenni di massime tralatzie l'avevano confinato¹⁵). Il riferimento va naturalmente alla causa (*sub specie* di immeritevolezza¹⁶), elevata a mezzo attraverso cui far divenire la nullità

¹² Beninteso: esistono ricerche, di sicuro pregio, sul fenomeno dell'annullabilità parziale, volte a individuarne un ambito di applicazione (soprattutto alla luce di previsioni, come quella sul dolo incidente, che sembrano porsi in contrasto con la possibilità di annullare solo alcune clausole o comunque una parte del contratto): si pensi ad esempio alle trattazioni di G. CRISCUOLI, *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 364 ss., che ha proposto di applicarvi l'art. 1419 c.c., e a quelle di A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 85 ss., e di A. NATUCCI, *L'annullabilità parziale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 569 ss.; in giurisprudenza, si vedano Cass., 29 maggio 2014, n. 12117, in *Foro it.*, 2014, I, 2498; Cass., 16 dicembre 1982, n. 6935, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 366; Cass., 26 ottobre 1967, n. 2647, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1368. Nondimeno, l'annullabilità parziale resta in istituto di rilievo, teorico e pratico, assai limitato, il cui approfondimento non raggiunge quello della *Teilanfechtung* in Germania, su cui v., ad esempio, C. PETER, *Grundsätze der Teilanfechtung unter Berücksichtigung der Besonderheiten im Mehrpersonenverhältnis*, in *JURA*, 2014, 1 ss.

¹³ Cfr. Ar. DALMARTELLO, *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 22 ss., seguito – ma solo con riferimento alle annullabilità codicistiche – da C. CONSOLO, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in AA.VV., *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, 50 ss. Di annullabilità parziale, in realtà, parla anche il codice, ma con specifico riferimento ai contratti plurilaterali: cfr. l'art. 1446 c.c.

¹⁴ Sull'attivismo giudiziario v. le belle pagine di M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione Giustizia*, 2020, IV, 37 ss.

¹⁵ Il riferimento va ovviamente a Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718.

¹⁶ Su cui si rinvia, anche per la sintesi del dibattito precedente, alle recenti pagine di F. PIRAINO, voce *Immeritevolezza*, in *Enc. dir.*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 667 ss.

un rimedio generale a fronte di contratti squilibrati o potenzialmente pregiudizievoli. Ad essa converrà dedicare l'attenzione nelle prossime pagine.

2. *Della costruzione giurisprudenziale di una clausola generale di nullità per squilibrio contrattuale (ovvero, della reviviscenza del controllo di meritevolezza)*

Mentre per lungo tempo, dopo l'approvazione del codice del 1942, l'art. 1322, comma 2, c.c. è rimasto in giurisprudenza lettera morta o quasi¹⁷, in diverse decisioni, recenti e anche assai recenti, gli è stato attribuito un ambito di rilevanza e, in particolare, è stato sostenuto che l'immeritevolezza – vizio relativo alla causa e non sovrapponibile a quello di illiceità della stessa – si presenti allorché un contratto attribuisca un vantaggio ingiusto e sproporzionato a una parte o la ponga in una situazione di soggezione indeterminata rispetto all'altra oppure ancora la costringa a violare doveri di solidarietà sociale costituzionalmente imposti¹⁸.

Se si esclude l'ultimo gruppo di casi, che rimanda in realtà a una sorta di *Drittwirkung* dei principi costituzionali¹⁹, le altre ipotesi, in realtà, costituiscono un insieme unico, in cui lo squilibrio particolarmente connotato – il vantaggio ingiusto e sproporzionato o la soggezione indeterminata – non è, in realtà, la *ratio* del rimedio, ma piuttosto un epifenomeno di una patologia sottostante (che, anche nelle decisioni giurisprudenziali, costituisce in realtà la reale ragione della protezione fornita dall'ordinamento).

¹⁷ Come ben noto, l'opinione dottrinale maggioritaria, seguita dalla giurisprudenza delle ultime decadi del Novecento, aveva sovrapposto immeritevolezza e illiceità, al fine di depotenziare il primo controllo, dal sapore (al tempo) dirigistico e corporativistico. Su questi temi v. in particolare G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 406.

¹⁸ Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Foro it.*, 2018, I, 452; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *dirittobancario.it*.

¹⁹ È il caso, ad esempio, di Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 992, a proposito di una clausola, apposta a un contratto di locazione, che vietava a soggetti estranei al nucleo familiare di venire ospitati non temporaneamente nell'immobile locato: clausola che, in quanto tale, violava il principio di libera e piena espressione della personalità del conduttore e i doveri inderogabili di solidarietà.

Tale patologia, come dimostra un'analisi dei casi concreti, altro non è che quella altrimenti definita di "inadeguatezza causale"²⁰, tramite la quale si fa emergere e si dà rilievo a un contrasto interno all'assetto di interessi, concretantesi nel disallineamento del regolamento contrattuale rispetto agli interessi perseguiti dalle parti stesse²¹.

In estrema sintesi: posto di fronte a un contratto, l'interprete deve anzitutto individuare gli interessi perseguiti dalle parti (intesi non come motivi, ma quali aspetti del complessivo senso socio-giuridico dell'operazione economica); a tal fine, l'interprete è chiamato a considerare tanto quegli indici sintomatici evincibili dal contesto, quanto – e soprattutto – le clausole contrattuali. In tal senso può dirsi che le clausole, venendo interpretate, aiutano a ricostruire l'assetto di interessi, e però al contempo vedono adattata la loro interpretazione proprio alla luce dell'assetto di interessi che sta venendo ricostruito²².

²⁰ Del resto, la nota sentenza Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 78, in tema di assicurazioni *claims made*, esclude che questo contratto, ritenuto tipico, vada soggetto a un vaglio di meritevolezza: e, al contempo, tratteggia un sindacato analogo a quello che altrove è andato proprio sotto un simile nome, definendolo però quale controllo di "adeguatezza causale" (consentendo di accorgersi dell'equivalenza sostanziale tra il primo e il secondo, specie ove si ritenga che l'art. 1322, comma 2, c.c. riguardi – a fronte di una prospettiva causale "concreta" – anche i contratti tipici: cfr. G. PERLINGIERI, *L'attualità del «Discorso preliminare» di Portalis. A proposito dei «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, in G. CONTE-S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, III, Mantova, 2017, 314).

²¹ Per alcune considerazioni più approfondite rispetto a quelle che vengono qui formulate (e che, dovendo essere limitate all'essenziale per ragioni di spazio, rischiano di suonare assertive), si consenta il rinvio ad A.M. GAROFALO, *Il giudizio di meritevolezza oggi (dialogando con Aurelio Gentili)*, in *Storia Metodo Cultura*, 2022, 325 ss.

²² Basti pensare, a voler esemplificare, al caso di un'erronea qualificazione: la quale, quantunque in certe ipotesi e a certi fini goda di una qualche rilevanza (v. la menzionata Cass., Sez. Un., 16 novembre 2022, n. 33719, cit., peraltro non senza qualche ambiguità, opportunamente segnalata da F. PIRAINO, *Il mutuo fondiario e la violazione del limite di importo massimo finanziabile: "scotismo" e onnipotenza delle etichette*, in *Contratti*, 2023, 163 ss.), in altri e più numerosi casi appare recessiva e, se contraria agli interessi in gioco, cade (o si limita a richiamare *per relationem* specifici aspetti di disciplina di un diverso tipo contrattuale; in questo senso potrebbero leggersi le parole di V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 408). Del resto, si pensi all'attribuzione di una somma di denaro ingente al fine, espressamente dichiarato, di adempiere un'obbligazione naturale: ove si ritenga la disposizione priva di

Ora, può essere che talvolta una o più clausole appaiano così contraddittorie rispetto al (resto dell') assetto di interessi da non riuscire a modificarlo, né a esserne corrette in via ermeneutica²³: con una conseguente contraddittorietà interna al programma negoziale, di per sé irresolubile, e tale da comportare la nullità ora dell'intero accordo, ora di una sua parte.

Si tratta di un fenomeno che, a ben vedere, non è nuovo per l'ordinamento: una sua prima manifestazione si è avuta allorché si è voluto reprimere quello che si è definito, con formula icastica, "abuso del tipo", ossia la conclusione di un contratto che appartiene a un certo tipo, e quindi l'approvazione degli interessi collegati a questo tipo, accompagnata al contempo dalla previsione di regole che lo snaturano totalmente. L'esempio classico²⁴, e assai noto, è stato quello delle cassette di sicurezza, rispetto alle quali vi è stato chi ha ritenuto nulle le clausole ABI volte a limitare oltremodo la responsabilità dell'istituto bancario (stante la presenza di un tipo palesemente volto a fornire un grado elevato di sicurezza al privato che si avvaleva del servizio)²⁵.

proporzionalità e adeguatezza, di regola la si riqualificherà in donazione (e non ci si limiterà a ritenere l'atto dispositivo nullo, stante l'assenza di un'obbligazione naturale, come viceversa potrà avvenire nel caso in cui il disponente ipotizzasse erroneamente esistenti alcune circostanze che avrebbero potuto fondare il suo obbligo naturale).

²³ Una simile rigidità per solito riguarda regole che, lungi dal limitarsi a fornire una qualificazione, pongono una disciplina del rapporto e che per ciò stesso non riescono a essere disattivate, pur al contempo risultando inidonee a conformare gli interessi dedotti in contratto (il che, come diremo, avviene soprattutto a fronte di rapporti asimmetrici, in relazione ai quali la parte debole appare voler perseguire certi interessi, che la sensibilità moderna proietta inevitabilmente e inderogabilmente sull'assetto di interessi pattizio).

²⁴ Cfr. C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1978, I, 66 s. V. pure A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto «atipico»*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 221 ss.

²⁵ Non è un caso che anche a fronte della diffusione dei contratti di cassetta di sicurezza si siano posti problemi in tutto e per tutto analoghi a quelli poi riemersi a fronte della conclusione di assicurazione *claims made* (in particolare, se le clausole volte a confinare la responsabilità della banca fossero da qualificare come volte a perimetrare l'oggetto o davvero a limitare la responsabilità). Sul punto v. per tutti F. DELFINI, *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la Big Picture*, in *Giur. it.*, 2019, I, 37 s.

Ma non solo: diverse disposizioni codicistiche si fondano, a ben vedere, sulla repressione di un contrasto tra interessi e regole, finendo per concretizzare quella clausola generale di meritevolezza in una serie di casi tipici (cd. “immeritevolezza tipica”). Basti pensare, per limitarci ad alcuni esempi, a queste previsioni: i) l’art. 1229 c.c., il quale sanziona tra l’altro il patto con cui, contestualmente all’assunzione di un debito, le parti del rapporto obbligatorio svuotino interamente il vincolo, mandando esente il soggetto passivo da responsabilità anche per i casi di dolo e colpa grave²⁶; ii) l’art. 1355 c.c., il quale prevede la nullità del contratto ove allo stesso sia apposta una condizione meramente potestativa, tale da rimettere alla volontà del debitore o dell’alienante la decisione su quella stessa vincolatività del contratto che, in realtà, è già stata decisa²⁷; iii) l’art. 1384 c.c., che consente al giudice di ridurre – d’ufficio, secondo la lettura della Cassazione – la penale manifestamente eccessiva avuto riguardo all’interesse del creditore²⁸; iv) l’art. 2265 c.c., a mente del quale è nullo qualsiasi patto che escluda uno o più soci dalla partecipazione agli utili o alle perdite della società²⁹.

²⁶ L’esonero è, in quest’ottica, invalido solo quando si estende alla responsabilità per dolo e colpa grave proprio perché in tali ipotesi si perde il senso stesso della coazione giuridica. Sul punto v. A. D’ADDA, sub art. 1229 c.c., in *Commentario del Codice Civile*, E. GABRIELLI (diretto da), Milano, 2013, 348.

²⁷ Il che contribuisce a spiegare perché la condizione meramente potestativa è giudicata nulla solo se sospensiva e se fa dipendere la vincolatività dell’accordo dalla volontà del debitore o dell’alienante (colui, cioè, che ha interesse potenzialmente contrario all’esistenza stessa del vincolo). Inoltre, si chiarisce in questa prospettiva perché la condizione meramente potestativa è ritenuta valida ove tolleri di essere riqualficata in un’opzione (ossia, in una forma – quella del diritto potestativo – congrua rispetto agli interessi da regolare: v. G. CHANTEPIE-M. LATINA *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*², Paris, 2018, 704 ss.).

²⁸ Cfr. la notissima Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, 2985. La penale manifestamente eccessiva costituisce una regola disassata rispetto all’interesse che il creditore ha alla compensazione di un danno subito (unico interesse che può venire calato nel contratto e, comunque, che il sistema giuridico può leggersi, non essendo consentito alle parti di precipitare nella causa uno scopo schiettamente punitivo; sul punto, peraltro, è interessante confrontare anche l’evoluzione del diritto inglese in tema di *penalty clauses*: v. *Cavendish Square Holding BV v El Makdessi, ParkingEye Ltd v Beavis* [2015] UKSC 67).

²⁹ Il patto leonino, evidentemente, nega la funzione stessa del contratto sociale (sul punto v. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 2010,

La meritevolezza, applicata nel modo che s'è detto da parte della giurisprudenza (quantunque non sempre con piena consapevolezza), è venuta a costituire una clausola generale che, da un lato (cd. "immeritevolezza tipica"), consta di diverse concretizzazioni legislative e, da un altro lato (cd. "immeritevolezza atipica"), abbraccia l'istituto, di creazione dottrinale, dell'abuso del tipo, senza peraltro fermarsi allo stesso e, anzi, estendendosi assai oltre (del resto, l'immeritevolezza riguarda il contrasto concreto tra interessi e regole: e, a loro volta, gli interessi rilevanti, perché proiettati sulla causa, non sono solo quelli propri di un tipo o di un sottotipo, ma più in generale sono tutti quelli in concreto perseguiti dalle parti). Una clausola generale che, a ben vedere, è volta proprio a fornire un rimedio forte – la nullità, a seconda dei casi totale o parziale³⁰ – a certe ipotesi di contratti squilibrati o potenzialmente pregiudizievoli.

Emblematica, in questo senso, è la vicenda dell'assicurazione *claims made* e delle clausole di irretroattività o di retroattività limitata³¹: da un lato vi è un contraente che intende assicurarsi in modo pieno; da un altro lato vi è un'impresa assicuratrice che vende un prodotto che, in virtù delle clausole menzionate, offre una copertura assai scarsa. L'esito ultimo è la correzione del contratto, che viene amputato delle clausole che limitano l'interesse di copertura "piena" entrato nella causa. Tutt'al più, si ammette la ricostruzione della causa attorno a un interesse di copertura anche difettosa o limitata: ma a patto che in concreto l'assicurato ne abbia ricevuto un'informazione adeguata e che quindi

103); per tale ragione, deve considerarsi nullo pure il patto parasociale volto a eludere il divieto, perché nella sostanza diretto a svuotare la causa del contratto sociale (ciò che, invece, non avviene allorché la mancata partecipazione a utili e perdite, lungi dall'essere costante, è eccezionale o comunque limitata nel tempo: v. Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 81, nonché a tal riguardo V. DONATIVI, *Patti parasociali*, in *Tratt. Buonocore-Costi*, Torino, 2022, 186 s., testo e nt. 113).

³⁰ V. § 4.

³¹ Così a partire da Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., poi seguita da gran parte della (nutrita) giurisprudenza di merito e legittimità successiva (tra cui v., Cass., 13 maggio 2020, n. 8894, in *dejure*, proprio sulla "verifica – ai sensi dell'articolo 1322, comma 1, del codice civile – della rispondenza della conformazione del tipo operata attraverso l'adozione delle suddette clausole ai limiti imposti dalla legge").

persegua, anche alla luce dell'esiguità del premio pagato, interessi rilevanti diversi da quelli di copertura "piena".

Ma non è certo questo l'unico caso che segue la logica dell'immeritevolezza (o inadeguatezza causale). Alla stessa possono ascrivere diverse altre vicende come quelle, sempre oggetto di profonda attenzione da parte dei nostri giudici in tempi recenti, dei contratti For You o My Way (perfezionati per finalità asseritamente previdenziali da clienti ignari della vera struttura del contratto)³² o degli *interest rate swap* conclusi per uno scopo di copertura, ma in realtà inidonei a perseguirlo, perché non sufficientemente correlati con il corrispondente rischio (e quindi privi di una struttura idonea a fornire la protezione divisata)³³.

E ancora: quanto meno nella *ratio*, vengono alla mente anche i casi di penale irrisoria e quelli di indicizzazioni irragionevoli. Se la prima ipotesi rimanda immediatamente all'immeritevolezza, trattandosi di sanzionare un patto che priva di ogni contenuto il vincolo obbligatorio del debitore (tant'è vero che si può discutere se convenga applicare, in queste ipotesi, l'art. 1229 c.c. o se sia preferibile predisporre in via interpretativa una regola uguale e opposta a quella dell'art. 1384 c.c.)³⁴,

³² Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Nuova giur. comm.*, 2016, 852; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Contratto in genere*, n. 305. Sulle operazioni My Way e 4You v. A.A. DOLMETTA, *My Way, For You*, «Piano visione Europa» e *Corte di cassazione*, in *ilcaso.it*, 2016, 1 ss.

³³ Cfr. Cass., 31 luglio 2017, n. 19013, in *dejure*. Per la validità di un tale *swap* non è per forza di cose richiesta un'esatta corrispondenza degli elementi caratteristici del contratto (nozionale, durata, tassi) al rischio rispetto a cui fornire copertura: la logica dello *swap* implica una correlazione soltanto sufficiente, quand'anche non perfetta (v. anche Comunicazione Consob n. DI/99013791 del 26 febbraio 1999 e pure la n. DEM/1026875 dell'11 aprile 2001). La ragione è che lo *swap* non è un contratto sartorialmente cucito su certe esigenze di protezione, come potrebbe essere un'assicurazione, ma semmai un accordo con una sua causa tipica, rigidamente standardizzato, che viene poi piegato a una finalità di copertura.

³⁴ Se l'è chiesto, di recente, L. REGAZZONI, *Il problema della penale «irrisoria» nella prospettiva delle clausole di esonero da responsabilità*, in *Pactum*, 2022, 143 ss., il quale ha proposto di applicare l'art. 1229 c.c.: o, per meglio dire, di consentire il risarcimento del maggior danno, seppur solo in ipotesi di inadempimento posto in essere con dolo o colpa grave. Si potrebbe però forse anche ipotizzare una distinzione (che ridonda in una, per vero assai delicata, questione interpretativo-ricostruttiva): tra i casi in cui le parti intendevano davvero fissare una penale, seppur senza rendersi conto della sua esiguità, e quelli in cui – come potrebbe essere dimostrato dall'ammontare irrisorio della penale e dall'assenza di altri elementi di rilievo

la seconda richiama i casi in cui le parti, per governare un rischio – derivante dall’aumento o dalla diminuzione del costo, o del valore, di una certa prestazione –, introducono nel contratto un indice che appare fin da subito (o che diviene) inidoneo a tenere conto proprio di quel rischio³⁵.

Di diversa natura – vale la pena di evidenziarlo per maggior chiarezza – è invece la questione dello sfioramento del limite nel mutuo fondiario, di recente decisa dalle Sezioni Unite nel senso dell’irrelevanza civilistica di tale superamento³⁶. A voler ritenere che il mutuo fondiario sia un vero e proprio tipo, seppur, per così dire, calato dall’alto dal legislatore (giacché non si tratta di un tipo sociale reso giuridicamente nominato dal legislatore, ma immediatamente di un tipo legale), si deve pure ipotizzare che la volontà pattizia di ricorrere a tale schema negoziale sia di per sé rilevante ai fini della qualificazione (nel qual caso l’eventuale sfioramento potrà ora comportare la nullità – totale o parziale – contratto, per violazione di una norma imperativa prevista nell’ambito di un certo tipo all’interno del quale le parti si sono poste, ora essere irrilevante, qualora si ritenga che la norma non sia imperativa)³⁷. Al contrario, a voler supporre che il mutuo fondiario altro

ermeneutico – esse miravano direttamente, e unicamente, a derogare alla responsabilità debitoria. Nelle prime ipotesi sarebbe sempre accordabile il risarcimento del maggior danno, mentre nelle seconde il rimedio sarebbe concesso solo a fronte di un inadempimento posto in essere con dolo o colpa grave; e il discrimine starebbe nel verificare se la regola pattizia era, o meno, immediatamente volta a limitare o escludere la responsabilità (con prevalenza, nell’incertezza o nel disaccordo tra le parti, per la soluzione positiva).

³⁵ Salvo, ovviamente, che le parti non volessero escludere il rischio in parola dalla clausola di adeguamento (il che, però, apre una *quaestio voluntatis*). Per un diverso ordine di rimedi, slegato dall’inadeguatezza causale, v. R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro it.*, 1981, I, 2133 ss.

³⁶ Cass., Sez. Un., 16 novembre 2022, n. 33719, cit.

³⁷ La volontà pattizia non è già nel senso di derogare ad alcuni degli interessi propri di un tipo, pur restando all’interno di quest’ultimo (il che potrebbe dar vita a un caso di immeritevolezza, tipica o atipica). Semmai, le parti approvano tutti questi interessi (per mezzo di una loro indicazione espressa di scelta del tipo: poiché il mutuo fondiario non ha, nella sostanza, alcunché di differente da un mutuo, si deve ritenere che la selezione del tipo sia affidata a una semplice indicazione espressa delle parti); nel farlo, però, violano una norma che riguarda proprio quello specifico tipo: norma che può essere ritenuta imperativa (e giocoforza eteronoma) oppure solo regolatoria (e comunque eteronoma), con conseguenze opposte in tema di nullità o invalidità del contratto.

non sia che un mutuo che intercetta una disciplina di favore in virtù di taluni suoi specifici connotati, e non già un vero e proprio tipo (conclusione che sarà inevitabile per chi ritenga che i tipi legali debbono in ogni caso essere dapprima tipi sociali), si deve concludere nel senso che, nonostante l'intendimento delle parti di concludere un contratto rientrante in un regime di favore legale, lo sfioramento del limite farà sì che la concreta pattuizione costituisca sì un "mutuo", ma sfugga alla qualificazione di "mutuo fondiario" (con il risultato di non potersi parlare di nullità del contratto e meno che meno di conversione, ma piuttosto di semplice riqualificazione del mutuo fondiario in un mutuo semplice)³⁸.

La prima tesi (nella sua seconda variante) è stata quella di recente seguita dalle Sezioni Unite, mentre la seconda è quella che a chi scrive pare preferibile, proprio per la preferibile limitazione del concetto di tipo legale a quei tipi che, prima di essere regolati dal legislatore, sono tipi sociali. Ma quel che più importa in questa sede è che in nessun caso si potrebbe ritenere che lo sfioramento corrisponda a un abuso del tipo (interessi perseguiti per mezzo di clausole in tutto o in parte contraddittorie rispetto agli stessi).

3. *L'ideologia al fondo del controllo di meritevolezza*

La meritevolezza, intesa come controllo di adeguatezza causale e, quindi, come sindacato interno all'autonomia privata volto a promuoverne un uso ragionevole³⁹, diviene, come s'è visto, una

³⁸ Questa era la tesi che, invero, appariva preferibile prima dell'intervento delle Sezioni Unite. V. a tal riguardo F. MACARIO, *Mutuo fondiario e superamento del limite di finanziabilità*, in *Contratti*, 2023, 9.

³⁹ Dove la Cassazione scrive che, "in definitiva, esiste una sorta di parallelismo tra i limiti che il legislatore incontra nell'esplicazione del suo potere e quelli posti all'autodeterminazione dei privati; ed i fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro, vale a dire i controlli di «meritevolezza di tutela degli interessi» (art. 1322 c.c.) e di «liceità» (art. 1343 c.c.)", quel che si vuol dire – più o meno consapevolmente – non è già, e solo, che le norme costituzionali costituiscano limite diretto dell'autonomia privata (il che ridonderebbe in un controllo unicamente di liceità), ma che gli interessi pattizi, letti e ricostruiti attraverso le lenti dell'ordinamento (e quindi pure per mezzo delle norme costituzionali), devono essere

clausola generale: la quale, aggiungiamo ora, è davvero volta a sanzionare contratti squilibrati o potenzialmente pregiudizievoli.

Le ipotesi delle penali eccessivamente esigue, delle clausole di irretroattività nelle polizze *claims made* miste e delle clausole di indicizzazione disallineate rispetto ai rischi di cui dovrebbero tenere conto riflettono, in effetti, altrettanti casi di squilibrio (di squilibrio normativo, ossia di diritti e di obblighi).

Del resto, se di regola in caso di approvazione di interessi corrispondenti a quelli di un tipo o di un sottotipo trova naturale applicazione il diritto dispositivo e, comunque, se di norma la causa concreta trova svolgimento in una disciplina *ex fide bona* del rapporto contrattuale, laddove il diritto dispositivo o la disciplina *ex fide bona* siano derogati in modo irragionevole (senza, cioè, che a tale deroga si accompagni una nuova conformazione dell'assetto di interessi), è inevitabile ammettere che si sia al cospetto di uno squilibrio, proprio poiché la disciplina equilibrata sarebbe stata (invece) rappresentata dal diritto dispositivo, quale normale *Zuendedenken* del tipo o del sottotipo, e dall'integrazione *ex fide bona*, quale particolare *Zuendedenken* correlato a quello specifico rapporto contrattuale⁴⁰; uno squilibrio, peraltro, intollerabile, perché irragionevole (non accompagnandosi a una revisione degli interessi al cui perseguimento l'accordo mira).

Nei casi, poi, di *swap* inidonei a svolgere una funzione di copertura o di piani previdenziali in realtà implicanti audaci operazioni finanziarie è evidente che, quantunque non sia giocoforza presente uno squilibrio, i contratti sono in un duplice senso pregiudizievoli o potenzialmente tali per il privato che li ha conclusi: da un lato, non corrispondono a ciò che costui poteva aspettarsi; da un altro lato, da essi può derivare – e anzi spesso deriva – una perdita dal punto di vista patrimoniale.

sufficientemente congrui rispetto al regolamento contrattuale: così come le disposizioni legislative devono essere adeguate – ragionevolmente adeguate – rispetto agli interessi che vogliono perseguire, andando altrimenti incontro a un giudizio di illegittimità costituzionale per violazione del parametro recato dall'art. 3 Cost.

⁴⁰ La corrispondenza tra interessi e regole è al fondo di diversi istituti contrattuali: e, soprattutto, è ben chiarita, nel suo funzionamento, dalla *ergänzende Auslegung* tedesca (su cui v. per tutti D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*⁹, München, 2006, 132 ss.).

In entrambi i casi – di squilibrio contrattuale o di contratto potenzialmente pregiudizievole – la meritevolezza, quale clausola generale, è volta a reprimere ipotesi che, seppur tra loro omogenee, sono inevitabilmente diverse: con la conseguenza che all'interprete è richiesta un'opera di concretizzazione della clausola generale. Si tratta di uno strumento sì residuale da un punto di vista statistico, perché idoneo ad abbracciare solo casi-limite, ma al contempo assorbente, essendo evidente che la nullità da immeritevolezza, allorché si sovrappone a eventuali altre forme di invalidità (ad esempio, per annullabilità) o di responsabilità (come quelle derivanti da scorrettezze precontrattuali), finisce per escluderne l'operatività⁴¹.

La meritevolezza, peraltro, supera quel tradizionale principio per cui squilibrio o pregiudizio sono rilevanti, nel mondo dei contratti, solo se collegati a una disfunzione precontrattuale (salvi casi eccezionali, come quelli di causa irrealizzabile perché *dérisoire*): basti pensare alle ipotesi di penali eccessivamente esigue, dove il punto saliente non è affatto rappresentato da una responsabilità nelle trattative. Ma, in pari tempo, la meritevolezza aggira nella sostanza anche le sentenze Rordorf, pur mantenendosi alle stesse formalmente fedele: benché in nessun modo essa miri a sanzionare con l'invalidità una patologia precontrattuale, è chiaro che in alcuni casi essa rappresenta principalmente una prospettiva particolare attraverso cui guardare a una simile patologia (ossia, a una disfunzione precontrattuale) altrimenti condannata all'irrelevanza o a una rilevanza diversa rispetto a quella che deriva dall'applicazione della nullità (per inadeguatezza causale). Lo dimostra, in modo lampante, la vicenda delle clausole *claims made*, in cui un problema di informazione precontrattuale relativo alle condizioni di polizza assume una diversa e peculiare rilevanza nell'ottica dell'immeritevolezza.

Il che ci collega a un altro e diverso tema: ossia, a quali condizioni certi interessi entrino nella causa del contratto, pur in presenza di clausole apparentemente opposte, senza venire poi da queste ultime conformati.

⁴¹ Il che è sempre vero se la nullità da immeritevolezza è intesa (o comunque in concreto è applicata) come nullità assoluta; viceversa, è vero solo da un punto di vista statistico (e di opportunità) ogni qual volta la nullità da immeritevolezza si attegga a nullità relativa (v., sul punto, il § 4).

Interrogativo, questo, la cui risposta richiede un approccio casistico, che impedisce eccessive generalizzazioni (e impone, semmai, l’elaborazione di una tassonomia che possa rappresentare una guida per l’interprete), ma che al contempo consente di individuare alcune linee di tendenza⁴².

Anzitutto, va rilevato che la stessa rilettura di alcune norme codicistiche in chiave di immeritevolezza, e quindi di sindacato consentaneo all’autonomia privata (e non già eteronomo), deriva ed è permessa da una revisione in senso solidaristico del sistema. Si pensi alla regola di cui all’art. 1229 c.c.: per un verso, potrebbe ritenersi che essa miri a sanzionare, per ragioni eteronome (volte, ad esempio, alla tutela della classe dei creditori), chi conclude un contratto e in pari tempo accetta una deroga alla responsabilità per dolo o colpa grave⁴³; per un altro verso, potrebbe sembrare che essa, a fronte di un accordo volto a creare un vincolo, semplicemente escluda tutto ciò che irragionevolmente e contraddittoriamente neghi quel vincolo⁴⁴. La differenza tra le due posizioni sta in una minore o maggiore “materializzazione” dell’autonomia: ora vista in senso più formalistico (come avveniva per lo più in passato), ora invece più solidaristico (come avviene oggi e come dimostra proprio la vicenda dell’immeritevolezza).

Questo stesso solidarismo, che percorre oggi l’ordinamento, porta in diversi casi – e specialmente a fronte di rapporti asimmetrici – a rendere rilevanti, quali interessi proiettati nella causa del contratto e non superabili da clausole pur contrarie, lo scopo che la parte debole intende in concreto perseguire o addirittura, e semplicemente, lo scopo che normalmente la parte debole di un tale rapporto persegue. Così, nelle ipotesi di *swap* volti a perseguire una funzione di copertura quest’ultima rientra nella causa del contratto anche se solo dichiarata dal cliente nella fase precontrattuale come sua finalità. Quanto poi all’assicurazione *claims made*, la funzione di assicurazione “piena” precipita

⁴² Linee che riflettono l’importanza rivestita negli ultimi anni dal principio di solidarietà nella rilettura dell’ordinamento privatistico (v., tra tante, la notissima C. Cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, 2035).

⁴³ F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, *passim*.

⁴⁴ A. TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. civ.*, 1951, 251 ss.

immediatamente nella causa, in quanto finalità normale (quantunque poi, stando a una certa opinione, le parti possano escluderne il rilievo, a patto che al cliente venga fornita un'informazione chiara e trasparente circa il fatto che il contratto da concludere presenta delle lacune di copertura)⁴⁵.

Come ben si vede, una reinterpretazione in senso solidaristico dell'ordinamento conduce ad aumentare, e di molto, le ipotesi di immeritevolezza, soprattutto nell'ambito della contrattazione asimmetrica: senza, però, affidarsi a criteri rigidi o formalistici (come lo *status* di una delle parti⁴⁶), ma semmai in base a un apprezzamento del caso concreto degli interessi pattizi. Detto in altri termini: l'immeritevolezza resta rimedio di parte generale, che però estende il suo campo d'azione soprattutto nell'area dell'asimmetria contrattuale (da dove, anzi, il sindacato di meritevolezza trae nuova linfa, in un moto circolare che, nel suo movimento di ritorno, rappresenta un esempio della diffusa "consumerizzazione" dell'intero diritto privato⁴⁷).

Con specifico riferimento ai contratti tra parti diseguali il risultato finale è, tra l'altro, quello di dar vita in talune ipotesi ad altrettante "cause di classe": dove la flessibilità della causa in concreto è sostituita da una nuova rigidità, derivante dal fatto che gli interessi "normali" (ossia, normalmente perseguiti da un contraente-modello) conformano di per sé la causa, sino al punto che questa "normalità" limita l'autonomia delle parti, restringendo la libertà delle parti deboli. Siamo però ben lungi dalla conformazione contrattuale, volta a dare rilievo alla prospettiva dell'attività d'impresa e, in uno, a realizzare attraverso la tutela del singolo effetti di più larga scala: non vi è qui alcuna protezione direttamente volta alla tutela della parte debole e, meno che meno, uno scopo indirettamente repressivo di certe prassi commerciali; l'immeritevolezza resta, semmai, un presidio dell'autonomia privata

⁴⁵ Sul punto si consenta il rinvio, anche per le citazioni bibliografiche, ad A.M. GAROFALO, *L'assicurazione claims made e il dialogo tra formanti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, IV, 1039 ss. In giurisprudenza, di recente v. Cass., 26 aprile 2022, n. 12981; Cass., 22 aprile 2022, n. 12908; Cass., 13 novembre 2019, n. 29365, tutte in *dejure*.

⁴⁶ Mentre, invece, come ben noto la disciplina consumeristica gravita attorno alla definizione – formalistica, anche e soprattutto per finalità di certezza – di "consumatore".

⁴⁷ Su cui v. per tutti V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Id.*, *Il contratto del Duemila*⁴, Torino, 2020, 69 ss.

volta a preservarla da un uso patologico, per quanto, ovviamente, una sua estensione finisca per realizzare, in fin dei conti, proprio un effetto di conformazione dell'attività d'impresa⁴⁸.

4. *Lo statuto della nullità da immeritevolezza*

L'immeritevolezza è assistita, secondo la giurisprudenza, dalla sanzione della nullità: il che contribuisce a giustificarne il suo successo. Del resto, riletta quale inadeguatezza causale, l'immeritevolezza non può essere collegata a una semplice inefficacia o inesistenza (parziale o totale) del contratto⁴⁹, come avverrebbe se essa costituisse il frutto di una semplice operazione ermeneutico-ricostruttiva: si tratta, infatti, di un istituto che presuppone la rilevanza di un contratto, di cui eventualmente predicare la nullità (parziale o totale)⁵⁰. Il contratto, con tutte le sue contraddizioni, è voluto: e l'intervento dell'ordinamento, in funzione di uso ragionevole dell'autonomia, è successivo ed è volto a riportare in asse interessi e regole.

Ciò non toglie che di tale nullità debba approfondirsi lo statuto, il quale determina ovviamente anche il tipo, e il grado, di tutela che l'istituto è in grado di fornire. D'altro canto, che lo statuto della nullità tratteggiato dagli artt. 1418 ss. c.c. non sia l'unico esistente nel sistema e, comunque, subisca diverse deroghe è ormai un dato acquisito, se sol

⁴⁸ Detto in altri termini: la meritevolezza resta un problema dell'atto, più che dell'attività, quantunque, da un lato, la selezione degli interessi rilevanti (e idonei a proiettarsi sulla causa del contratto) risenta delle prassi del mercato (oltre che di una tendenza assiologica più o meno solidaristica nel rileggerle dall'interno dell'ordinamento) e, da un altro lato, il giudizio di immeritevolezza di certe operazioni contrattuali ridondi in una conformazione indiretta dell'attività. Sulla prospettiva dell'immeritevolezza nell'ottica dell'attività d'impresa v. le considerazioni di M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili ricostruttivi)*, II, Torino, 2013, 79 ss.

⁴⁹ Sulla differenza tra nullità e inesistenza v. M. RABITTI, sub art. 1418 c.c., in *Commentario del codice civile*, E. GABRIELLI (diretto da), Milano, 2012, 524 ss., testo e nt. 16

⁵⁰ Del resto, a ritenere il contrario non si comprenderebbe la necessità di un'apposita disposizione, come l'art. 1322, comma 2, c.c., volta non già a risolvere una questione interpretativo-ricostruttiva, ma semmai a limitare espressamente l'autonomia privata.

si pensa al diffondersi delle nullità di protezione e al frantumarsi del loro statuto⁵¹.

Due sono i quesiti che sovengono ai nostri fini: a) in che termini la nullità in parola possa essere, e rimanere, solo parziale; b) se e a quali condizioni tale nullità possa essere di protezione (quanto a legittimazione a rilevarla).

Il primo interrogativo trova una risposta, per quanto frammentaria, nel sistema: e, precisamente, negli artt. 1229 e 1355 c.c., i quali prevedono ora la nullità parziale del patto tipicamente immeritevole (nullità del solo patto di deroga alla responsabilità concluso contestualmente all'assunzione di un vincolo), ora la nullità totale dello stesso (nullità dell'intero contratto che subordina alla mera volontà del debitore il prodursi dei suoi effetti). La differenza, a ben vedere, sta nel fatto che nel primo caso la contraddittorietà attiene a una clausola che incide su una delle varie regole che derivano dal contratto (la responsabilità debitoria), mentre nel secondo riguarda una clausola la cui rilevanza tocca il contratto nel suo stesso nucleo e nel suo stesso fondamento (privato di ogni sua coercività)⁵². Ne deriva che nella prima ipotesi l'espunzione della regola, di per sé recessiva, lascia in vita l'assetto di interessi; nel secondo, invece, la centralità della clausola impedisce di ritenere davvero voluto il contratto privato della stessa.

Non solo: l'art. 1229 c.c., nel richiamare un'ipotesi di nullità parziale, fa ben comprendere che in casi del genere la nullità, oltre a non trasmettersi all'intero contratto e a comportare la riespansione della disciplina di *default*, non si estende all'intero esonero da responsabilità,

⁵¹ Sul senso ormai molteplice e plurale della nullità cfr. C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 476 s., anche con richiamo di V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo: quadro di sintesi*, in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 438.

⁵² In tal senso può pure spiegarsi la soluzione che la giurisprudenza tradizionalmente dà al problema della nullità del patto leonino, ritenendo che essa non si estenda all'intero contratto sociale (o comunque all'intera partecipazione allo stesso di un socio), ma conduca piuttosto all'applicazione delle norme dispositive in tema di ripartizione di utili e perdite (v. già Cass., 3 marzo 1955, n. 626, in *Dir. fall.*, 1955, II, 5).

ma solo quella parte che esclude la responsabilità per dolo e per colpa grave (mantenendolo in vita, dunque, per i casi di colpa lieve)⁵³.

Questa dovrebbe essere, dunque, la logica per distinguere tra nullità per immeritevolezza totale o solo parziale e per regolare il funzionamento di quest'ultima: funzionamento che non sarà mai soggetto all'art. 1419 c.c., poiché dall'espunzione della clausola illogica deriverà l'applicazione del diritto dispositivo, illogicamente derogato. Né un simile esito può sorprendere: l'art. 1419 c.c., peraltro dettato con precipuo riferimento a nullità di stampo eteronomo, riguarda un contratto già ricostruito e interpretato e come tale privo di patologie, mentre nelle ipotesi di cui si discute il contratto presenta una disfunzione che compare nella stessa fase di ricostruzione-interpretazione e che, però, non riesce a venire risolta⁵⁴.

Proviamo a esemplificare.

A fronte di una clausola di irretroattività in un'assicurazione *claims made* mista, l'intervento del giudice sarà di regola volto a espungere la singola clausola: infatti, il contratto ha una struttura che non fa perno su questa regola, la quale può quindi ben essere rimossa. E tale espunzione, a ben vedere, dovrebbe tradursi in un'estensione della retroattività tale, semplicemente, da riportare a meritevolezza l'accordo (facendo riacquistare al regolamento contrattuale una corrispondenza con la funzione di copertura reale)⁵⁵.

⁵³ Sul punto v. A. D'ADDA, *op.cit.*, 370 ss., anche per i riferimenti giurisprudenziali.

⁵⁴ Per di più, l'art. 1419 c.c. gravita attorno a una valutazione di essenzialità che è inapplicabile alle ipotesi di immeritevolezza, dal momento che, mancando un assetto di interessi ricostruito nella sua pienezza e senza contraddittorietà interne, difetta il criterio su cui condurre un tale sindacato di essenzialità (che, come pare preferibile, rinviene il suo parametro proprio nella causa concreta del contratto). Sull'art. 1419 c.c. v. per tutti M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, I, 105 ss. e 483 s.; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 686 ss.

⁵⁵ In linea generale v., oltre alle norme previste per alcuni settori professionali e volte a concretizzare la meritevolezza (art. 11, l. 24/2017; art. 2, d.m. 22 settembre 2016), Cass., 25 febbraio 2021, n. 5259, in *dejure*, secondo cui "la dichiarazione di nullità della clausola *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile, non può comportare l'automatica sostituzione della relativa polizza con il modello *loss occurrence* di cui all'art. 1917, comma 1, c.c., trattandosi dello statuto negoziale che le parti hanno espressamente voluto emendare. Il giudice di merito deve invece integrare il contratto individuando, tra i differenti modelli di

Nell'ipotesi, invece, di contratti For You o My Way, tutta la struttura del contratto appare essere inidonea allo scopo precipitato nella causa, sicché non si potrebbe procedere a depurare il contratto da una clausola apposta allo stesso per ripristinarne la funzionalità. Il contrasto è frontale e riguarda il nucleo delle regole: non già per importanza o essenzialità, ché qui non si tratta di applicare l'art. 1419 c.c., ma perché a confliggere con gli interessi sono segmenti della disciplina pattizia su cui tutto il complesso di regole approvate dalle parti si fonda⁵⁶.

Quanto, infine, ai contratti di *swap* inidonei a perseguire uno scopo di copertura, si dovrebbe distinguere (quantunque ciò di regola non avvenga in giurisprudenza): vi potranno essere ipotesi in cui il contratto riesca a salvarsi parzialmente, essendo possibile un intervento sartoriale volto a riportarlo alla funzione divisata (ad esempio, ove il nozionale sia più alto rispetto al rischio da coprire), mentre in altri casi nulla di ciò potrà avvenire (ad esempio, se la scelta dei tassi di riferimento è del tutto disancorata dall'esposizione debitoria rispetto a cui lo *swap* dovrebbe fornire una copertura)⁵⁷.

Resta poi da dire della legittimazione a rilevare, e a far rilevare, la nullità.

In dottrina si va diffondendo la tesi per cui la nullità di protezione costituisca un modulo che l'interprete può applicare anche nel silenzio del legislatore, e pure al di fuori della disciplina consumeristiche

clausola *claims made* rinvenibili nell'ordinamento, quello maggiormente compatibile con gli interessi dei contraenti, così riadeguando le condizioni di polizza in funzione della causa concreta".

⁵⁶ Cfr. Cass., 5 marzo 2020, n. 6201; Cass., 3 maggio 2017, n. 10708, entrambe in *dejure*. La seconda decisione, come già la precedente sentenza n. 22950/2015, per vero sottolinea anche, e soprattutto, il carattere sostanzialmente unilaterale dell'alea (così, tuttavia, nascondendo il punto focale della questione, che è – come ben emerso nella decisione n. 2900/2016 – quello del travestimento, nei panni di un piano previdenziale, di un'operazione finanziaria complessa e assai rischiosa).

⁵⁷ Ipotesi ancora differenti sono quelle dello *swap* che protegge in modo "scarso": ad esempio, perché il nozionale è inferiore all'esposizione debitoria che si vorrebbe garantire, come avveniva in Cass., 6 settembre 2021, n. 24014, in *dejure*, e pure in Trib. Torino, 14 gennaio 2020, n. 185, in *ilcaso.it*. In casi del genere il derivato non dovrebbe essere considerato immeritevole (quantunque così di tanto in tanto avvenga in giurisprudenza): può emergere semmai una responsabilità precontrattuale a carico dell'intermediario che non ha venduto "abbastanza" protezione.

nell'ambito della quale esso è sorto, ogni qual volta particolari esigenze lo richiedano⁵⁸.

Nel caso dell'immeritevolezza queste esigenze si presentano ogni qual volta si sia in presenza di una contrattazione asimmetrica e la peculiare rilevanza di certi interessi sia derivata proprio dalla specifica natura della contrattazione: in tal caso, infatti, la nullità reca in sé traccia del rapporto asimmetrico, che la giustifica, e quindi si atteggia – per quanto indirettamente – a strumento rimediale previsto a fronte di una simile situazione. La nullità, quindi, dovrà essere intesa come protettiva: sicché sarà la parte debole a poter scegliere se far valere, o meno, la nullità.

Più complesso, semmai, è comprendere il ruolo del giudice. Nelle nullità di protezione consumeristiche, come noto, il giudice può (e deve) rilevare la nullità, ma non può dichiararla ove il consumatore vi si opponga⁵⁹. Vale una simile regola anche per la nullità di protezione da immeritevolezza?

L'interrogativo sottende in realtà più questioni: ad esempio, se lo statuto della nullità di protezione sia molteplice e in che termini si possa differenziare tra nullità protettive consumeristiche e, per così dire, strutturali. Ammesso che il primo quesito trovi risposta positiva, resta che il giudice non dovrebbe poter dichiarare l'invalidità indicata dalla parte forte del rapporto (il che equivarrebbe, nella sostanza, a rendere la legittimazione assoluta). Ciò può voler dire che il giudice non ha alcun potere di rilevazione o comunque di dichiarazione della nullità in assenza di un'eccezione del debitore oppure che, in caso di opposizione del debitore, non gli è consentito pronunciare la nullità stessa (altrimenti rilevabile e dichiarabile).

Ora, pur non presentandosi nelle ipotesi in parola una necessità di tutela di una parte disinformata e inesperta come strutturalmente è il consumatore, la situazione di asimmetria impone di attribuire un generale potere di ausilio al giudice: con la conseguenza che dovrà comunque applicarsi la regola valevole in linea generale per la nullità di protezione consumeristica, consentendo al giudice di rilevare e

⁵⁸ V. per tutti G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, I, *Teoria generale, Persone e Famiglia*, Milano, 2010, 1016.

⁵⁹ A partire dalla assai nota Corte giust. UE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon*.

dichiarare l'invalidità in ogni caso, salva l'opposizione della parte protetta.

5. Di alcuni abusi giurisprudenziali del controllo di meritevolezza

La repentina espansione dell'immeritevolezza riflette un processo per larghi tratti irrefrenabile e dettato, da un lato, da una sensibilità socio-economica nuova e, da un altro lato, da una tendenza generale del sistema.

Ciò non toglie che, talvolta, la giurisprudenza ha abusato di questa categoria, come dimostra la vicenda degli *swap*.

Secondo una nota teoria, avallata dalle Sezioni Unite⁶⁰, il contratto di *interest rate swap* concluso tra una banca e un cliente deve poggiare su una causa aleatoria razionale: il che postula una completa informazione, nei confronti del cliente, circa il *mark to market* e gli scenari probabilistici, oltre che sui costi occulti nascosti nel contratto (e derivanti dallo squilibrio aleatorio iniziale)⁶¹.

Questa tesi, almeno per come è stata argomentata dalla Cassazione, si fonda sull'estremo tecnicismo del contratto di *swap*, il quale

⁶⁰ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Contratti*, 2020, 539. La sentenza delle Sezioni Unite aveva ad oggetto lo *swap* di un ente locale; tuttavia, il principio richiamato nel testo, effettivamente espresso in modo assai ampio dal Collegio, è stato poi applicato anche agli *swap* dei privati dalla giurisprudenza maggioritaria successiva, tanto di legittimità (v. ad esempio Cass., 29 luglio 2021, n. 21830; Cass., 10 agosto 2022, n. 24654, entrambe in *dejure*), quanto di merito (C. App. Roma, 6 dicembre 2022, n. 7900; C. App. Milano, 18 novembre 2021, n. 3382, entrambe in *centroanomaliiebancarie.it*; *contra*, però, Trib. Milano, 6 marzo 2023, n. 1717, in *dirittobancario.it*).

⁶¹ Anche in questo caso, come nell'ipotesi dell'assicurazione *claims made*, si potrebbe ritenere che l'immeritevolezza sia evitata da un'informazione piena e adeguata (lì, sulla retroattività limitata o mancante; qui, sui costi occulti). Volendo invece seguire una tesi più rigida, si dovrebbe ritenere che nemmeno un'informazione piena e completa consenta, in ipotesi del genere, di evitare il giudizio di immeritevolezza: e, ciò, perché gli interessi "normali" o addirittura "ragionevoli" della parte debole si proietterebbero come tali nella causa del contratto, pur a fronte di un'informazione trasparente circa il perseguimento, mediante la pattuizione concreta, di uno scopo in tutto o in parte discrepante. Questa seconda opzione sembra, però, d'impronta eccessivamente solidaristica, alla luce delle scelte politiche immanenti nel sistema (e pure di quelle che l'interprete può autonomamente porre in essere).

costituisce un accordo della finanza e la cui causa non si confonde con quella di scommessa – nonostante la sovrapponibilità strutturale – proprio per il diverso ambito su cui insiste. Tanto che il legislatore ha utilizzato un criterio soggettivistico per distinguere scommesse e derivati, richiedendo, con l'art. 23, comma 5, t.u.f., che almeno una delle due parti del contratto sia un soggetto della finanza (ossia, un intermediario).

Se così è, deve ritenersi – ecco la sostanza del ragionamento delle Sezioni Unite – che il cliente possa partecipare alla causa di un *interest rate swap* solo se riceve un'informazione tale da colmare il suo *deficit* e da essere messo in una condizione pressappoco analoga a quella dell'operatore finanziario: per l'appunto, venendo a conoscenza del *mark to market* e degli scenari probabilistici, nonché concludendo un contratto perfettamente *par* (salvo, ove così non fosse, che il disequilibrio economico sia giustificato da una comunicazione trasparente relativa ai costi applicati, che cessano di essere occulti).

Un simile modo di argomentare non convince e, soprattutto, sottende un abuso dell'immeritevolezza.

L'inadeguatezza causale non si fonda, nei casi di cui s'è detto, sull'inadeguatezza delle regole contrattuali rispetto a interessi che corrispondono allo scopo perseguito o normalmente perseguito dalla parte debole, ma piuttosto rispetto a interessi che l'interprete ritiene connaturati al tipo: se il tipo "derivato" è contratto dominato da un notevole tecnicismo, dovrebbe essere inevitabile accedervi solo sulla base di un elevato livello di razionalità e, quindi, avendo a disposizione informazioni particolari ed evitando qualsiasi squilibrio economico non riconosciuto e accettato.

Senonché, il legislatore ha scelto un criterio soggettivo, come tale formalistico e rigido, per distinguere derivati e scommesse proprio al fine di evitare contenziosi e liti (che sarebbero altrimenti sorti senz'altro e che avrebbero riguardo l'appartenenza, in concreto, del singolo contratto al "mondo della finanza"). Al contrario, il legislatore non ha dettato la norma dell'art. 23, comma 5, t.u.f. per richiedere che il cliente concluda l'*interest rate swap* solo e soltanto se messo in grado di farlo, ossia se posto a un livello di razionalità almeno pari a quella dell'intermediario. Per di più, l'applicazione della tesi della causa aleatoria razionale conduce a esiti assai discutibili, conducendo a dichiarare nulli praticamente tutti gli *interest rate swap* conclusi in

passato, poiché di fatto perfezionati sempre senza alcuna indicazione – che mai alcun intermediario avrebbe potuto ritenere necessaria – circa il *mark to market*, gli scenari probabilistici e i costi occulti (quand’anche assai ridotti)⁶².

E non è tutto: l’opinione criticata, a mente della quale il tecnicismo del contratto impone che l’assetto di interessi sia necessariamente modellato su una razionalità dell’alea, e quindi dello scambio aleatorio, rischia di giungere a un – criticabile – risultato d’ordine generale, portando a ritenere che in ogni contratto proprio di un settore di mercato dotato di un certo grado di tecnicismo la causa assorba questa razionalità e richieda sia un’informazione piena della parte debole, sia un equilibrio economico perfetto tra prestazioni, che la parte forte del rapporto potrebbe evitare (a tutto voler concedere) solo e soltanto fornendo un’informazione adeguata.

In tal modo, tuttavia, si estende di molto la portata della neonata clausola generale di immeritevolezza, rendendola strumento per un sindacato generalizzato sull’informazione precontrattuale, e addirittura sull’equilibrio economico, sanzionato mediante la nullità dell’intero contratto (nullità integrale che, a sua volta, rischia di costituire un esito in concreto sproporzionato ed eccessivo, in tanto in quanto non modulabile dall’interprete). La meritevolezza, così, da rimedio finale e residuale, per quanto assorbente, finisce con l’essere uno strumento fagocitante, che non solo presidia tutta l’area delle trattative e della formazione del contratto (occupando l’intero spazio riservato ad altri istituti), ma che addirittura può spingersi a consentire una valutazione dell’equilibrio quantitativo tradizionalmente estranea a tutti gli altri rimedi (risarcitori o caducatori che siano).

Probabilmente, nel caso degli *interest rate swap* era preferibile servirsi di più specifici strumenti di tutela, come quelli fondati sulla carenza di informazione e imparzialità tipici del rapporto di

⁶² Infatti, va considerato che un’applicazione così penetrante, e creativa, della meritevolezza finisce per imporre in modo sostanzialmente retroattivo degli oneri informativi (se non addirittura di forma informativa) cui nessun operatore poteva supporre, diversi lustri fa, di dover far fronte. Si tratta di una considerazione critica diffusa in dottrina: M. ANOLLI-A. PERRONE, *La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un’analisi interdisciplinare*, in questa Rivista, 2020, 195 ss.; R. LENER-C. CIPRIANI, *I derivati, le Sezioni Unite e l’Europa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 768 ss.

intermediazione finanziaria⁶³, senza attribuire alla meritevolezza spazi ulteriori rispetto a quelli che ha conquistato negli ultimi anni: anche alla luce del fatto che la sanzione, ossia la nullità del contratto (qui per forza di cose integrale), rischia di facilitare condotte opportunistiche del cliente, che per una lieve carenza informativa, magari pure irrilevante o poco rilevante, può sentire pronunciata addirittura l'invalidità dell'intero vincolo.

La diversa soluzione delle Sezioni Unite, tuttavia, è ormai diffusa nell'ordinamento: tanto da essersene sentita l'eco anche in aree del diritto dei contratti assai lontane, ove pure si è riproposta un'idea simile a quella della "causa razionalità in rapporto connotato da alto grado di tecnicismo". Lo attesta, ad esempio, un recente caso su patto di quota lite⁶⁴, in cui la Cassazione, volendo sancirne la validità solo se contenuto entro una misura proporzionata, non si è limitata a ricavare un limite eteronomo alla libertà contrattuale dalle norme codicistiche, della legge professionale e deontologiche (come sarebbe stato forse preferibile), ma piuttosto ha guardato "allo squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle parti ..., e, dunque, alla verifica in concreto del requisito causale (la «ragion d'essere dell'operazione», valutata nella sua individualità) sotto il profilo [non solo] della liceità, [ma anche] dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dai contraenti".

In breve: il patto di quota lite sproporzionato è nullo, osserva la Cassazione, (anche) perché in un contratto con un avvocato si deve ritenere che le parti perseguano (non solo "debbano" perseguire, ma anche "effettivamente" perseguano) interessi complessivamente ragionevoli anche dal punto di vista economico, tale essendo

⁶³ È vero che anch'essi risentono di limiti – evidenziati di recente, tra l'altro, dalla High Court inglese nel § 170 della sua sentenza *Banca Intesa San Paolo and Dexia Crediop v Comune di Venezia* [2022] EWHC 2586 (Comm) –; tuttavia, in concreto appare preferibile tollerare questi limiti, inerenti ad esempio ai problemi di prova del danno conseguenza e a quelli derivanti dalla sua possibile prescrizione, piuttosto che andare incontro alle inevitabili rigidità che nelle ipotesi in parola presenta il rimedio demolitorio (e che rischiano di piegare la meritevolezza, da strumento volto a garantire un uso ragionevole dell'autonomia privata, a leva per la repressione di pratiche sgradite, così attribuendole un compito che, come già si è detto, non le appartiene immediatamente).

⁶⁴ Cass., 5 ottobre 2022, n. 28914, in *dejure*. Peraltro, tale arresto è stato poi seguito da Cass., 14 ottobre 2022, n. 30287, sempre in *dejure*.

l'aspettativa del cliente che si proietta sulla causa del contratto (aspettativa, a sua volta, ricalcata non già sullo scopo reale o normale, ma piuttosto sulla finalità che un contraente, dotato di informazione ed esperienza, perseguirebbe). Con la conseguenza che, in questi rapporti asimmetrici, la causa, già divenuta causa "di classe" (intesa come scopo normalmente perseguito da un contraente-modello) diviene pure causa "economicamente razionale" (quale assetto di interessi che un contraente perfettamente razionale approverebbe e che, magari, la parte debole – e così pure un contraente-tipo – nemmeno s'immagina di perseguire).

Pertanto, se quanto si è detto riguarda i rapporti asimmetrici, non può poi trascurarsi che un uso eccessivo dell'immeritevolezza nei rapporti tra uguali, e in particolare in quelli tra grandi operatori economici, può risultare altrettanto (se non ancora più) pernicioso: esso corrisponde a un potere di intervento forte del giudice sul contratto, spesso mal tollerato dagli attori economici, che non a caso a fronte di tale rischio evitano la giurisdizione italiana e si spostano verso sistemi più garantisti, come quelli di *common law*, o verso le corti arbitrali internazionali⁶⁵.

A fronte di questi abusi, o per lo meno di questi pericoli di abuso, dell'immeritevolezza, taluno potrebbe replicare che, una volta ammessa la cittadinanza nell'ordinamento della categoria di cui discutiamo, diviene difficile frenarne l'utilizzo: il problema diventa quantitativo, e non più qualitativo; e per ciò stesso ogni tentativo di limitare l'utilizzo della categoria sarebbe destinato al fallimento. Tuttavia, il problema, più che schiettamente quantitativo, attiene – come sempre avviene per la concretizzazione delle clausole generali – alla forza degli

⁶⁵ Il che, peraltro, fa sorgere alcuni ulteriori, e più specifici, interrogativi (che esulano però dai limiti di questo contributo): il successo dell'immeritevolezza, ossia di una categoria di parte generale riletta in senso solidaristico, andrebbe forse frenato nell'area dei rapporti tra parti uguali, in una sorta di "ri-commercializzazione" della parte generale del diritto privato, o quanto meno a fronte di rapporti prettamente commerciali tra uguali, in una differenziazione tra diritto privato comune e diritto privato commerciale? E alle parti è consentito, magari per il tramite di *merger clauses* o *entire agreement clauses* (su cui v. M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2016), limitare il sindacato di meritevolezza oppure è solo permesso – come pare più probabile – cambiare indirettamente il rilievo di certi interessi, così finendo per diminuirne la forza concreta e magari evitare quelle contraddizioni su cui si fonda il giudizio di immeritevolezza?

argomenti⁶⁶: dove gli argomenti, nei casi in esame, altro non sono che gli interessi delle parti evincibili dall'interprete, mentre la loro forza è l'intensità con cui si proiettano, più o meno rigidamente, nell'assetto di interessi⁶⁷.

Per orientarsi, sarebbe d'uopo – come in ogni caso di *Konkretisierung der Generalklauseln* – formare una tassonomia di casi, raccogliendo entro gruppi omogenei – le *Fallgruppen* di tedesca memoria⁶⁸ – i casi cui sta dando vita la giurisprudenza. In tal modo si potrebbe realizzare una perimetrazione dell'istituto, onde evitare abusi, al contempo ammettendo – lì dove non si può o non si deve individuare alcuna contraddizione tra interessi e regole – l'operatività degli altri rimedi (i quali possono apparire in talune ipotesi più adeguati a tenere in considerazione le esigenze di giustizia espresse dal caso concreto). Ciò che, in una recentissima sentenza, ha ricordato finanche la Corte di cassazione, sottolineando i limiti da cui in un ordinamento (anche) liberale il sindacato di meritevolezza dev'essere circondato, affinché essa non diventi una “magica porta di Ishtar attraverso la quale veicolare un inammissibile intervento del giudice sulla convenienza dell'affare”⁶⁹.

⁶⁶ In tal modo, e quindi attraverso un'analisi della forza degli argomenti da valorizzare caso per caso (e pure mediante l'elaborazione di una tassonomia), possono farsi convivere un'applicazione non irrisoria della meritevolezza e un vaglio rispettoso del concetto stesso di autonomia privata. Il che, peraltro, consente – o almeno così sembra a chi scrive – di superare le perplessità formulate da F. PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1086 s., nt. 108.

⁶⁷ Ovvio che, più si ammette un'area di libertà delle parti (ad esempio, nel definire l'equilibrio economico), meno rigido dev'essere l'assetto di interessi per come ricostruito, ad esempio, alla luce dello scopo apparente del contratto o dello *status* delle parti; così come è ovvio che una tendenza più solidaristica irrigidisce la fase di ricostruzione dell'assetto di interessi.

⁶⁸ Su cui v. per tutti R. WEBER, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, in *AcP*, 1992, 516 ss.

⁶⁹ Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, cit. Ma v. pure, già qualche anno fa, Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, cit., secondo cui, “tanto più quando si tratti di soggetti entrambi imprenditori, che abbiano concordato un regolamento pattizio nel pieno esercizio dell'autonomia negoziale privata, ogni intervento giudiziale ex art. 1322 cod. civ. – col suo effetto d'autorità rispetto ad equilibri negoziali liberamente contrattati – non può che essere del tutto residuale”.

6. *A mo' di conclusione: dalla clausola generale di invalidità alla nullità a geometrie variabili (per un uso bilanciato della nullità)*

Possiamo concludere riconoscendo che la giurisprudenza ha davvero reperito una clausola generale di invalidità dei contratti squilibrati o pregiudizievoli: la quale, però, richiede di essere mantenuta entro limiti rigorosi, onde evitare di scompaginare l'intero diritto dei contratti. Un'estensione eccessiva, come si è visto, nell'ambito dei rapporti tra uguali rischia di coincidere con un eccessivo interventismo giudiziale, mentre a fronte di rapporti asimmetrici porta con sé pericoli ulteriori, come quello di fornire un rimedio sproporzionato per casi che esprimono necessità di tutela ridotte.

In ogni caso, al di fuori della meritevolezza esistono per certo altri istituti che riescono a soddisfare le esigenze di protezione che il risarcimento, quale rimedio obbligatorio (e non reale), non realizza.

Da un lato, il riferimento va all'annullabilità, che meriterebbe quale figura di parte generale una revisione a livello anzitutto ermeneutico, se non anche legislativo: in primo luogo, con riferimento alle sue cause, al fine di superare il dogma dell'inapplicabilità in via analogica delle stesse (e quindi in particolare dei vizi del consenso)⁷⁰; in secondo luogo, con riguardo al suo regime, onde verificare fino a che punto l'annullabilità parziale possa avere cittadinanza nell'ordinamento (e, in caso di risposta positiva, come si possa stimolarne l'utilizzo quale tecnica rimediale).

Del resto, per quanto l'annullabilità possa sembrare uno strumento vetusto, soprattutto nel suo essere riservata a una domanda di parte (con conseguente applicazione rigorosa del principio dispositivo), essa

⁷⁰ Ad esempio ammettendo, con riferimento a errore e dolo, che essi vadano interpretati in senso letterale e rigoroso e, al contempo, che costituiscano l'epifenomeno positivo di un concetto più ampio di errore (spontaneo o indotto), di cui ricostruire le condizioni di rilevanza sulla base di una distribuzione precontrattuale di rischi, desumibile e dalla clausola generale di buona fede, e dalle norme positive che la concretizzano (tra cui, per l'appunto, quelle su errore e dolo "tipici"). Lo si è provato a dimostrare in A.M. GAROFALO, *Towards a Unitary and Consistent System of Informational Defects in Consent and Pre-Contractual Liability Under Italian Law*, in *The Italian Law Journal*, 2020, 105 ss., argomentando anche a partire dal principio per cui a non poter essere interpretate analogicamente sono le regole eccezionali, e non quelle meramente speciali, le quali sono idonee a dar vita a sottosistemi all'interno dei quali è ammessa l'analogia.

costituisce il mezzo tradizionale per rispondere ai problemi posti da un vizio del consenso o da un'incapacità: sicché vi sarebbe quanto meno da domandarsi se l'annullabilità, eventualmente a valle di una sua rimeditazione complessiva, possa rispondere a tali patologie anche ove queste assumano i tratti più moderni della vulnerabilità⁷¹ o della debolezza commerciale⁷² (pure senza voler entrare nel regno, da poco regolato positivamente in modo peraltro assai criptico, delle pratiche commerciali scorrette⁷³).

Ma non vi sono solo annullabilità o risarcimento. La stessa nullità, testuale e virtuale, ha oggi infatti assunto latitudini tali da poter essere utilizzata per gli scopi che la giurisprudenza intende perseguire allorché, provando l'insoddisfazione per un rimedio solo risarcitorio, va alla ricerca di uno strumento che consenta la caducazione del contratto. D'altro canto, le fattispecie di nullità sono ormai innumerevoli, così come numerosi sono i casi in cui si riconosce il carattere imperativo di una disposizione; oltre a questo, si tende ormai ad ammettere una molteplicità degli statuti della nullità, che in vario modo può dunque adeguarsi alle specificità del singolo caso concreto.

Beninteso, ciò non comporta un superamento dei principi delle sentenze Rordorf: tuttavia, il pullulare di vecchie e nuove nullità, spesso in funzione di protezione delle parti deboli e di conformazione dei rapporti d'impresa, consente di rispondere con questo rimedio a molte delle situazioni che esprimono in concreto bisogni di tutela, limitando fortemente il numero di ipotesi in cui l'interprete non riesce a reperire alcun rimedio caducatorio che risponda alle esigenze di giustizia sostanziale espresse dal caso concreto.

⁷¹ V., seppur con specifico riferimento al testamento, le proposte di ampliamento del dolo ex art. 624 c.c. formulate da S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1003 s.; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 562 ss.; M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e «vulnerabilità» senile*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, 372 ss.

⁷² V. per tutti E. BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 939 ss.

⁷³ Cfr. il recente art. 27, comma 15-bis, cod. cons., dal significato davvero oscuro. Se n'è occupato, tra gli altri, G. DE CRISTOFARO, *“Rimedi” privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 c.cons.)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 441 ss.

E a sostenere ulteriormente questo percorso è poi, come anticipato, l'idea che la nullità – sapientemente maneggiata – possa superare le sue rigidità, non perdendo però quella forza protettiva e conformativa che le è propria. Gli esempi che sovengono sono svariati:

- nel caso dei contratti a valle delle intese *antitrust*, la nullità – la si ricostruisca come necessariamente integrale o anche come potenzialmente parziale – potrebbe finire per ridondare a svantaggio del soggetto tutelato: ma un simile risultato verrebbe scongiurato qualificando una simile invalidità come protettiva (e, quindi, ammettendo che il soggetto protetto possa scegliere tra il servirsene e il domandare il risarcimento del danno)⁷⁴;
- nel caso di nullità per carenza di un'autorizzazione, la legittimazione a far valere l'invalidità può essere intesa come relativa, sempre al fine di evitare che la nullità ridondi a sfavore della parte incolpevole e che attraverso essa il debitore riesca facilmente a sottrarsi alla sua responsabilità (che diversamente non potrebbe poggiare nemmeno sull'art. 1338 c.c.)⁷⁵;
- nel caso di contratti del consumatore e di nullità di una clausola vessatoria attinente all'oggetto, che in concreto comporti la

⁷⁴ Assai ampio è il dibattito sul tipo di nullità di cui sono, o possono essere, viziati gli accordi a valle di intese anticoncorrenziali. Tra le diverse tesi quella che vi rinviene una nullità di protezione (sostenuta ad esempio da F. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Milano, 2016, 371 s.) appare la più rispettosa degli interessi del soggetto protetto da questa nullità, che in astratto potrebbe anche essere interessato a lasciar vivere l'accordo e a servirsi di un rimedio risarcitorio (peraltro, chi ritenesse tale nullità anche potenzialmente parziale – come deciso nel notissimo caso delle fideiussioni *omnibus* da Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, I, 499 – potrebbe desumere dalla natura protettiva l'inapplicabilità dell'art. 1419 c.c. e la conseguente necessaria parzialità: infatti, proprio la parzialità necessaria è, secondo più d'uno, elemento connotante non solo le nullità consumeristiche ex art. 36 cod. cons., ma anche e più in generale tutte le nullità volte a finalità di protezione; cfr., per una sintesi del dibattito, V. BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 569 ss.). Sul tema v. qui M. MARTINO, *Intese anticoncorrenziali e contratti a valle: ripresa di un tema*.

⁷⁵ La tesi, volta ad ascrivere la nullità delle fideiussioni rilasciate da un confidi in assenza di autorizzazione alla nullità relativa, è di S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*, in *Foro it.*, 2022, I, 1659 ss. Si è interessata di questi profili, nelle pagine di questo fascicolo, F. BARTOLINI, *Contratti "non autorizzati" e nullità: il problema del giusto rimedio*, in questo numero di questa Rivista.

caducazione dell'intero contratto, ci si può chiedere se la tutela del consumatore – ad esempio, in ipotesi di mutuo – possa venire recuperata in sede risarcitoria o restitutoria⁷⁶;

- nel caso di nullità selettive, l'uso opportunistico della nullità può essere sventato mediante un'applicazione della disciplina restitutoria informata dai principi dell'*exceptio doli generalis*⁷⁷.

La virtualità della nullità di protezione, così come il concorso di altre discipline con quella della nullità, sono solo alcuni aspetti di questa frantumazione degli statuti della nullità: la quale traspare con evidenza pure dalla necessità, all'interno della nullità di protezione, di individuare regole diverse, a seconda ad esempio che si tratti di rapporti del consumo o tra imprenditore forte e debole (un esempio tra tutti è fornito dal regime monitorio di queste nullità⁷⁸, aparendo in effetti eccessivo che il *dictum* di recente espresso dalla Corte di Giustizia, con

⁷⁶ Sul complesso tema della post-vessatorietà cfr., tra le numerosissime pronunce dedicate negli ultimi anni al tema (soprattutto con riferimento a casi di mutui con doppia indicizzazione), C. Giust. UE, 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler*; C. Giust. UE, 14 marzo 2019, causa C-118/17, *Dunai*; C. Giust. UE, 26 marzo 2019, cause C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA*; Corte Giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-260/18, *Dziubak*; C. Giust. UE, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Marc Gómez del Moral*; C. Giust. UE, 25 novembre 2020, causa C-269/19, *Banca B. Sa*; C. Giust. UE, 21 dicembre 2021, causa C-243/20, *Trapeza Peiraios AE*; C. Giust. UE, 31 marzo 2022, causa C-472/20, *Lombard Pénzügyi*. V. anche le opinioni degli Avvocati Generali Pitruzzella, del 14 maggio 2019, nel caso *Dziubak*, e Micheal Collins, del 16 febbraio 2023, nella causa C-520/21, *Bank M. SA*. Nella letteratura di lingua italiana v. per tutti A. PALMIERI-S. PAGLIANTINI, *Il post-vessatorietà come una «Baustelle im Dunkeln»?*, in *Foro it.*, 2021, IV, 294 ss., e P. IAMICELI, *The 'punitive nullity' of unfair terms in consumer contracts and the role of national courts: a principle-based analysis*, in corso di pubblicazione in *EuCML*.

⁷⁷ V., a tal proposito, 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, 828 ss. In questo fascicolo v. And. DALMARTELLO, *Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla condictio indebiti di protezione*.

⁷⁸ Su cui v. qui L. BACCAGLINI, *Le Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479 sul decreto ingiuntivo non opposto e le nullità di protezione a favore del consumatore. Quali conseguenze sul piano della cognizione e dell'esecuzione?*, in questo numero di questa Rivista.

la sentenza Banco di Desio, possa come tale valere per tutte le nullità di protezione⁷⁹).

In conclusione: la ricerca di una clausola generale di invalidità per i contratti squilibrati o pregiudizievoli ha un esito positivo, ma la portata della corrispondente norma va inevitabilmente limitata. Essa deve piuttosto lasciare spazio, da un lato, a una profonda rimediazione della categoria dell'annullabilità, nelle sue cause e nel suo regime, e, da un altro lato, alla tessitura, all'interno della generale categoria della nullità, di un numero sufficientemente ampio di fattispecie di nullità e pure di modelli di disciplina, attraverso la cui ricognizione il giurista può soddisfare quel *distingue frequenter* a cui è costantemente chiamato.

⁷⁹ Si consenta a tal riguardo il rinvio ad A.M. GAROFALO, *Oltre Banco di Desio: le (altre) ricadute sul sistema processuale italiano della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore*, in corso di pubblicazione in *Accademia*.

Le Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479 sul decreto ingiuntivo non opposto e le nullità di protezione a favore del consumatore. Quali conseguenze sul piano della cognizione e dell'esecuzione?*

SOMMARIO: 1. Gli antecedenti dell'intervento nomofilattico: le sentenze della Corte di giustizia e la requisitoria della Procura generale presso la Corte di cassazione. – 2. La soluzione della Cassazione rispetto al rito monitorio. – 3. L'innesto dell'opposizione ex art. 650 c.p.c. nell'esecuzione forzata pendente. – 4. I quesiti lasciati senza risposta dalle sezioni unite. – 5. Perché il rimedio dell'opposizione tardiva rischia di apparire, dalla prospettiva europea, contrario al principio di effettività e, dalla prospettiva interna, pericoloso. – 6. Superamento del giudicato, anche in presenza di giudizi contumaciali a cognizione piena, se è mancato il rilievo officioso della nullità? – 7. Consumatore, decreto ingiuntivo non opposto e non motivato e liquidazione controllata.

1. Gli antecedenti dell'intervento nomofilattico: le sentenze della Corte di giustizia e la requisitoria della Procura generale presso la Corte di cassazione.

L'origine di questo intervento a sezioni unite¹ si deve alle note quattro pronunce della Corte di giustizia del 17.5.2022, una delle quali

* Il presente contributo è stato chiuso per la pubblicazione il 19 giugno 2023 ed è quindi aggiornato a tale data.

¹ Cass. Sez. Un., 6.4.2023, n. 9479, provocate da un ricorso nell'interesse della legge. Nel settembre 2021, infatti, veniva depositato ricorso per cassazione da una consumatrice che in veste di esecutata si doleva dell'ordinanza pronunciata resa a valle dell'opposizione agli atti esecutivi. Rimedio, questo, esperito dall'esecutato che contestava l'assegnazione di somme che il g.e. aveva destinato ad un creditore intervenuto nell'esecuzione con un titolo che, a detta dell'esecutato, doveva considerarsi nullo: trattavasi di un decreto ingiuntivo non opposto pronunciato da un giudice adito in virtù di una clausola contenuta nel contratto di fideiussione, che derogava espressamente il foro del consumatore. (tale dovendosi intendere, nel caso di specie, il soggetto esecutato che aveva prestato fideiussione). Il g.e. respingeva l'istanza ritenendola tardiva ed osservava che l'esecutato avrebbe dovuto, se mai, promuovere opposizione tardiva a decreto ingiuntivo.

Nel luglio 2022 (dopo la sentenza della Corte di giustizia, v. nt. successiva), il consumatore rinunciava al ricorso per cassazione: l'occasione per un intervento nomofilattico della Cassazione non è andato però perduto, poiché il testimone è stato raccolto dalla procura generale della cassazione, con requisitoria del 6.7.2022

resa in risposta a due rinvii pregiudiziali, poi riuniti, provenienti da uno stesso giudice italiano: il riferimento è alla causa C-693/19 (*Banco di Desio*), e a quella C-831/19 (*SPV Project 1503 S.r.l. c. Dobank S.p.a.*)².

(disponibile su www.procuracassazione.it/procura-generale/it/dett_quad_inter_norm.page?contentId=QIN12609, R.G. 24533/21).

² C. Giust. UE, 17.5.2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, ECLI:EU:C:2022:395. Le altre tre pronunce prendono le mosse da due rinvii pregiudiziali spagnoli (causa C-600/19, *Ibercaja Banco*, ECLI:EU:C:2022:394; causa C-869/19, *Unicaja Banco*, ECLI:EU:C:2022:397) e da uno rumeno (causa C-725/19, *Impuls Leasing România* ECLI:EU:C:2022:396).

La pronuncia è stata oggetto di attenzione da parte di molti interpreti. Senza pretesa di esaustività si richiamano qui i contributi di: E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-381/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle sezioni unite*, in www.iudicium.it, 2.11.2022; S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. it.*, 2022, 2117; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, *ibidem*, 2126; F. DE STEFANO, *La Corte di giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, in www.giustiziainsieme.it, 22.9.2022; L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in questa Rivista, 2023, I, 57 ss.; A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, in *Nuova giur. comm.*, 2023, 86 ss.; C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 62 ss.; A. M. SOLDI - B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in www.judicium.it, 10.2.2023; G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, in www.questionegiustizia.it, 20.2.2023; E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione europea*, *ivi*, 17.1.2023; F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di giustizia UE, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo "res iudicata pro veritate habetur" nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, in www.judicium.it, 17.5.2022; N. MINAFRA, *L'autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di giustizia*, in www.giustiziacivile.com, 17.8.2022; I. FEBBI, *La Corte di giustizia crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in www.judicium.it, 10.7.2022.

In pendenza dei rinvii pregiudiziali italiani, si v. S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 1266; EAD., *Attendendo le Sezioni Unite: appunti su tutela consumeristica, certezza del diritto e latitudine dei*

Altrettanto noti possono considerarsi sia il tema sul quale la Grande Sezione è intervenuta (la tutela del consumatore a fronte di un decreto ingiuntivo emesso nei suoi confronti) sia la risposta ai rinvii pregiudiziali italiani³: in sintesi, la Corte di giustizia ha stabilito che il giudice, adito con domanda monitoria diretta nei confronti di un consumatore, ha l'obbligo di rilevare d'ufficio l'abusività delle clausole contrattuali da cui trae origine il credito oggetto dell'ingiunzione di pagamento e di motivare l'esito della propria verifica nel decreto ingiuntivo che pronuncerà; in mancanza, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone al giudice dell'esecuzione di *valutare* l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto in forza del quale è stato emesso il decreto ingiuntivo non opposto (enfasi aggiunta).

Per effetto di un'*actio finium regundorum* tra sistemi (quello eurounitario, da un lato, e quello nazionale, dall'altro, il cui rapporto viene delle stesse sezioni unite descritto nei termini di una complementarietà⁴) il compito di declinare i principi della Corte di giustizia è lasciato all'autonomia dei singoli Stati membri dell'Unione, ciascuno secondo le proprie regole processuali, nel rispetto però dei principi dell'equivalenza e dell'effettività della tutela, che fungono da veri e propri controllimiti.

Il primo (l'equivalenza) sta a significare che la soluzione tracciata dall'ordinamento interno, per effetto dell'attuazione della sentenza

poteri officiosi, in *Giusto Proc. civ.*, 1043; nonché i contributi di diversi aa., pubblicati nello speciale di *Giur.it.*, 2022, 485, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo* (a cura di S. CAPORUSSO e E. D'ALESSANDRO), spec. S. CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela del consumatore* (533); E. D'ALESSANDRO, *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev* (541).

³ Secondo la Corte di giustizia, è contraria alla normativa europea (in particolare, agli artt. 6, §§ 1, 7 della dir. n. 13/93 CEE, concernente le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori), "una normativa nazionale (come quella italiana) che prevede che qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa - per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità - successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole".

⁴ O di integrazione tra ordinamenti, come osserva E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit., § 4.

della Corte di giustizia, non può risultare meno favorevole rispetto alla tutela assicurata a posizioni simili di origine nazionale; il secondo (l'effettività) si considera rispettato se il rimedio nazionale non renda impossibile o eccessivamente difficile od oneroso l'esercizio del diritto, in termini di tempo, costi e modi di accesso alla giustizia⁵.

Dei due controlimiti, è proprio quest'ultimo che – a mio avviso – non riceve piena attuazione dalla soluzione enunciata dalle sezioni unite dell'aprile 2023⁶.

2. La soluzione della Cassazione rispetto al rito monitorio.

Conviene partire dall'analisi del principio di diritto, costruito (come si è scritto) a mo' di *vademecum* tanto per il giudice del monitorio, quanto per quello dell'esecuzione⁷.

La nullità di protezione – impongono i giudici di Lussemburgo – va rilevata d'ufficio nel corso del procedimento per ingiunzione, anche se (e proprio perché) nella fase cd. *inaudita altera parte* il debitore non è presente e dunque, per definizione, non può dichiarare se intenda avvalersi della nullità dovuta all'esistenza di una clausola abusiva. Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore è valido se vi sia stato un controllo officioso da parte del giudice.

La soluzione immaginata dalla Suprema Corte si muove nel solco di quella adottata dalla Corte costituzionale rispetto alla questione dell'incompetenza per territorio semplice del giudice adito con

⁵ Sul significato del principio di effettività, inteso non solo nella sua connotazione negativa (quale limite alla autonomia procedurale, ma anche con accezione positiva (di principio, cioè, capace di guidare l'interprete ad individuare uno strumento adeguato di tutela del diritto di origine eurounitaria, per tutti, G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione*, cit., 6 ss.

⁶ C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e. (varie luci e qualche ombra a proposito di Cass. Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479)*, in *Giur. it.*, 2023, 1055; E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo non opposto: le SS. UU. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650*, ibidem, 1060; G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione*, cit., 7; G. COSTANTINO, *I poteri del giudice dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo in materia consumeristica sprovvisto di motivazione sulla eventuale abusività delle clausole contrattuali*, in www.inexecutivis.it, 12.4.2023.

⁷ E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE*, cit., 1060.

domanda monitoria⁸. Benché quel vizio sia oggetto di un'eccezione in senso stretto (pertanto riservata esclusivamente alla disponibilità della parte), la Consulta ha ritenuto che una lettura costituzionalmente orientata delle norme (ispirata, in particolare, al principio della ragionevole durata del processo) imponga al giudice di rilevare d'ufficio l'incompetenza per territorio semplice, onde evitare che il provvedimento di ingiunzione nasca già viziato.

La via tracciata dalle sezioni unite per il rilievo della nullità di protezione è la medesima⁹.

Il giudice del monitorio è tenuto a verificare se esistono clausole abusive nel contratto che è *causa petendi* della domanda monitoria e, se sì, a rigettare il ricorso ex art. 633 c.p.c.

Non v'è dubbio che questa soluzione imponga a monte oneri maggiori già in capo ai creditori ingiungenti, ai quali sarà chiesto, da un lato, di dimostrare già nel ricorso che l'ingiunto non riveste la qualifica di consumatore o che, in ogni caso, non ricorrono clausole abusive nel contratto, dal quale il diritto di credito trae causa e, dall'altro lato, di produrre il contratto. In mancanza, sarà il giudice a sollecitare l'integrazione della prova documentale.

In questo senso, dunque, si è parlato di valorizzazione in chiave spiccatamente funzionalistica dell'art. 640 c.p.c., con prevalenza rispetto all'art. 634 c.p.c.¹⁰. È solo dal contratto che potrà emergere la natura consumeristica del debitore, quand'anche la prova del credito per il quale si chiede ingiunzione emerga anche *aliunde* (ad es., da un estratto di saldo conto)¹¹.

Se la verifica dell'accertamento dell'eventuale esistenza di clausole abusive esige un'istruttoria troppo complessa, la domanda dovrà essere rigettata (in tutto o in parte a seconda del tipo di clausola abusiva), senza che si formi alcuna preclusione in capo al creditore, cui la

⁸ Corte cost., 3.11.2005, n. 410.

⁹ Come del resto già osservato da E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia*, cit., 5; se si vuole, L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., 67.

¹⁰ C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1054.

¹¹ ID., *op. ult. cit.*, 1055, e già M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. it.*, 2022, 2127.

riproposizione della domanda di condanna non sarà impedita, con lo stesso rito o con uno diverso (ordinario o semplificato che sia).

L'istruttoria ricarburata, come è già stata definita in dottrina¹², si riflette sulla motivazione del decreto ingiuntivo, dalla quale deve emergere l'esame delle clausole contrattuali (e vien da dire tutte)¹³, senza riscontrarne l'abusività. Il che potrà avvenire – scrivono le sez. un. – anche attraverso il richiamo *per relationem* al ricorso per decreto ingiuntivo: una sorta di suggerimento all'avvocato, invitato a chiarire già nel ricorso che l'ingiunzione non trova fondamento in clausole abusive, e a rammentarne il perché.

La motivazione articolata, però, non è l'unico elemento di cui si arricchisce il decreto ingiuntivo emesso contro il consumatore: il giudice è tenuto ad avvertire il debitore che, se non proporrà opposizione ex art. 645 c.p.c. nel termine di 40 giorni dalla notificazione del decreto, non solo quest'ultimo diverrà esecutivo, ma non sarà più possibile dolersi, in altra sede, la nullità del contratto in ragione dell'abusività delle clausole che contiene.

Motivazione, da un lato, e avvertimento, dall'altro, sono i due nuovi incombenzi che spettano al giudice, all'atto della redazione del decreto ingiuntivo¹⁴.

3. *L'innesto dell'opposizione ex art. 650 c.p.c. nell'esecuzione forzata pendente.*

La soluzione avanzata dalle sezioni unite – quanto all'adattamento del rito monitorio alla pronuncia della Corte di giustizia – non pone soverchie questioni, né richiede grossi stravolgimenti al nostro sistema interno: l'esito cui giunge la Suprema Corte è in linea con le proposte

¹² Ancora C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1055.

¹³ C. Giust. UE, 26.1.2017, C 421-14 *Banco primus*, ECLI:EU:C:2017:60 ma anche C. Giust. UE, 17.5.2022, *Ibercaja Banco*, causa C-600/19, cit. (spec. punti 51-56).

¹⁴ Benché, come nota G. COSTANTINO, *I poteri del giudice dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo*, cit., 4, il mancato avvertimento contenuto nel decreto ingiuntivo – pur motivato – non potrà costituire, di per sé solo, causa di nullità del provvedimento, dal momento che il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite non è legge dello Stato ed è privo di portata precettiva.

interpretative formulate dalla più parte degli interpreti all'indomani della sentenza della Corte di giustizia¹⁵.

Non altrettanto può dirsi quanto alle conseguenze derivanti dalla violazione da parte del giudice del monitorio di uno di questi adempimenti. Quali rimedi spettano al consumatore a fronte di un decreto ingiuntivo non motivato e/o privo dell'avvertimento?

Si tratta di questioni di grande rilievo pratico, perché destinate a porsi non solo rispetto ai provvedimenti monitori che verranno emessi in violazione delle prescrizioni dettate dalla Suprema Corte, ma anche verso quelli che siano già stati notificati, attesa la retroattività degli effetti delle pronunce della Corte di giustizia¹⁶.

La Grande Sezione stabilisce chiaramente che il giudice dell'esecuzione è tenuto a *valutare* l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto in forza del quale è stato emesso il decreto ingiuntivo non opposto e non motivato.

In verità, prima ancora di esaminare le modalità e gli effetti del rilievo del g.e. della nullità del decreto ingiuntivo, conta rimarcare che la questione delle conseguenze di un provvedimento monitorio non motivato, emesso nei confronti di un consumatore, non si pone soltanto quando l'esecuzione forzata sia (già) pendente.

Si tratta di chiarire quale sia la sorte di un decreto ingiuntivo non opposto che non sia ancora stato messo in esecuzione o che lo sia stato se l'esecuzione si sia chiusa senza alcun rilievo da parte del g.e.

Di queste eventualità le sezioni unite non si occupano, circoscrivendo la questione al caso in cui l'esecuzione forzata sia

¹⁵ Per richiamarne alcuni, E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia*, cit.; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, cit., 2128; G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, cit.; A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, cit., 86 ss.; L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto*, cit., spec. 68.

¹⁶ Sicché è escluso si possa parlare qui di *overruling* dell'affidamento processuale, come nota C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1055, richiamandosi al precedente C. Giust. UE, 21.12.2016, causa C-154/15, Francisco Gutiérrez Narajo, in cui i giudici di Lussemburgo hanno escluso che un giudice nazionale possa limitare o modulare nel tempo gli effetti derivanti dal recepimento delle pronunce della Corte UE.

pendente, quando però non si sia ancora giunti alla vendita del bene pignorato o all'assegnazione delle somme.

Dando pedissequa attuazione al principio espresso dalla Corte di giustizia, la Cassazione riconosce in capo al g.e. il potere/dovere di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola contenuta nel contratto, che è *causa petendi* di un d.i. non opposto. Se quell'indagine non sarà stata compiuta dal giudice del monitorio, il rilievo dell'abusività della clausola spetterà al g.e., in applicazione dei poteri conferiti dagli artt. 484-487 c.p.c.

Le sezioni unite tracciano anche i confini temporali entro i quali il g.e. è tenuto a compiere quel controllo, indicando il termine ultimo nell'udienza di vendita o di assegnazione delle somme.

Il che significa che se il titolo esecutivo è rappresentato da un decreto ingiuntivo non opposto, il g.e. dovrà sempre verificare l'origine consumerista del credito portato dal titolo esecutivo (sollecitando se del caso il creditore alla produzione del contratto).

All'esito dell'istruttoria (quale che ne sia l'esito: dunque, anche se il g.e. si convincesse che l'esecutato non è consumatore), il g.e. informerà il consumatore del fatto che ha facoltà di promuovere, entro 40 giorni, l'opposizione tardiva ai sensi dell'art. 650 c.p.c. Il termine decorre – per espressa indicazione delle sezioni unite – dal rilievo in udienza, o dalla comunicazione da parte della cancelleria, se il debitore esecutato non è comparso.

Ne deriva che:

- i) Se il consumatore rimarrà inerte, allora, decorsi i 40 giorni, l'esecuzione proseguirà, dal momento che solo il giudice dell'opposizione *ex art.* 650 c.p.c. potrà occuparsi della sorte del decreto ingiuntivo; per contro (benché la sentenza sul punto non prenda espressa posizione), nell'attesa che quei 40 giorni decorrano, l'esecuzione forzata subisce una sorte di sospensione *de facto*.
- ii) Se, invece, il consumatore proporrà opposizione *ex art.* 650 c.p.c., quella sospensione *de facto* si protrarrà oltre i 40 giorni, finché il giudice della cognizione, su richiesta dell'opponente, non si sarà pronunciato sulla sospensione della esecutività del decreto ingiuntivo (arg. *ex* 649 c.p.c.). Se questa sarà concessa, il g.e. si limiterà a prenderne atto con provvedimento *ex art.* 623 c.p.c.; in caso contrario, l'esecuzione forzata riprenderà il suo corso. Non è chiaro, però, con quale atto di parte ciò potrà accadere.

La sospensione *ex art.* 649 c.p.c. – sempre secondo la Suprema Corte – potrà essere totale o parziale, secondo che l’abusività della clausola si debba alla scelta di un foro diverso da quello del consumatore, ovvero, ad es., all’ammontare degli interessi dovuti per il caso di inadempimento. Peraltro, la cd. sospensione parziale dovrebbe intendersi in questo senso: il processo potrà proseguire e comportare la distribuzione del ricavato per il *quantum* dovuto, che non sia in contestazione rispetto alla clausola abusiva (quando è *sub iudice* la clausola che, ad es., stabilisce l’ammontare degli interessi). In ogni caso, quand’anche la pretesa abusività si appunti su una clausola di rito (che, se riconosciuta nulla, è in grado di mettere in discussione l’accertamento del credito per l’intero: quando, ad es. il decreto ingiuntivo sia stato emesso da un giudice incompetente), non necessariamente si assisterà ad un arresto temporaneo dell’intero processo esecutivo, benché principiato da quell’ingiunzione: e ciò là dove vi siano stati interventi da parte di altri creditori muniti di titolo esecutivo¹⁷.

Le sezioni unite contemplan anche l’eventualità che sia già pendente un’opposizione all’esecuzione forzata. In questo caso, si legge nella sentenza, il giudice dell’esecuzione dovrà riqualificare il giudizio *ex art.* 615 c.p.c. nei termini di opposizione *ex art.* 650 c.p.c., assegnare alle parti un termine di 40 giorni per riassumere la causa davanti al giudice dell’opposizione tardiva a decreto ingiuntivo (che potrebbe coincidere con lo stesso ufficio giudiziario, o con uno diverso, se l’abusività riguardi la clausola di deroga della competenza).

È qui che risiede la parte della sentenza più innovativa ma anche quella che, a mio avviso, è meno aderente al principio dell’effettività della tutela giurisdizionale.

Prima di compiere qualsiasi riflessione (che si anticipa essere critica) sulla soluzione prospettata dalla Cassazione, credo siano opportune

¹⁷ In virtù di quanto espresso dalle Cass. Sez. Un., 7.1.2014, n. 61, in *Corr. giur.*, 2014, 971, con nota di R. METAFORA, *Le sezioni unite e la sorte dell'espropriazione in caso di sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*; e in *Riv. dir. process.*, 2014, 481 ss., con nota di B. CAPPONI, *Le sezioni unite e l'“oggettivizzazione” degli atti*. Nel senso indicato nel testo, P. FARINA, *Le Sezioni unite rispondono alla Corte di giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*, in *Foro. it.*, 2023, 1483.

alcune precisazioni quanto al modo in cui il rimedio *ex art. 650 c.p.c.* viene calato e adattato nel contesto processuale consumeristico¹⁸.

La prima notazione riguarda i presupposti in presenza dei quali la Suprema Corte permette l'operare dell'opposizione tardiva.

Come noto, il sistema consente l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo le quante volte il debitore ingiunto lamenti la mancata notifica del decreto ingiuntivo, ovvero la ricorrenza di un caso fortuito o di una causa di forza maggiore, che gli abbiano precluso di proporre opposizione tempestiva. A quelle clausole generali (cui sono sempre stati ricondotti tradizionalmente eventi esterni al procedimento monitorio, per definizione estranei al comportamento del giudice o del debitore) viene oggi ricondotto il *deficit* informativo contenuto nel decreto ingiuntivo¹⁹. L'*error in procedendo* compiuto dal giudice del monitorio – quando non abbia chiesto la produzione del contratto al creditore ingiungente, quando l'abbia richiesto ma non abbia adeguatamente motivato il decreto ingiuntivo, quando non abbia avvertito il consumatore delle conseguenze derivanti dalla mancata opposizione a decreto ingiuntivo – diviene il *factum principis* cui agganciare la causa di forza maggiore²⁰.

La seconda notazione riguarda il termine (di 40 giorni) entro il quale il consumatore, su indicazione del g.e. che abbia rilevato la nullità o del giudice dell'opposizione esecutiva (se questa già pende), deve introdurre l'opposizione tardiva ovvero riassumere il giudizio (davanti al giudice competente) previa riqualificazione del rimedio da parte del giudice dell'opposizione all'esecuzione.

La scelta del *dies ad quem* è frutto di una disapplicazione dell'art. 650 c.p.c. e, al contempo, di un'applicazione estensiva dell'art. 641 c.p.c.

Quanto al primo profilo, le sez. un. ritengono non congruo il termine dei 10 giorni dal primo atto dell'esecuzione forzata, che l'art. 650 c.p.c. individua quale ultimo momento utile per l'introduzione di

¹⁸ A. M. SOLDI - B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., § 4.

¹⁹ Ancora C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1056; critici quanto al modo in cui vengono innovativamente reinterpretati il caso fortuito e la forza maggiore anche E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive*, cit., 1063 s.; G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore secondo la CGUE e le sezioni unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, in www.judicium.it, 6.4.2023, 8.

²⁰ ID., *op. ult. cit.*, 7.

un'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo: a questa conclusione la Cassazione verosimilmente perviene, consapevole di quella giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha considerato inidonei a garantire l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale del consumatore termini ristretti introdotti da altre legislazioni europee²¹.

Quanto al secondo profilo (quello relativo all'applicazione analogica dell'art. 641 c.p.c., per vero non argomentato nel provvedimento), la scelta delle sez. un. di assegnare un termine di 40 giorni sembra indotta dalla necessità di agganciare ad un *dies a quo* (e di circoscrivere temporalmente) la rimessione in termini del consumatore, ex art. 153 c.p.c.: egli potrà promuovere opposizione a decreto ingiuntivo entro lo stesso termine che avrebbe avuto a disposizione se gli fosse stato notificato un provvedimento monitorio motivato²².

4. I quesiti lasciati senza risposta dalle sezioni unite.

Come anticipato, la soluzione proposta dalle sezioni unite non copre tutte le eventualità in caso di decreto ingiuntivo non opposto e non motivato. In via esemplificativa, ci limitiamo ad indicarne almeno alcune.

a) Non è chiaro cosa accada se contro il consumatore penda una pluralità di esecuzioni forzate, promosse in virtù dello stesso titolo esecutivo²³. Se ciascun giudice dell'esecuzione dovesse segnalare al consumatore che può proporre opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c., da quanto decorrerà il termine decadenziale dei 40 giorni?

b) Ancora: se l'esecuzione pende in Italia ma il provvedimento monitorio è stato emesso da un altro Paese membro dell'UE, o si tratta di un provvedimento monitorio europeo, quale sarà il rimedio da

²¹ Come osserva G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione*, cit., 9, che si richiama a C. Giust. UE, 28.11.2018, causa C-632/17, *Powszechna Kasa Oszczędności (PKO) Bank Polski S.A. w Warszawie*, punto 46; C. Giust. UE, 13.9.2018, causa C-178/17, *Profi Credit Polska S.A. w Bielsku Białej*, in particolare, punti 64-66, relative alla legislazione polacca che prevede per il consumatore un termine di quattordici giorni dalla notificazione del decreto ingiuntivo per proporre opposizione.

²² E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo*, cit., 1066.

²³ Questione sollevata da C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria ricarburata*, cit., 1058.

indicare all'esecutato consumatore? Non è scontato che nello Stato estero che ha emesso il provvedimento monitorio vi sia un rimedio corrispondente all'opposizione *ex art. 650 c.p.c.*²⁴. Il giudice dell'esecuzione, in forza della disciplina vigente nell'ordinamento straniero, dovrà indicare al consumatore quale sia il rimedio da esperire ed entro quando lo potrà promuovere.

c) Benché le sezioni unite non lo chiariscano, v'è da credere che all'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.* il consumatore possa ricorrere anche prima che l'esecuzione forzata sia stata iniziata, senza dunque attendere una preventiva sollecitazione da parte del giudice dell'esecuzione.

In questo caso, in mancanza di un *dies a quo* cui agganciare la decorrenza dei 40 giorni per proporre l'opposizione, v'è da ritenere che il rimedio possa essere introdotto *sine die*²⁵: al consumatore basterà produrre, insieme all'atto di citazione o al ricorso in opposizione *ex art. 650 c.p.c.*, il decreto ingiuntivo non motivato. Per la verità, potrebbe verificarsi il caso di un consumatore che, dopo aver spontaneamente adempiuto, si rivolga comunque al giudice per ottenere tutela risarcitoria. In questo caso, se la domanda è proposta ad un giudice diverso da quello che ha pronunciato il decreto ingiuntivo (poniamo davanti a quello del foro del consumatore, se *in thesi* l'abusività riguardi proprio quella causa), il ragionamento della Suprema Corte comporterebbe una conseguenza paradossale: il giudice adito dovrà invitare il consumatore a riassumere la causa davanti al giudice competente ai sensi dell'*art. 650 c.p.c.* (e ciò al solo fine di ottenere da questi la revoca del decreto ingiuntivo), per poi adire nuovamente il giudice competente ad accertare (se il consumatore lo ritiene) l'inesistenza del diritto di credito. Un inutile dispendio di tempo e di costi per il consumatore: una soluzione, insomma, difficilmente qualificabile come aderente al principio unionale di effettività.

d) Ancora. La pronuncia in epigrafe ritiene che, se l'esecutato abbia promosso opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, il giudizio debba essere convertito in opposizione *ex art. 650 c.p.c.*, mediante assegnazione al

²⁴ E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo*, cit., 1066, e G. COSTANTINO, *I poteri del giudice dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo*, cit., 10.

²⁵ Lo notano già A. M. SOLDI - B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., 6.

consumatore di un termine per riassumere la causa davanti al giudice competente. Di là dal fatto che sia corretto discorrere di conversione, mi chiedo quale sarà la sorte dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, quando tra i motivi addotti dall'esecutato ci siano anche ragioni diverse da quelle relative all'abusività delle clausole contrattuali (ad es. un pagamento parziale, o un difetto di pignorabilità del bene)²⁶.

e) Le sezioni unite non affrontano espressamente l'eventualità – che per vero si era verificata proprio nel caso che aveva dato i natali al ricorso poi rinunciato da parte dell'esecutato – in cui la nullità del decreto ingiuntivo non opposto e non motivato sia rilevata in fase distributiva.

Non credo che il silenzio della Suprema Corte stia ad indicare che al giudice dell'esecuzione sia precluso il rilievo d'ufficio di quella nullità in sede di distribuzione.

È verosimile pensare che questa puntualizzazione – che si legge nella sentenza – sia dettata dalla necessità di rammentare che se il rilievo avvenga dopo la vendita forzata, gli effetti di questa rimangono validi. Del resto, le stesse sezioni unite, nel 2012, avevano chiarito che il venir meno del titolo esecutivo dopo la vendita dei beni pignorati non comporta alcuna conseguenza in capo al terzo aggiudicatario²⁷. A questa stessa conseguenza è giunta la stessa Corte di giustizia rispetto ad un caso di nullità del titolo esecutivo, dovuta all'esistenza di clausole abusive, contenute nel contratto concluso con il consumatore da cui traeva origine il credito dell'esecutante e non rilevate dal giudice della cognizione)²⁸.

Posta in questi termini la questione, v'è da ritenere che l'eventuale doglianza, sollevata in sede di opposizione distributiva, porterà il giudice dell'esecuzione a riqualificare il rimedio, ad assegnare al debitore un termine di 40 giorni per promuovere opposizione *ex art. 650 c.p.c.*: *more solito*, sarà necessario attendere la sospensione *ex art. 649 c.p.c.* per sospendere in tutto o in parte la distribuzione del ricavato.

²⁶ Se lo chiede anche E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo*, cit., 1067.

²⁷ Cass. Sez. Un., 28.11.2012, n. 21118, in *Riv. dir. process.*, 2013, 1558, con nota di S. VINCRE, *La stabilità della vendita forzata: un 'dogma' riaffermato*.

²⁸ C. Giust. UE, 17.5.2022, causa C-600/19 *Ibercaja Banco*, cit.

f) Qualora invece l'esecuzione si sia chiusa con la distribuzione del ricavato, allora al debitore esecutato non rimarrà che il rimedio risarcitorio, da esperirsi ancora una volta nelle forme dell'art. 650 c.p.c.

In questa ipotesi, si porrà la questione della prescrizione del diritto al risarcimento del danno. Occorrerà qui fare i conti con un'altra pronuncia della Corte di giustizia, che ha dichiarato contraria alla normativa europea una normativa nazionale che prevede che il termine di prescrizione decennale, cui è agganciato il diritto alla ripetizione di somme indebitamente corrisposte ad un professionista, inizia a decorrere dalla data di esecuzione di ciascuna prestazione, anche nel caso in cui costui non fosse a conoscenza della abusività della clausola contrattuale, o non fosse in grado di valerne lui stesso l'abusività²⁹. In altri termini, stando alla sentenza della corte di giustizia, la prescrizione inizia a decorrere quando il debitore è consapevole di aver pagato in virtù di una clausola abusiva. Questo significa che graverà sul consumatore l'onere di dimostrare di essere venuto a conoscenza della nullità del contratto in un momento successivo al suo adempimento.

5. Perché il rimedio dell'opposizione tardiva rischia di apparire, dalla prospettiva europea, contrario al principio di effettività e, dalla prospettiva interna, pericoloso.

Viene fatto di chiedersi perché le sezioni unite, tra i tanti rimedi che gli interpreti avevano prospettato come possibili nei vari convegni e dibattiti che si sono susseguiti già dopo il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, abbiano pensato all'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c.

La soluzione scelta dalle sezioni unite ha l'indubbio merito di consentire la caducazione (totale o parziale) del decreto ingiuntivo, e non soltanto il venir meno della sua efficacia esecutiva, con riflessi circoscritti alla singola esecuzione pendente.

La Suprema Corte prende dunque le distanze dall'idea, avanzata all'indomani della pronuncia della Grande sezione, secondo cui se il consumatore avesse dichiarato di prestare adesione al rilievo della nullità compiuto dal giudice dell'esecuzione, ma al contempo non avesse ritenuto di promuovere un giudizio di cognizione, il giudice

²⁹ C. Giust. UE, 8.9.2022, cause riunite C-80/21, C-81/21, C-82/21, *Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères*, ECLI:EU:C:2022:646.

avrebbe potuto limitarsi a dichiarare chiusa l'esecuzione forzata (estinzione cd. anomala)³⁰.

Per la verità, chi aveva prospettato questa soluzione, aveva anche immaginato che – fermo il rilievo del giudice dell'esecuzione – il debitore esecutato avrebbe potuto proporre opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. (*in thesi*, volta a dimostrare l'esistenza di clausole abusive); e parimenti, nell'ipotesi opposta (in cui la nullità fosse stata riconosciuta dal giudice dell'esecuzione), il creditore avrebbe potuto promuovere opposizione agli atti esecutivi.

Né mi pare *tranchant* quel passaggio motivazionale della pronuncia in cui si legge che “la corte di Lussemburgo non impone di tenere insieme, nella stessa sede processuale esecutiva, il rilievo d'ufficio e la dichiarazione di abusività delle clausole contrattuali”³¹. Obiettivo, questo, che sarebbe stato possibile perseguire se, accanto al rilievo del giudice dell'esecuzione, si fosse aperta la via all'opposizione

³⁰ Per questa soluzione, invece, già M. STELLA, *Il procedimento monitorio*, cit., 2127-2128; L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., 68; E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo*, cit.; G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore*, cit.; C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria “ricarburata*, cit., 1058; E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit., § 4; G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore*, cit., 5 s.; a commento delle Sez. Un. in epigrafe, si esprimono favorevolmente per l'estinzione anomala anche R. PARDOLESI - B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza eurolunitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, in *Foro It.*, 2023, 1490.

Si tratta di una soluzione criticata da A. M. SOLDI - B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., 3, che ritengono tassativi e perciò insuscettibili di estensione analogica i casi nei quali il giudice dell'esecuzione può esercitare poteri istruttori (artt. 548, 549, 512 c.p.c.). Ragionare in senso opposto – secondo gli AA. – comporterebbe il rischio di “ridisegnare il ruolo [del g.e.] in un contesto in cui quel ruolo espressamente limita alla direzione del processo in funzione della sua utile conclusione”. Ed è quanto si legge nella motivazione del provvedimento (34) e sostanzialmente anche nella requisitoria della Procura generale, ove si osserva che il principio di autonomia processuale, riconosciuto ai singoli Stati membri, consentirebbe all'Italia di mantenere quella separazione tra esecuzione e cognizione, che sarebbe espressione di un principio di ordine pubblico generale (disponibile su www.procuracassazione.it/procura-generale/it/dett_quad_inter_norm.page?contentId=QIN12609, R.G. 24533/21, 8).

³¹ Pagina 36 della motivazione.

all'esecuzione, che pur compete al g.e. (quanto meno in caso di opposizione pre-esecutiva) ma in veste di giudice della cognizione.

Benché il titolo esecutivo sia rappresentato da un decreto ingiuntivo non opposto (dunque, si tratti di un titolo di natura giudiziale) si era sostenuto (e si continua da più parti a sostenere) che nessun giudicato implicito sulla validità del contratto si sia formato. Per questa ragione, non si ravvisava (né si continua a ravvisare) alcun ostacolo all'operare dell'opposizione ex art. 615 c.p.c., proprio perché le ragioni di merito, poste a fondamento della propria domanda da parte del debitore, e dirette a caducare il decreto ingiuntivo, non sarebbero (né sono) affatto coperte dall'accertamento compiuto dal giudice del monitorio³².

Questa soluzione – a mio avviso maggiormente aderente anche alla pronuncia della Corte di giustizia – avrebbe avuto l'indubbio vantaggio di consentire una sospensione interna dell'esecuzione forzata, senza dover attendere la pronuncia del provvedimento ex art. 649 c.p.c. dal giudice dell'opposizione tardiva monitoria; soprattutto, si sarebbe evitato al consumatore l'onere di promuovere un giudizio davanti ad un giudice *in thesi* incompetente, le quante volte la clausola abusiva riguardasse proprio la scelta di un foro diverso da quello della residenza del consumatore³³.

³² C. CONSOLO, *Istruttoria "ricarburata"*, cit., 1058; G. COSTANTINO, *I poteri del giudice dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo*, cit.; E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo*, cit., 1061; M. STELLA, *Il procedimento monitorio*, cit., 2127; A.M. GAROFALO, *Oltre Banco di Desio: le (altre) ricadute sul sistema processuale italiano della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore*, in *Accademia*, 2023, 173 ss., spec. 190 ss., ma già ID., *Decreto ingiuntivo non opposto*, cit.; A. M. SOLDI- B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., 2; B. CAPPONI, *La Corte di giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *Rass. es. forzata*, 2023, 126; R. PARDOLESI-B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto*, cit., 1490.

In argomento, per un'esposizione critica quanto alle ragioni per cui sul decreto ingiuntivo non opposto si formerebbe un giudicato implicito sugli antecedenti logico-necessari su cui si fonda il diritto di credito, sia consentito rinviare a L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., 62-65, ove richiami di dottrina e giurisprudenza.

³³ Senza considerare poi (come è stato condivisibilmente notato: A. M. SOLDI- B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., 7) che lo strumento dell'opposizione ex art. 615 c.p.c. avrebbe potuto tutelare lo stesso creditore che in quella sede, in via riconvenzionale, avrebbe potuto ottenere una sentenza di condanna

In questo senso, dunque, la soluzione fatta propria dalla Cassazione non mi sembra in linea con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, quale argine unionale all'autonomia degli ordinamenti nazionale. Da un lato, infatti, si costringe il consumatore ad iniziare una lite davanti ad un giudice diverso da quello adito con l'esecuzione (quello dell'opposizione *ex art. 650 c.p.c.* che rischia oltretutto di doversi dichiarare incompetente, se la clausola abusiva riguarda proprio la scelta di deroga del foro); dall'altro lato, rispetto all'esecuzione forzata pendente, si finisce per imporre una sospensione esterna al processo esecutivo (lasciandolo in una situazione di improcedibilità temporanea *de facto* – in attesa del provvedimento *ex art. 649 c.p.c.* – e, in ogni caso, mantenendo fermo il pignoramento sulle somme e sui beni, finché la vicenda oppositiva a decreto ingiuntivo non si sarà chiusa, magari impiegando tre gradi di giudizio)³⁴.

Per contro, a me pare che la soluzione favorevole all'opposizione tardiva tradisca l'intento della Suprema Corte di voler rimanere fedele a quell'idea, secondo cui la portata del giudicato che si forma in caso di decreto ingiuntivo non opposto si estende anche agli antecedenti logici necessari che costituiscono il presupposto per la pretesa fatta valere. Lo si evince chiaramente in un passaggio della pronuncia in cui si definisce l'opposizione tardiva quale unico rimedio idoneo che l'ordinamento appresta contro il giudicato e che permette di far salvo il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile³⁵.

che sostituisce il titolo esecutivo, rappresentato dal decreto ingiuntivo, qualora in quella sede fosse stato revocato.

³⁴ C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1057. Un esito, quello criticato nel testo, al quale non si sottraeva nemmeno la soluzione dell'*actio nullitatis* prospettata dalla procura generale. Per un'analisi critica di quella proposta (e delle altre avanzate dagli interpreti in attesa della pronuncia qui in commento) sia consentito rinviare a L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo*, cit., 74 s.

³⁵ Pagina 37 della motivazione.

6. *Superamento del giudicato, anche in presenza di giudizi contumaciali a cognizione piena, se è mancato il rilievo officioso della nullità?*

Di là dalla correttezza dell'assunto, sul quale si dubita da più parti e da molto tempo, il punto non è di poco momento, perché rischia di insinuare il dubbio che l'intervento della Corte di giustizia non sia giustificato dall'assenza di un contraddittorio effettivo (o possibile) con il consumatore – cosa che manca nella fase monitoria che precede il decreto ingiuntivo – ma dal fatto che il giudicato si sia formato senza motivare in ordine all'abusività delle clausole.

Ci chiede, ad esempio, se le stesse conseguenze che derivano da un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato debbano estendersi anche ad una sentenza, emessa a valle di un procedimento che si svolge a contraddittorio pieno, quando il consumatore sia rimasto contumace e non vi sia stato alcun rilievo da parte del giudice circa l'esistenza di clausole abusive. Se ciò accade, è possibile sollevare la questione per la prima volta in sede esecutiva?

A me pare di no e per più di un motivo: la contumacia, nel nostro ordinamento, non dà luogo ad una *ficta confessio*, ma impone al creditore di provare i fatti costitutivi del proprio diritto; dunque, se il credito nasce da un contratto, il contratto stesso va prodotto o comunque provato (arg. ex art. 115 c.p.c.). Il giudice, non solo in primo grado ma anche in fase di impugnazione, può rilevare d'ufficio l'esistenza di clausole abusive, se del caso invitando il contumace a comparire all'udienza, perché dichiarare se intenda o non intenda avvalersi della nullità di protezione³⁶.

Ad ogni modo, anche qualora il giudice avesse ommesso di rilevare la nullità nel corso di un giudizio contumaciale (ma la conclusione rimarrebbe la stessa se il consumatore si fosse costituito), dovrebbe trovare applicazione il principio generale della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame (art. 161, comma 1°, c.p.c.)³⁷. La

³⁶ E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit., § 4.

³⁷ Per queste ragioni, non mi sembra condivisibile la conclusione raggiunta dal g.e. che, preso atto che la sentenza di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo (messa poi in esecuzione) non conteneva alcuna motivazione circa l'abusività/non abusività delle clausole del contratto sul quale il decreto ingiuntivo era stato

sentenza di primo grado sarà nulla, il vizio potrà costituire motivo di impugnazione ma dovrà considerarsi sanato con il passaggio in giudicato del provvedimento³⁸, precludendo ad un attento giudice dell'esecuzione il potere di rilevare egli stesso l'abusività della clausola.

In questo senso si è espressa in passato la Corte di giustizia che, nel riconoscere la centralità che il principio dell'autorità della cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento euro-unitario sia nei sistemi nazionali, ammette che la tutela del consumatore non possa considerarsi assoluta³⁹. Nel precedente unionale *Asturcom* (2009) si legge che “il rispetto del principio di effettività non può giungere fino al punto di esigere che un giudice nazionale debba (...) supplire integralmente alla completa passività del consumatore che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure ha proposto un'azione di annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo”⁴⁰.

Non mi pare che ad una diversa conclusione possa addivenirsi invocando un diverso precedente della Corte di giustizia del 2018⁴¹. In quel caso, è sì vero che la Corte ha stabilito che la dir. n. 13/93 CEE “dev'essere interpretata nel senso che un giudice nazionale che si

pronunciato, ha assegnato al consumatore il termine di 40 giorni per promuovere opposizione ex art. 650 c.p.c.: cfr. Trib. Ivrea, 16.5.2023, inedita.

³⁸ Così anche E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., 10; v. anche C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria “ricarburata”*, cit., 1065.

³⁹ C. Giust. UE, 6.10.2009, causa C-40/2008 *Asturcom*, EU:C:2009:615 (punti 57-58).

⁴⁰ C. Giust. UE, 6.10.2009, cit. (punto 37). Nel caso di specie, a fronte del mancato pagamento di alcuni canoni mensili, una società di telecomunicazioni, forte dell'esistenza di una clausola compromissoria contenuta nel contratto concluso con una consumatrice, aveva adito la via arbitrale: il procedimento si era concluso con un lodo di condanna, senza che gli arbitri avessero rilevato l'abusività della convenzione di arbitrato e senza che la consumatrice si fosse costituita. Promossa esecuzione in forza di quel lodo, che era divenuto definitivo in mancanza di impugnazione, il giudice dell'esecuzione spagnolo aveva promosso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, domandando se l'abusività della clausola compromissoria potesse essere rilevata in sede esecutiva, nonostante il titolo esecutivo fosse costituito da un provvedimento passato in giudicato.

⁴¹ C. Giust. UE, 17.5.2018, causa C-147/2016, *Karel de Grote*, ECLI:EU:C:2018:320.

pronuncia in contumacia ed è competente, secondo le norme di procedura nazionali, ad esaminare d'ufficio se la clausola su cui si basa la domanda sia contraria alle norme nazionali di ordine pubblico, è tenuto ad esaminare il contratto e a verificare se esso contenga una clausola abusivo".

La conclusione cui la Corte di giustizia è giunta, in quel contesto è stata la contrarietà del giudicato che si era formato al diritto dell'Unione. Tuttavia, va considerato che l'ordinamento che aveva formulato il rinvio (quello belga) impone al giudice nazionale che si pronuncia in contumacia di ammettere le domande o le difese della parte costituita, sempre che il procedimento, tali domande o tali difese non siano contrari all'ordine pubblico⁴². Una situazione, dunque, ben diversa da quella che connota il nostro ordinamento.

7. Consumatore, decreto ingiuntivo non opposto e non motivato e liquidazione controllata.

La pronuncia delle sezioni unite prende in considerazione solo il caso di un decreto ingiuntivo, non opposto e non motivato, che sia invocato quale titolo esecutivo in una esecuzione forzata individuale.

Tuttavia, l'esigenza di tutelare il consumatore, quando un controllo sull'abusività/non abusività delle clausole contrattuali non sia stato compiuto dal giudice del monitorio, potrebbe sorgere anche in caso di esecuzione collettiva: mi riferisco all'ipotesi in cui, per volontà del consumatore stesso o dei suoi creditori, sia stata aperta una liquidazione controllata: procedura, questa, che nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (artt. 268 ss.) ha preso il posto della liquidazione del patrimonio, di cui alla l. 27.1.2012, n. 3⁴³.

Mi chiedo cosa accade quando il creditore insinui il proprio credito, producendo a prova dello stesso, un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato. In quali sedi endo-concorsuali è possibile sollevare la

⁴² Per queste ragioni non convince la conclusione cui giunge C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., spec. 82 s., che ritiene di estendere il principio enunciato dalla Corte di giustizia anche all'ordinamento italiano.

⁴³ Di un siffatto caso, del resto, si è già occupata la *Cour de cassation*, *ch. comm.*, 8.2.2023, n. 21-17763, disponibile su <https://www.courdecassation.fr/decision/63e34ccc500dc805de37cd9b>.

nullità del decreto ingiuntivo, non motivato quanto all'abusività/non abusività delle clausole?

Come noto, nella liquidazione controllata, diversamente da quel che accade in quella giudiziale, la fase di formazione del passivo non si svolge davanti ad un giudice ma è costruita *grosso modo* sulle orme di quella propria di una liquidazione coatta amministrativa, tant'è vero che non si chiude con un provvedimento giurisdizionale⁴⁴: la domanda di ammissione al passivo è presentata al liquidatore, cui spetta il ruolo di stabilire chi ha titolo per partecipare ai riparti. Soltanto se sorgono contestazioni, che il liquidatore non ritenga superabili, allora gli atti vanno rimessi al giudice delegato perché provveda alla formazione del passivo (art. 273, comma 5°, CCII), con decreto soggetto a reclamo davanti al collegio di cui non può far parte il giudice delegato (art. 273, comma 6°, CCII).

Lo scenario che può prospettarsi – quando il creditore insinui la propria pretesa nel passivo di una liquidazione controllata aperta contro il consumatore, in forza di un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato – è articolato.

Non mi pare che si pongano particolari questioni, là dove il liquidatore si avveda della nullità del decreto ingiuntivo non opposto e non motivato: in questo caso, egli potrà valutare quale sia l'importo per il quale ammettere il credito; a fronte di eventuali contestazioni del creditore, opereranno i rimedi previsti dagli art. 273, commi 5°-6°, CCII). È certamente vero che il decreto che il giudice delegato emetterà (così come quello che renderà eventualmente il collegio in sede di impugnazione), quand'anche confermassero l'ammissione al passivo per un *quantum minoris* (se la clausola abusiva, ad es., riguarda gli interessi) o rideterminassero l'entità del credito (solo perché accertato da un giudice, competente in forza di una clausola abusiva) non comporteranno certo la caducazione del decreto ingiuntivo. Questa conclusione è impedita dall'efficacia endo-concorsuale che caratterizza quei provvedimenti, arg. ex art. 204 CCII, che riprende quanto stabiliva l'art. 96, ultimo co., l. fall. È altrettanto vero, però, che, benché quel decreto ingiuntivo rimanga formalmente in vita, nessuna iniziativa

⁴⁴ M. MONTANARI, *La liquidazione del patrimonio del debitore non fallibile*, in *La nuova disciplina del sovraindebitamento*, diretto da M. IRRERA e S.M. CERRATO, coord. da F. PASQUARIELLO, Bologna, 2021, 378; M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi di impresa*, Milano, 2023, 634.

esecutiva residuerà in capo al creditore, una volta chiusa la liquidazione controllata, dal momento che il consumatore beneficerà dell'effetto esdebitatorio (art. 282 CCII).

Per contro, il problema è destinato a porsi se il liquidatore ammetta al passivo il creditore, senza avvedersi che il credito del professionista sia accertato da un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato: in questo caso, non v'è modo per il giudice delegato di sindacare sul provvedimento di ammissione al passivo. D'altro canto, proprio la pendenza di una liquidazione controllata – che importa la perdita per il debitore della *legitimatio ad causam*, in forza del richiamo all'art. 143 CCII, contenuto nell'art. 270, comma 5°, CCII – renderebbe impraticabile la soluzione di un'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo.

Ebbene, si vogliono calare i principi enunciati dalle stesse sezioni unite nel contesto concorsuale, l'alternativa che si pone è la seguente: da un lato, si può immaginare che la tutela del consumatore trovi eccezionalmente attuazione in sede di ripartizione dell'attivo; per la precisione, si dovrebbe riconoscere che, sorta una contestazione in sede di riparto che il liquidatore non riesca a risolvere, il giudice delegato possa pronunciare decreto motivato, ai sensi dell'art. 275, comma 6°, CCII, che escluda in tutto o in parte dal riparto il creditore, a motivo del rilievo della clausola abusiva che abbia condotto alla pronuncia del decreto ingiuntivo. Un controllo – quello ipotizzato – davvero singolare, dal momento che le questioni relative all'esistenza e all'opponibilità del credito insinuato debbano trovare spazio solo in sede di accertamento del passivo⁴⁵.

Se, invece, si ritenga che in sede di riparto la questione della nullità del decreto ingiuntivo non opposto e non motivato non possa più essere sollevata, allora non resta che concludere nel senso che – chiusa la liquidazione controllata - il debitore tornato *in bonis* possa esperire agire con un'azione di ripetizione dell'indebito, analogamente a quanto si è visto accadere quando l'esecuzione forzata si chiude senza che la nullità di protezione sia stata oggetto di rilievo da parte del giudice dell'esecuzione, secondo l'insegnamento della Corte di giustizia⁴⁶. Anche in questo caso, come si è immaginato debba accadere se

⁴⁵ Per tutti, ID., *op. ult. cit.*, 471.

⁴⁶ C. Giust. UE, 8.9.2022, cause riunite C-80/21, C-81/21, C-82/21, cit.

l'esecuzione individuale si chiuda senza il rilievo della nullità del titolo esecutivo, l'azione dovrà esperirsi nelle forme dell'art. 650 c.p.c..

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 protezione¹. 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 consumatore².

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.

¹ 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.

² 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"³, 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 negoziale⁴.

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.⁵

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

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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 rilevazione di lacune assiologiche)⁶; *dall'altra* (e specularmente), gli esiti non coerenti al paradigma funzionale che comporterebbe la riconduzione di queste nullità alla rigida disciplina codicistica⁷.

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'ufficio⁸ (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 finanziaria⁹.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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 rilevabilità 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.

⁹ 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”¹⁰. 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 debole¹¹.

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 invalido¹².

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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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-Il 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.¹³.

Benché nel caso deciso dalle sezioni unite, fosse possibile individuare una soluzione meno drastica dal punto di vista sistematico¹⁴, 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 protezione¹⁵.

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

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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 funzionale¹⁶. 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 dispositivo¹⁷. 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 regolamento¹⁸.

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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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*.

¹⁸ 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 Kasler¹⁹ –, 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 contratto²⁰;

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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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 contrattuale²¹. 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 desiderabile²².

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 rimedio²³.

²¹ 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'*?

²² Critico al riguardo S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione*, cit., 4.

²³ 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); 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 crescente²⁴.

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 alcunché²⁵.

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.

²⁴ 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.

²⁵ 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 protezione²⁶.

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 ricevuto²⁷. 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.

²⁶ 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.

²⁷ Del resto, è frequente l'osservazione secondo la quale la disciplina dell'indebito si applicherebbe anche alle attribuzioni non solutorie non giustificate da un'idonea 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.)²⁸ a riconoscere senza incertezze la restituzione del capitale al finanziatore usurario²⁹.

Nei contratti di fornitura di beni o servizi, è significativa la disciplina del recesso: istituto sì diverso dalla nullità, ma ad essa funzionalmente simile in prospettiva rimediale, tanto da essere stato autorevolmente accostato alla nullità³⁰. 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)³¹.

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 Messner³² della Corte di Giustizia, che buona fede e arricchimento ingiustificato non impongono al

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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.

³¹ 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.

³² 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 eccessivo³³.

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 tendenziale³⁴ - spazio per misure rimediali ultracompensative, 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 2013³⁵. 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)³⁶; c) Infine, l'art. 11bis, della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (2005/29/CE),

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

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ 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”³⁷.

Una conferma di questa impostazione emerge, poi, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁸ 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 luogo³⁹.

Parimenti l’art. 2035 c.c., che pure qualche voce dottrinale propone di estendere oltre il confine dell’immoralità⁴⁰, non costituisce una giustificazione sistematica della irripetibilità unilaterale,

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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"⁴¹.

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 parti⁴². 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 consumatore⁴³. 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

⁴¹ 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*.

⁴² 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.

⁴³ 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 sperato⁴⁴ (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 rimediale 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

⁴⁴ 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'inesigibilità⁴⁵, quale strumento idoneo a paralizzare le pretese restitutorie conseguenti alla nullità di un contratto⁴⁶.

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 statuto⁴⁷. 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

⁴⁵ 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*.

⁴⁶ In senso contrario, v. però, G. VETTORI, *op. cit.*, 29.

⁴⁷ 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 restituzione⁴⁸.

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 isolate⁴⁹. 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 ripetizione⁵⁰.

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/CEE⁵¹. 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

⁴⁸ 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”.

⁴⁹ E. BARGELLI, *op. cit.*, 120 ss.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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 parametriche al valore di prestazione di servizi collegati all'erogazione del mutuo⁵². 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 caratterizza⁵³.

Una siffatta regola è coerente con una possibile lettura degli obblighi restitutori previsti dal codice civile⁵⁴: 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 monetari⁵⁵. Dunque, svalutazione e fruttuosità sono fuori dal perimetro dei rischi che la

⁵² 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.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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 europeo⁵⁶. 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 direttiva⁵⁷.

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 totale⁵⁸. 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 capitale⁵⁹.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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.

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

⁵⁹ 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 contratto⁶⁰. *Policy*, a ben guardare, non estranea a quanto previsto dall'art. 2035 c.c.⁶¹

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*⁶². 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)⁶³. Il che appare congruente con la nuova disciplina degli effetti restitutori del recesso del consumatore, ove, superando la giurisprudenza Messner, al consumatore è attribuito

⁶⁰ 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.).

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

⁶² 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.

⁶³ 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 comportamento⁶⁴.

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

⁶⁴ 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*⁶⁵.

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*⁶⁶. Sarà pertanto inevitabile volgere lo sguardo anche alla disciplina sussidiaria dell'arricchimento ingiustificato⁶⁷.

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)⁶⁸.

⁶⁵ 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*.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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 Cassazione⁶⁹, 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 professionista⁷⁰. 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 rimedio⁷¹.

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'impoverimento, ma non rappresenta per l'arricchito alcun incremento patrimoniale da restituire⁷².

⁶⁹ V. Cass., 12 gennaio 2021, n. 261, in banca dati One Legale.

⁷⁰ Cfr. ancora E. BARGELLI, *op. cit.*, 248 ss.

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

⁷² 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 Szpunar⁷³, 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 professionali⁷⁴.

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'allocazione diversa dei rischi⁷⁵: 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

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

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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.

Contratti "non autorizzati" e nullità: il problema del giusto rimedio.

SOMMARIO: 1. Contratto "non autorizzato" invalido/valido: il problema, a partire da due casi. - 2. Il deposito del banchiere di fatto è nullo. - 3. La fideiussione del confidi minore è valida. - 4. Norma imperativa, nullità, giusto rimedio.

1. Contratto «non autorizzato» invalido/valido: il problema, a partire da due casi.

La scelta del rimedio¹ proporzionato e coerente con gli interessi protetti è, se si guarda al diritto attuale dei contratti, il problema più frequentemente posto dall'interazione tra la parte generale (con le sue storiche categorie) e il variegato mondo dei diritti secondi (o speciali, o asimmetrici, a seconda dell'approccio che si preferisca)². Due recenti decisioni ripropongono all'attenzione dell'interprete la questione della sorte del contratto non autorizzato, problema noto che si può affrontare, in declinazione moderna, solo muovendo da alcune considerazioni di ordine generale.

Non può, anzitutto, essere trascurato il dato, comunemente accettato, della trasformazione (nel senso della frammentazione / destrutturazione³) della categoria della nullità, in ragione, soprattutto,

¹ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 682 ss.; i rimedi contrattuali «implicano la ponderazione comparativa di interessi in conflitto, che conduce a sacrificarne alcuni per privilegiarne altri».

² Sulla prospettiva rimediale vd. A. DI MAIO, voce *Rimedi contrattuali*, in *Enc. dir., I tematici, Contratto*, I, Milano, 2021, 1031, «[c]on il linguaggio dei "rimedi" anziché di quello dei "diritti" non si intende sovvertire il vocabolario giuridico ma soltanto meglio evidenziare come la funzione storica dell'ordinamento giuridico non è solo quella di dare ordine e sistemazione alle relazioni sociali, ma fornire risposte in positivo ove violazioni siano realizzate». Vd. anche S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585 ss., in partic. 588-589: «[l']idea che va maturando è che quella rimediale sia una prospettiva che può essere adottata tanto dal legislatore in sede di normazione, quanto dalla dottrina in sede di ricostruzione del sistema».

³ Sulla nuova configurazione della nullità contrattuale vd. tra i tanti C. SCOGNAMIGLIO, *Per una lettura in chiave funzionale del "sistema" delle invalidità*,

dell'ampliamento verso l'Europa del catalogo delle fonti, con l'emersione delle nullità di protezione, divergenti, in misura non trascurabile, dal modello tradizionale di nullità⁴.

Va poi considerata la crescente importanza, nel contesto delle invalidità contrattuali, della prospettiva (non dell'atto ma) dell'attività, nella misura in cui, nella realtà attuale, la nullità può essere giustificata «da ragioni del tutto estrinseche all'atto di autonomia privata cioè provenienti dall'esterno, dai “dintorni” del contratto, dal “contesto” in cui lo scambio è inserito (...)»⁵; prospettiva che interferisce, da una parte, con la storica demarcazione tra illiceità e illegalità del contratto, oggi forse destinata a un suo graduale superamento⁶, e, dall'altra, con l'utilizzo normativo della nullità per la protezione di interessi legati al mercato⁷; ciò che ha determinato, con passaggi inesorabili, seppur gradualmente, il moltiplicarsi non solo di norme di condotta, ma anche di regole incidenti sull'organizzazione di una delle parti⁸ (in genere, il professionista/imprenditore) o di sistemi di controllo sull'esercizio di una determinata attività, con nuove fonti (sovrannazionali/nazionale; primarie/secondarie) e nuovi soggetti abilitati a verificare, in funzioni di controllo (Banca d'Italia, *Authorities*) l'applicazione delle regole di conformazione dei contratti agli obiettivi di politica economica.

Il tutto accompagnato da un largo ricorso alle nullità virtuali, quando il legislatore, come spesso accaduto specialmente in relazione alla disciplina di derivazione europea, non commina alcuna sanzione contrattuale (di nullità) per la violazione di un certo precetto imperativo, ma l'interprete – autorizzato dall'art. 1418, comma 1, c.c. – avverte,

in *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata*, E. NAVARRETTA (a cura di), Torino, 2021, 217 ss., in partic. 222-224.

⁴ Sulle nullità di protezione va fatto rinvio alla recente ricostruzione di M. GIROLAMI, voce *Nullità di protezione*, in *Enc. dir., I tematici, Contratto*, I, diretto da G. D'AMICO, Milano, 2021, 701 ss.

⁵ Così scrive A. PLAIA, *Patologie del contratto*, Torino, 2022, 4.

⁶ Su cui ancora A. PLAIA, *op. cit.*, 18-20.

⁷ Nella prospettiva del mercato, la nullità subisce un mutamento radicale: «[...] le discipline sopravvenute si incentrano, piuttosto che sui caratteri dell'atto, sulla condotta dei soggetti del contratto, considerati quali attori del mercato e disciplinati con riguardo all'attività negoziale in esso svolta»: così F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 10.

⁸ Anche mediante norme identificate come «ordinative»: A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 210-212.

non senza valutazioni altamente discrezionali e, per questo, non sempre convergenti, che è la nullità (virtuale) il rimedio proporzionato⁹. Perché sa che, diversamente, il divieto rimarrebbe sostanzialmente inefficace, con sacrificio dell'interesse del quale è presidio.

Tracciato questo quadro generalissimo, con riserva di ulteriormente riprenderne i fili più avanti, il problema (riaperto da due recenti casi¹⁰) del trattamento del contratto concluso in carenza di un'autorizzazione normativamente prescritta o fuori dai confini di un'attività legislativamente identificata può sollecitare una riflessione sia sui criteri di scelta del rimedio più adeguato/proporzionato (alla protezione dell'interesse alla cui realizzazione mira la previsione di un'autorizzazione) sia sulla *ratio* da attribuire a previsioni per le quali, nel mutato contesto delle invalidità negoziali, la ricerca delle sanzioni proporzionate per la loro violazione è rimessa, sostanzialmente, alla solitudine dell'interprete¹¹.

I casi sono due.

- i. la raccolta non autorizzata del risparmio, realizzata attraverso contratti di deposito dei quali si è statuita la nullità per violazione di norma imperativa (quella che prescrive l'autorizzazione in capo al soggetto che svolga attività bancaria)¹²;

⁹ Sulle nullità virtuali nel nuovo diritto dei contratti si può rinviare a G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, S. PAGLIANTINI (a cura di), Torino, 2009, 1 ss.; già a partire dai gli anni ottanta, il moltiplicarsi di norme imperative aveva inciso sul modello tradizionale di nullità, nel senso di una sua «soggettivizzazione» (vd., su questo, E. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, 485 ss., in partic. 489).

¹⁰ Va notato che la questione del trattamento del contratto concluso in assenza di un'autorizzazione (prevista dalla legge per l'attività di uno dei contraenti) sembra trascurata dal dibattito recente in materia di nullità, specie di protezione; eppure si tratta di un terreno nel quale si possono sperimentare agevolmente tutti i problemi delle nuove nullità, in rapporto sia al tema del controllo dell'ordinamento sull'autonomia privata sia a quello della legittimazione ad agire.

¹¹ Proprio le recenti vicende della nullità (specialmente di quella virtuale) testimoniano l'importanza del diritto giurisprudenziale, quasi che la categoria (della nullità) fosse non un postulato bensì un risultato di un procedimento ricostruttivo di matrice esclusivamente interpretativa: così osserva N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 185-187. A ben vedere, per le nullità virtuali i giudici si fanno legislatori, ma in forza di una "delega" loro conferita dall'art. 1418, comma 1, c.c.

¹² Cass., sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4760: «È nullo per contrasto con norme imperative di legge, ai sensi dell'art. 1418 del codice civile (cd. nullità "virtuale"), il

ii. la fideiussione rilasciata dal confidi minore, per la cui validità si è pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite nel marzo 2022¹³.

I due casi segnano una latitudine sufficientemente ampia per chiedersi se per i contratti posti in essere al di fuori dei confini normativamente prescritti per il tramite del meccanismo autorizzatorio sia possibile una sistemazione unitaria sul piano rimediabile: se sia possibile identificare, cioè, un unico rimedio idoneo a reagire a ogni forma di contratto non autorizzato.

La giustificazione per questo rinnovato interesse sta nella varietà del livello di deviazione rispetto al modello conformato: nel contratto di deposito concluso dal soggetto privo di autorizzazione si manifesta il vizio classico della carenza di un requisito normativamente prescritto in capo al contraente: si tratta del contratto del soggetto che non poteva esercitare quel tipo di attività (bancaria); nella fideiussione del Confidi la deviazione (dal modello legislativo) è altra: il contratto è concluso al di fuori del perimetro segnato dal legislatore come unica area di contrattazione possibile per quel soggetto. Due situazioni

contratto di deposito a risparmio concluso con soggetto professionalmente dedito all'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, ma privo dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria prescritta dall'art. 14 del d.lgs. n. 385 del 1993, stante la rilevanza del requisito soggettivo nella struttura dei contratti bancari, nei quali una delle parti è individuata indefettibilmente in una banca, e degli interessi pubblici sottesi alla riserva dell'attività bancaria alle imprese autorizzate, la cui tutela non può restare affidata esclusivamente alle sanzioni penali di cui agli artt. 130 e 131 del citato decreto; tale nullità per carenza di un requisito della fattispecie legale non osta tuttavia, in linea di principio, alla conversione ex art. 1424 c.c. ove il negozio sia idoneo a produrre gli effetti di altra fattispecie e previo accertamento, riservato in via esclusiva al giudice di merito, della volontà delle parti».

¹³ Cass., Sez. Un., 15 marzo 2022, n. 8472, in *Foro It.*, 2022, I, 1650, con nota di S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*. Eccone le massime: «È valida la fideiussione prestata da un confidi minore verso un proprio associato a garanzia di un credito derivante da contratto non bancario, dal momento che la legge non contempla espressamente la sanzione della nullità né quest'ultima può indirettamente ricavarsi dalla disposizione per la quale il confidi minore svolge esclusivamente attività di garanzia collettiva dei fidi, quale società cooperativa a responsabilità limitata, il cui oggetto sociale prevede la possibilità di prestare garanzie personali e reali, anche verso terzi non soci» e «Non può considerarsi nulla, per violazione di norma imperativa, la fideiussione prestata da un c.d. "confidi minore", nell'interesse di un proprio associato a garanzia di un credito derivante da un contratto non bancario».

(apparentemente) differenti, ma accomunate dalla violazione di un parametro legislativamente stabilito sull'attività di uno dei contraenti.

Le soluzioni offerte dalla Cassazione sono opposte: nullo per violazione di norma imperativa il primo, valido il secondo.

Si giustifica questa difformità? Se sì, è comunque possibile fare ordine nella sotto area delle nullità virtuali da contratti non autorizzati? Sulla base di quali parametri interpretativi?

A questi interrogativi sono dedicati i paragrafi seguenti, a partire da una ricognizione – essenziale – degli argomenti offerti dalle due decisioni della Cassazione per sostenere le menzionate soluzioni.

2. Il deposito del banchiere di fatto è nullo.

Per la raccolta non autorizzata del risparmio, la fattispecie conformata è quella di cui all'art 14 t.u.b.: l'attività bancaria si può svolgere se si ha la prescritta autorizzazione, rilasciata dalla Banca d'Italia. In quel caso l'autorizzazione non c'era.

La decisione appare lineare: il contratto di deposito è concluso da un soggetto che difetta di un requisito soggettivo indicato da una norma imperativa.

Siamo nell'area del difetto strutturale nella fattispecie (specie sotto il profilo causale)? o nell'area della nullità virtuale per contrasto con norma imperativa?

Si può speculare, ma sul piano dell'operatività del rimedio non c'è molto margine: c'è nullità.

In questo caso la Cassazione procede all'indagine sull'imperatività della disposizione centrandola sull'interesse pubblico perseguito attraverso il requisito dell'autorizzazione: alla quale si associano controlli stringenti che non proteggono solo i terzi che con l'impresa entrano in contatto, ma anche interessi quali la tutela del risparmio e il governo dell'economia e del controllo della circolazione monetaria. Tuttavia, la qualifica soggettiva ha un valore anche per l'assetto d'interessi programmato dalle parti: rafforza la garanzia di restituzione delle somme depositate, mentre l'adesione del depositario al fondo interbancario assicura una piena tutela dei risparmiatori.

In questo quadro, così valutata la norma che impone il requisito soggettivo, non può non essere comminata la maggiore reazione

possibile che, sul piano civilistico, è la cancellazione del contratto che cristallizza l'attività svolta senza il presidio della autorizzazione.

E, quanto al regime, deve trattarsi di nullità *tout court*, a legittimazione allargata, perché non si tratta solo di proteggere i risparmiatori, ma anche il mercato nella sua dimensione più ampia. Non bastano allora le sanzioni penali o amministrative (che soddisfano, semmai, un'esigenza punitivo-preventiva); è necessario che il contratto sia cancellato, in ragione della necessità di proteggere l'interesse del terzo contraente.

I giudici di legittimità sono molto sicuri nel concludere per «la natura non meramente individuale e privata degli interessi tutelati dal divieto, la cui protezione non può restare affidata esclusivamente alle sanzioni previste dal Testo unico bancario, tutto sommato modeste, in relazione anche alla natura ed alle dimensioni economiche dei soggetti operanti nel settore»¹⁴; conseguentemente, nel curarsi di distinguere il difetto di autorizzazione – incisivo sulla legittimazione a contrarre, dunque su un requisito soggettivo del contratto, in ragione dell'assenza del sistema di controlli posti a presidio di interessi generali – dalla mera inosservanza di regole di condotta, «che, come più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, non determina la nullità del contratto, potendo al più costituire fonte di responsabilità precontrattuale o contrattuale, e quindi dar luogo rispettivamente al risarcimento del danno o alla risoluzione del contratto»¹⁵.

Non manca una via d'uscita (più teorica che pratica¹⁶): la conversione del contratto, laddove il giudice (di merito) ne accerti tutti i presupposti soggettivi e oggettivi¹⁷.

¹⁴ Così in motivazione di Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760, cit.

¹⁵ Ancora in motivazione di Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760.

¹⁶ Se manca l'autorizzazione, il contratto nullo dovrebbe convertirsi, comunque, in altro contratto per il quale non deve essere necessaria analoga autorizzazione, circostanza che, probabilmente, segna la sostanziale impraticabilità della conversione in casi come questi (giacché si voleva concludere, comunque, un contratto nell'esercizio di un'attività, ad es. bancaria, che a una delle parti non era consentita e che non potrebbe trovare, proprio per il persistente difetto di autorizzazione, una figura contrattuale in grado di produrre i medesimi effetti).

¹⁷ Scrivono i giudici di legittimità: «non si può escludere in linea di principio, la possibilità che negozi incontestabilmente ricondotti ad una determinata fattispecie legale, e ritenuti nulli per mancanza di taluno dei requisiti prescritti, siano reputati, ai sensi dell'art. 1424 c.c., idonei a produrre gli effetti di altre fattispecie, in quanto dotati

3. *La fideiussione del confidi minore è valida.*

In Cass., Sez. Un., n. 8472/2022 – in tema di fideiussione rilasciata dal confidi minore nell’interesse di un proprio associato – l’approccio sembra essere, almeno a un primo sguardo, significativamente diverso.

Consorzi fidi sono consorzi, cooperative o società di capitali che per espressa prescrizione, se di primo livello o minori, svolgono per legge esclusivamente attività di garanzia nell’interesse dei propri associati con banche o intermediari finanziari. Se di secondo livello, iscritti all’albo intermediari ex art. 106 t.u.b., in via residuale possono anche svolgere attività di intermediazione¹⁸.

Il disallineamento rispetto alla fattispecie conformata non è, nel caso specifico, la mancanza di autorizzazione: e infatti il confidi non ha svolto, in difetto di autorizzazione, un’attività che richiedesse un’iscrizione o autorizzazione, ma ha agito (concluso un contratto) fuori dall’area delle attività consentite. Un contratto sì di garanzia, sì nell’interesse di un associato, ma con un terzo estraneo, e per di più non per coprire il debito sorto da un contratto bancario, bensì per garantire un’obbligazione originata da un negozio estimatorio.

La rimessione alle Sezioni Unite (con ord. n. 24016/2021) muove(va) proprio dalla sentenza n. 4760/2018 (vd. par. precedente) – in cui era stata percorsa la via della nullità del contratto, con possibilità di una molto improbabile conversione – per porre il problema della congruità del rimedio (radicale), specie in rapporto alla posizione del terzo in buona fede, e in ragione di dubbi sulla natura imperativa della prescrizione legislativa violata.

Nell’ordinanza di rimessione, che, peraltro, segue una prima ordinanza di rinvio alla discussione in pubblica udienza da parte della

dei relativi requisiti: mentre la qualificazione del contratto consiste nell’individuazione del tipo legale corrispondente, cui si procede attraverso la ricostruzione del comune intento perseguito dalle parti attraverso la stipulazione, la conversione comporta infatti una trasformazione-riduzione di quanto pattuito, volta al conseguimento di un risultato più limitato di quello originariamente avuto di mira dalle parti, ma conforme all’ipotetica volontà delle stesse» (ancora in Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760).

¹⁸ Per un’analisi, anche storica, della disciplina sui confidi si richiama G.B. BARILLA, *I consorzi fidi tra diritto dell’impresa e regole di vigilanza*, in *Giur. Comm.*, 2018, 83 ss.

sezione filtro¹⁹, si legge che «la risposta appare condizionata dalla natura pubblicistica della intera regolazione della materia degli intermediari finanziari, tanto più netta ove sia prescritta per i confidi, in modo assimilato, la iscrizione ad un albo speciale per le prestazioni di garanzie e i soggetti debbano dotarsi di requisiti patrimoniali e a loro volta finanziari e di gestione conformi a standard fissati da un'autorità pubblica»²⁰; per altro verso, però, «[...] non segue un'immediata ricognizione del rapporto tra violazione della norma e reazione ordinamentale sulla sola condotta dell'agente ovvero anche, ed a ogni latitudine soggettiva, sulla sorte di validità del contratto concluso a valle, posto che il rilascio di una fidejussione è attività di per se stessa lecita e non riservata alle banche e agli altri intermediari finanziari autorizzati»²¹.

La soluzione offerta dalle Sezioni Unite può essere così sintetizzata: sebbene esistano norme limitative delle attività dei confidi, «tuttavia le previsioni limitative delle attività dei confidi non fanno perdere la capacità di agire che gli è propria quale società cooperativa e, dunque, la capacità di rilasciare garanzie non dirette a favorire il finanziamento da parte delle banche e degli altri operatori finanziari»²²; e, ancora, se esistono disposizioni in forza delle quali «i cd. “confidi minori” svolgono “esclusivamente” l'attività di garanzia collettiva dei fidi, al fine di favorire l'accesso al credito bancario delle piccole e medie imprese associate, non è possibile desumere implicitamente un divieto assoluto di svolgere attività diverse»²³. A questo si aggiunge una valutazione generale sulla natura del rimedio della nullità, il cui riscontro deve essere affidato a criteri specifici, certi, proprio in ragione della sua gravità²⁴ (comportando la cancellazione del rapporto

¹⁹ Cass., 23 settembre 2019, n. 23611, rel. Dolmetta, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 2001-2003 [«Nei casi in cui si lamenti che un contratto sia concluso in violazione di norme imperative, vi è l'esigenza di verificare che il rimedio negoziale della nullità risulti effettivamente coerente con la finalità di interesse pubblico che la norma imperativa, che venga presa in apposita considerazione, intende specificatamente perseguire»]; una soluzione prudente ed equilibrata.

²⁰ In motivazione di Cass., 6 settembre 2021, n. 24016.

²¹ Ancora da Cass., 6 settembre 2021, n. 24016.

²² Cass., Sez. Un., 15 marzo 2022, n. 8472, cit.

²³ Cass., Sez. Un., 15 marzo 2022, n. 8472, cit.

²⁴ Scrivono a questo proposito i giudici di legittimità nella decisione appena citata: «La nullità negoziale deve dunque discendere dalla violazione di norme

contrattuale), criteri che, nel caso dei confidi, non sembrano potersi riscontrare.

La soluzione non persuade.

Bisogna muovere anzitutto da una constatazione: gli artt. 13, commi 3 e 4, e 32 d.l. n. 269/2003 (convertito con l. n. 326/2003) prescrivono, per i confidi minori iscritti all'apposito albo, l'esclusività dell'attività di garanzia collettiva dei fidi a favore dei consorziati, identificata nel suo oggetto come «la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario». Dunque la disposizione limita con chiarezza e forza prescrittiva l'attività espletabile dai confidi, sebbene non sia accompagnata da una previsione testuale di nullità degli atti che stiano fuori dalle attività consentite; ma la *ratio* della limitazione sta proprio nell'evitare la distrazione del patrimonio (o l'indebolimento della garanzia patrimoniale che fa da presidio generico alla totalità dei rischi assunti) che, così decidendo, rischia di rimanere del tutto sprovvista di conseguenze; in altre parole, l'identificazione delle attività consentite (prevalenti, residuali, connesse, strumentali) è funzionale sia alla salvaguardia degli scopi di interesse generale cui i confidi assolvono nel sistema economico che alla più agevole realizzazione dei controlli sulla loro attività da parte degli organi di vigilanza.

L'assenza di una specifica previsione di nullità (per i contratti non compresi tra le attività consentite) è fortemente valorizzata dalle Sezioni Unite, soprattutto in un senso per così dire comparativo: e infatti, richiamando precedenti decisioni in materia di sorte degli atti estranei all'oggetto sociale delle società di assicurazione in forza del quale sono validi i singoli atti non assicurativi compiuti²⁵, i giudici di

(tendenzialmente, seppur non necessariamente, proibitive) aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, applicare una sanzione, seppur di natura civilistica, tanto grave quale la nullità del rapporto negoziale, neppure evocando astrattamente valori o interessi di ordine generale (come, nella specie, la stabilità e integrità dei mercati), cui possono contrapporsi altri valori e interessi di rango costituzionale, tra i quali quelli alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica (tutelati anche nella Carta dei diritti fondamentale della UE, art. 16) con i limiti indicati nella Costituzione (articoli 41, commi 1 e 2)».

²⁵ Cass., 10 gennaio 2018, n. 384 [le imprese assicuratrici possono emettere lettere di *patronage* purché gli atti non aventi natura assicurativa non siano sistematici e

legittimità fanno sostanzialmente applicazione del brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* sostenendo che quando il legislatore ha voluto sanzionare di nullità il contratto concluso con soggetto non autorizzato lo ha fatto (ad es. con l'art. 167 c. ass.²⁶); non avendolo previsto nel caso dell'attività dei confidi, la nullità non può essere comminata. A differenza di quanto deciso, in Cass. n. 384/2018²⁷, per l'impresa assicuratrice, nel caso dei confidi non si sostiene che l'atto, per essere valido, debba qualificarsi come strumentale, né che non integri un'attività sistematica, ma sia solo un atto isolato²⁸; l'atto è valido e basta perché il ragionamento muove dalla capacità del consorzio (ma è un confidi!) che non sarebbe limitata secondo il diritto comune²⁹, trascurando che i confidi, sono, appunto, consorzi speciali,

implicanti l'assunzione di un rischio imprenditoriale indipendente ed estremo rispetto a quello tipico dell'assicuratore].

²⁶ Art. 167 c. ass.: «1. È nullo il contratto di assicurazione stipulato con un'impresa non autorizzata o con un'impresa alla quale sia fatto divieto di assumere nuovi affari. 2. La nullità può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato. La pronuncia di nullità obbliga alla restituzione dei premi pagati. In ogni caso non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte o dovute dall'impresa agli assicurati ed agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative».

²⁷ Oltre alla decisione citata nel testo, v. anche Cass., 7 ottobre 2015, n. 20107, per cui «[i]l divieto imposto alle società assicuratrici di limitare il proprio oggetto sociale all'attività assicurativa ed a quelle connesse in base all'art. 5 della l. n. 295 del 1978 (applicabile "ratione temporis") non osta al compimento di singoli atti non aventi natura assicurativa, purché ciò non si traduca in un'attività sistematica implicante l'assunzione di un rischio imprenditoriale indipendente ed estremo rispetto a quello tipico dell'assicuratore, sicché non incorre nel suddetto divieto la prestazione di garanzia da parte di una società assicuratrice in favore di una società controllata, non assicuratrice, trattandosi di atto strumentale alla conservazione del valore della partecipazione azionaria di cui la garante è titolare e, come tale, volto a salvaguardare l'interesse del gruppo societario nel suo insieme».

²⁸ Le Sezioni Unite si limitano a constatare la «conformità» della propria decisione coi precedenti in materia di imprese assicuratrici, ma senza reiterare, a proposito dell'atto eccedente le attività consentite ai confidi, quei riferimenti al suo carattere isolato e non sistematico pure presenti nella richiamata giurisprudenza a proposito delle imprese assicuratrici.

²⁹ Scrivono le Sezioni Unite: «[...] tuttavia, tali previsioni limitative delle attività dei confidi non fanno perdere al consorzio la capacità di agire che gli è propria quale società cooperativa e, dunque, la capacità di rilasciare garanzie non dirette a favorire il finanziamento da parte delle banche e degli altri operatori finanziari; né rileva – ai fini della valutazione della liceità dell'attività negoziale compiuta – che lo stesso Consorzio abbia agito spendendo la propria qualità di confidi».

in relazione ai quali il legislatore ha appunto ritenuto di introdurre specifici limiti di attività, a protezione di interessi generali.

Il che innesca un'ulteriore stortura: l'impresa che svolge, senza autorizzazione, un'attività per cui l'autorizzazione è prevista, compie atti nulli (ma le Sezioni unite, a differenza di quanto accadeva in passato, sembrano comunque ritenere necessaria una nullità testuale anche in questo caso³⁰); se si limita, invece, a compiere atti fuori dal novero delle attività consentite dalla legge, l'atto finisce col salvarsi da nullità, laddove isolato e non sistematico (come deciso per le imprese assicuratrici) o sempre e comunque (come parrebbe decidersi per il caso dei confidi). Anche volendo ammettere che, per essere valido, l'atto fuori oggetto debba essere isolato e non sistematico, come si stabilirebbe questo carattere di sporadicità dell'atto non consentito? Si assume un limite numerico, la prima garanzia sempre valida, la seconda anche, e la terza? Sì, no? Che ruolo ha il delta temporale tra i vari atti?

Insomma, grande discrezionalità dell'interprete e grande confusione sotto il cielo, all'insegna di un «è valido se, è valido purché» che quanto a certezza stride parecchio; l'argomento, poi, dell'assenza di una norma che sanzioni espressamente di nullità il contratto concluso³¹ dal confidi fuori dall'elenco delle attività appare una vera e propria fuga dell'interprete dalle sue responsabilità, non solo e non tanto perché, comunque, confidi e assicurazioni hanno ruoli e importanza non sovrapponibili, quanto perché, così ragionando, la nullità virtuale ex art. 1418, comma 1, c.c. finirebbe con l'essere cancellata, traendo il suo senso, nel disegno del legislatore, proprio dall'assenza di una espressa previsione di nullità (e, anzi, semmai sarebbe stato meglio capire se ci fosse un'affinità di *ratio* tra l'art. 167 c. ass., con la sua nullità testuale, e le disposizioni sulle attività dei confidi, prive di analoga previsione).

Il punto è che manca, nell'argomentare delle Sezioni Unite, un compiuto ragionamento sulla natura degli interessi protetti dalla norma limitatrice o ordinativa dell'attività, interessi che, naturalmente, possono atteggiarsi in maniera diversa per ciascuna norma imperativa o proibitiva; individuato l'interesse, occorre capire se la sua protezione sia affidata a rimedi diversi dalla nullità («salvo che la legge disponga

³⁰ V. ad es. Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Corr. Giur.*, 2001, 1062 ss., sulla nullità del contratto di *swap* concluso da un intermediario non iscritto all'albo previsto dalla legge n. 1/1991.

³¹ Cass., Sez. Un., n. 8872/2022 (in partic. par. 6.3, 2° cpv.).

altrimenti») o se, invece, sia necessaria (*rectius* proporzionata) proprio la nullità, per quanto non disposta dalla fonte normativa, per garantirne un'adeguata protezione.

Se deve esserci nullità, l'interprete la può modulare in modo da ottenere risultati coerenti con gli interessi protetti dalla norma (nel caso dei confidi, con una legittimazione ristretta, a protezione del contraente incolpevole: nullità virtuale relativa, si può fare³²!); ma negare in radice la stessa possibilità di una nullità significa, semmai, tradire l'interesse per il quale quel limite è stato previsto, lasciandolo sostanzialmente privo di adeguata, e proporzionata, protezione giuridica (quasi che, in un caso come questo, ci si trovi di fronte a una sorta di contratto illegale ma valido perché o il precetto non è imperativo o, se lo è, è sprovvisto di sanzione per la sua violazione).

Come si è autorevolmente notato, «le sezioni unite peccano di un eccesso di riduzionismo»³³ volendo sostanzialmente «mettere in archivio»³⁴ la nullità virtuale, anche quando, ragionando diversamente, essa si poteva rivelare come il giusto rimedio; se la preoccupazione era proteggere l'interesse dei terzi in buona fede (e il loro affidamento sulla validità della garanzia prestata dal confidi, se pur eccedente l'attività consentita), la soluzione, come si è notato³⁵, era restringerne la legittimazione al solo creditore (e non al confidi³⁶) secondo lo schema delle nullità relative di protezione (via percorsa, intelligentemente, dall'ABF³⁷), non limitarsi alla sola strada della validità *tout court*.

³² Una strada percorsa dall'ABF (vd. oltre nel testo e nt. 37)

³³ S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*, cit., 1659.

³⁴ Ancora S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*, cit., 1659.

³⁵ Nuovamente S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*, cit., 1660.

³⁶ Nel caso specifico, infatti, fu proprio il fallimento del confidi minore a eccepire la nullità della fideiussione prestata allo scopo di respingere l'istanza di ammissione al passivo del creditore (a suo dire invalidamente) garantito.

³⁷ In una decisione del Collegio di coordinamento (21 luglio 2016, n. 6683) si sceglie la via della nullità di protezione, argomentando per analogia con l'art. 167, comma 2, c. ass.. Nella decisione si legge, tra l'altro, che: «[...] a una tutela dotata di maggior grado di effettività può invece giungersi facendo ricorso al canone applicativo della analogia iuris. Non è infatti estranea al nostro ordinamento giuridico l'esistenza di un principio, ormai reputabile come generale, disciplinante la nullità contrattuale, che ne limita l'accertamento ai casi in cui da quest'ultimo non

4. Norma imperativa, nullità, giusto rimedio.

Volendo ipotizzare un esito alternativo, occorre muovere da una corretta valutazione dell'imperatività di una norma; scartati i parametri (i) della natura pubblica o privata dell'interesse³⁸ e (ii) della inderogabilità o derogabilità della disposizione, occorre ragionare sul valore assiologico dell'interesse protetto (e sulla sua conseguente indisponibilità) e sul modo con cui l'ordinamento decide di accordargli protezione³⁹.

Ora, appare del tutto scontato che la formula dell'art. 1418, comma 1, c.c. possa aprire a valutazioni disomogenee, proprio perché il giudice è tenuto a capire se l'assenza di una nullità testuale possa dare luogo, comunque, a una nullità virtuale o, viceversa, la norma imperativa sia presidiata da altri rimedi, diversi dalla nullità⁴⁰; ma senza una giusta ponderazione dell'interesse che la norma mira a proteggere, nella sua dimensione valoriale, la discrezionalità del giudice rischia di sfumare

riverberino conseguenze pregiudizievoli nella sfera giuridica del contraente che a quella nullità non ha dato causa. Tale esigenza di particolare tutela ha ispirato l'introduzione nel nostro sistema, a partire dagli novanta dello scorso secolo, delle così dette nullità di protezione [...]. Il rimedio della nullità, infatti, comporta l'accertamento della inefficacia *ab origine* dell'atto viziato, il quale si considera come se non fosse mai stato stipulato, con conseguenze, quali la ripetibilità dei pagamenti eseguiti o l'inesigibilità delle prestazioni pattuite dalle parti, spesso pregiudizievoli per uno dei contraenti, che avrebbe interesse di gran lunga maggiore all'esecuzione del contratto piuttosto che all'accertamento della sua inefficacia *ab origine*». Sulla stessa linea anche ABF, Collegio di Coordinamento, 16 settembre 2016, n. 7958.

³⁸ Essendo improprio (se non peggio, esprimendo una concezione autoritaristica dello Stato) ritenere che l'interesse pubblico meriti maggiore protezione, anche in termini di nullità, dell'interesse privato: v., su questo, G. PERLINGIERI, *Negoziio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, 16-18: «Un interesse della collettività o generale o pubblico non prevale su quello individuale semplicemente perché più ampio: più ampio non significa più importante per il diritto, ma soltanto più generale, più astratto [...]».

³⁹ Scrive M. MANTOVANI, *Fondamento e cause di nullità del contratto*, nel *Trattato sul Contratto*, V. ROPPO (diretto da), *Rimedi*, 1, A. GENTILI (a cura di) Milano, 2006 42-43: «[p]roprio alla luce delle nullità “nuove” può dirsi allora che non è tanto l'inderogabilità della norma, quanto piuttosto l'indisponibilità dell'interesse da quella protetto, e della relativa tutela, che costituisce indice sicuro della sua imperatività».

⁴⁰ Sul punto basta vedere lo studio di G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993 (ivi 58 ss., con riferimento proprio alla violazione di norme autorizzatorie).

nell'irragionevolezza, specialmente quando tradisce quella finalità sanzionatoria cui pure la nullità è orientata⁴¹. Non si può sindacare l'«opportunità» della nullità (come sembrano voler fare le Sezioni Unite n. 8472/2022), quando l'interesse protetto fa emergere «elementi di indisponibilità» che chiamano, per così dire, la sanzione invalidante⁴².

Tornando ai due casi da cui si sono prese le mosse, se la legge prescrive un'autorizzazione per l'esercizio di una certa attività o individua un elenco di contratti che un determinato soggetto può concludere, occorre domandarsi se il precetto, per la violazione del quale non è disposta una nullità testuale, è assistito da un rimedio alternativo (alla nullità), nell'ottica assunta dal noto inciso codicistico: «salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1418, comma 1, c.c.)⁴³; e anche quando si accerti la previsione di un rimedio alternativo, dovrebbe potersi verificare, l'adeguatezza a proteggere l'interesse tutelato dalla norma violata: un compito affidato all'interprete.

Se correttamente la Suprema Corte riconosce (in Cass. 4760/2018) la nullità del contratto stipulato dal banchiere non autorizzato, nel caso del confidi le Sezioni Unite liquidano sbrigativamente il profilo della ricerca di una sanzione alternativa, ritenendo, semplicemente, che l'attività fosse consentita al confidi minore in quanto consorzio e che, dunque, non vi fosse da ricercare alcun rimedio alternativo (si può fare e basta⁴⁴); ma si tratta di un errore prospettico, perché il confidi è,

⁴¹ Scrive N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. Impr.*, 1987, 541 ss., 544: «[l]a nullità è la tecnica più raffinata e perfetta di controllo sociale».

⁴² A. ALBANESE, *op.cit.*, 97: «[...] la imperatività deve essere accertata esclusivamente sulla base di un'indagine di stretto diritto positivo volta a ricercare, nella disciplina dell'interesse tutelato, precisi elementi di indisponibilità, frutto di una scelta certamente discrezionale, ma che in ogni caso è compiuta già dal legislatore. Né è consentito all'interprete alcun sindacato sulla opportunità della nullità nel caso di volta in volta considerato, posto che questa, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., dipende dalla violazione di una norma, che possa dirsi imperativa nel senso appena indicato, indipendentemente da qualsiasi valutazione di adeguatezza della stessa rispetto alle esigenze di tutela dell'interesse leso».

⁴³ V. su questo M. RABITTI, sub art. 1418, in *Dei contratti in generale*, E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), nel *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, 521 ss., in partic. 545-546.

⁴⁴ Scrivono le Sezioni Unite: «[s]e non vi è nullità del contratto, non serve interrogarsi su quali siano i meccanismi idonei a realizzare gli effetti voluti dal precetto che impropriamente si assume violato e su quali siano i rimedi».

appunto, un consorzio peculiare, la cui attività è regolata dall'ordinamento differentemente dagli altri consorzi, proprio in ragione della specificità delle sue attività (e della loro valenza di interesse generale) limitate, per questo, a un elenco predeterminato dal legislatore.

Rimane così la sensazione che la norma violata finisca sostanzialmente nell'area dell'irrilevanza, mentre la previsione di una riserva di attività consentite al confidi mira a salvaguardare gli interessi dei creditori e dei garantiti, costruendo una rete di solidarietà per le p.m.i. e offrendo al mercato dei fidi quella stabilità e affidabilità che l'aggregazione può veicolare; non solo, ma proprio l'esistenza di un «sistema di controlli» fa emergere un elemento ulteriore a conferma dell'indisponibilità dell'interesse sotteso al divieto⁴⁵, la cui importanza è, appunto, testimoniata anche dalla predisposizione di un sistema non giudiziale di verifiche.

L'interesse sotteso al divieto, dunque, non è attinente alla «funzione» (per la cui protezione basterebbero sanzioni amministrative delle autorità di vigilanza, che, però, per il confidi minore gode di poteri meno intensi di quelli esercitabili dalla Banca d'Italia sui confidi maggiori), ma riguarda interessi «toccati dal contratto»⁴⁶, in cui è precisamente la nullità il rimedio proporzionato, non esistendone, sostanzialmente, altri.

Sintetizzando, la sopravvivenza del contratto (concluso fuori dall'elenco degli atti consentiti al confidi minore) «confligge con lo scopo del precetto»⁴⁷ al punto da doversi fare ricorso, anche in assenza di previsione testuale, alla nullità virtuale; la nullità qui è «conseguenza dell'effetto che dall'atto discende [...] con una valutazione *a posteriori*,

⁴⁵ Scrive, a proposito della sorte dei contratti stipulati in difetto di autorizzazione, A. ALBANESE, *op.cit.*, 145 che proprio l'esistenza «di un sistema di controlli e sanzioni svincolati dall'iniziativa delle parti contraenti» conferma il carattere imperativo delle norme che impongono l'autorizzazione per la stipula di determinati contratti.

⁴⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 702 ammette si possa dichiarare la nullità nel caso di «norma che vieta il contratto a chi svolge una certa funzione, ma per salvaguardare interessi toccati dal contratto e non già interessi implicati dalla funzione: qui la nullità è il rimedio proporzionato».

⁴⁷ Vd. in tal senso A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 157-160.

possibile solo quando dell'atto siano stati apprezzati gli effetti su un dato ordine giuridico o economico di mercato»⁴⁸.

Nel caso del confidi minore, la sopravvivenza del contratto, se concluso in violazione dell'elenco di attività consentite, attenta al disegno regolatore dell'ordinamento e all'ordine economico del mercato di riferimento, perché consente un'elusione di regole (di ordine pubblico economico⁴⁹) poste a presidio di un interesse settoriale sì, ma assunto come generale da norme di rango primario e secondario. E infatti le disposizioni attuative della disciplina legislativa sui confidi confermano l'impressione che l'elenco delle attività consentite esprima un vero e proprio divieto (di esercitarne altre) posto a presidio della peculiare natura dei consorzi-confidi di garanzia collettiva, volendosi «realizzare una struttura in grado di dare un concreto apporto al sistema economico, con una corretta allocazione delle risorse a questi destinate»⁵⁰; il D.M. n. 53/2015 conferma (art. 5) che i confidi (minori) iscritti all'elenco «esercitano in via esclusiva l'attività di garanzia collettiva dei fidi e i servizi a essa connessi o strumentali nel rispetto delle riserve di attività previste dalla legge [...]»⁵¹, formula che, d'altra parte, riproduce, soprattutto nell'avverbio «esclusivamente», il disposto dell'art. 112, comma 1, t.u.b.⁵²; una Circolare della Banca d'Italia⁵³

⁴⁸ Come scrive A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 123.

⁴⁹ Sul rapporto tra illiceità del contratto e norme di ordine pubblico economico vd. F. DI MARZIO, *op.cit.*, 81 ss. e 166 ss.; l'ordine pubblico, declinato con riferimento al mercato, funziona come «clausola generale fornita di un preciso significato normativo ripetuto dalle scelte fondamentali dell'ordinamento» (ivi, 177).

⁵⁰ G.B. BARILLÀ, *op.cit.*, 89.

⁵¹ Con successiva e precisa identificazione dei servizi connessi e strumentali (art. 5, commi 2 e 3, D.M. cit.).

⁵² La formulazione dell'art. 112, comma 1, t.u.b. non lascia adito a dubbi: «I confidi, anche di secondo grado, sono iscritti in un elenco tenuto dall'Organismo previsto dall'articolo 112-bis ed esercitano in via esclusiva l'attività di garanzia collettiva dei fidi e i servizi a essa connessi o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dal Ministro dell'economia e delle finanze e delle riserve di attività previste dalla legge». La disposizione contiene un «ordine» imperativo dell'attività dei confidi, basato sulla «esclusività» e sulla «riserva di attività», la cui attuazione è rimessa, ma con previsione di fonte primaria, alla disciplina secondaria di attuazione.

⁵³ Circolare Banca d'Italia, 3 aprile 2015, n. 288 (ad es. Titolo I, Capitolo 3: (...) i confidi possono assumere partecipazioni in: a) banche, società finanziarie e assicurative in misura non superiore al 20% del capitale della società partecipata; è

provvede a individuare, con precisione, attività e contratti consentiti o vietati ai confidi, a salvaguardia della loro funzione di garanti e al fine di orientare l'attività di controllo degli organi di vigilanza.

Probabilmente, in questo caso, il divieto (di realizzazione di attività contrattuali diverse da quelle autorizzate dalla legge e dalle fonti attuative) può ascriversi, aderendo a una classificazione proposta in letteratura⁵⁴, alle ipotesi in cui il contratto, generalmente ammesso, non può essere stipulato da un determinato soggetto, con la conseguenza che la sua stipula, in violazione del divieto, non può che generare nullità (se non, come si è autorevolmente sostenuto, una «impossibilità giuridica dell'oggetto»⁵⁵). Se si fosse colto questo aspetto, il richiamo all'art. 167 c. ass. (che, invece, sanziona di nullità testuale relativa il contratto stipulato dall'assicurazione non autorizzata) poteva giustificare una conclusione diversa considerata l'affinità di *ratio* delle due fattispecie⁵⁶ che, contrariamente a quanto ritengono i giudici di legittimità, ne

preclusa la detenzione, anche indiretta di partecipazioni di controllo in tali soggetti; b) società strumentali; c) piccole e medie imprese socie (PMI) nel limite dell'1% dei fondi propri del partecipante o del 3% nel caso di partecipazioni in organismi di categoria. Ai confidi è comunque vietata l'attività di rilascio di garanzie volte alla copertura del rischio d'impresa a favore di persone fisiche o giuridiche che assumano partecipazioni in PMI socie, nonché la stipula di contratti derivati o il possesso di strumenti finanziari che, realizzando la dissociazione tra titolarità formale e proprietà sostanziale di azioni o quote di capitale, comportino per i confidi l'assunzione del rischio economico proprio di un'interessenza partecipativa in PMI socie. Infine, i confidi non utilizzano strumenti finanziari derivati per assumere posizioni speculative (...)). Si può notare una forte connotazione proibitiva, a ulteriore testimonianza che l'attività dei confidi, nell'ottica del controllore, non è libera come quella di qualunque consorzio, come pure sostengono le Sezioni Unite.

⁵⁴ G. VILLA, *op.cit.*, 228.

⁵⁵ L'idea è di S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*, cit., 1662-1663 (se l'attività è vietata, il contratto che la realizza è nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto).

⁵⁶ Affinità colta dall'ABF, Collegio di coordinamento, 16 settembre 2016, n. 7958, cit.: si legge, in motivazione, che « (...) pur nella consapevolezza della diversità dello strumento tecnico normativo con cui, nelle due ipotesi (servizi bancari e finanziari, assicurazioni), si giunge alla pronuncia invalidante, trattandosi di nullità virtuale nel primo caso, testuale nel secondo, non sembra potersi negligenza l'identità di *ratio* che, sotto il profilo dell'interesse ad agire, accomuna le due ipotesi, attesa l'esigenza imprescindibile di assicurare una tutela effettiva al contraente, il quale alla nullità non ha dato causa, rispetto alla sua controparte, autrice della violazione della norma imperativa invalidante il negozio concluso».

avrebbe potuto giustificare un affiancamento analogico, a ulteriore sostegno dell'invalidità virtuale dell'atto del confidi estraneo alle attività consentite.

Appare poi inconsistente il richiamo, in Cass. n. 8472/2022⁵⁷, alla protezione costituzionale della libertà contrattuale, a sostegno della lettura minimalista dei limiti legislativi alle attività «esclusive» consentite ai confidi: invero la libertà contrattuale, se esercitata fuori dai confini “ordinatori”, definiti dall'ordinamento con precetti prescrittivi, rischia di sconfinare nell'abuso, senz'altro immeritevole, volendo celiare, di protezione costituzionale! Oltre a questo, il senso delle norme imperative è proprio quello di conformare la libertà economica dei privati, enunciando «limiti invalicabili attraverso l'autonomia negoziale»⁵⁸; dunque invocare la libertà per escludere il controllo porterebbe paradossalmente a negare sempre l'operatività della nullità virtuale, con un risultato evidentemente paradossale e logicamente inaccettabile.

Il tramonto delle nullità virtuali (almeno volendo così leggere i segnali di certa recente giurisprudenza, ad es. in materia di mutuo

⁵⁷ Nella cui motivazione si legge, a sostegno dell'esclusione della nullità dei contratti conclusi fuori dall'elenco delle attività consentite, che l'invalidità, se riconosciuta, finirebbe con il ledere «altri valori e interessi di rango costituzionale, tra i quali quelli alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica (tutelati anche nella Carta dei diritti fondamentale della UE, art. 16) con i limiti indicati nella Costituzione (articoli 41, commi 1 e 2)»: Cass., Sez. Un., 15 marzo 2022, n. 8472, cit., par. 6.4.

⁵⁸ Così G. BERTI DE MARINIS, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Napoli, 2019, 23 (e, sul più ampio problema delle norme conformative, specie nel contesto economico, ivi, 85 ss.).

fondario⁵⁹ o di contratto bancario monofirma⁶⁰) sembra alterare il rapporto tra legislatore e interprete, perché rischia di invertire i rispettivi ruoli: al primo tocca identificare l'interesse protetto o perseguito e al secondo soppesare, nel silenzio della norma⁶¹, quale sia il rimedio coerente all'interesse, perché proporzionato alla sua intensità o, se si vuole, al suo valore assiologico; ciò in nome di una ripartizione di competenze che vede valorizzato (dall'art. 1418, comma 1, c.c.) il ruolo di un interprete meglio (del legislatore) in grado di cogliere, nell'atto di autonomia, i sintomi di una sua contrarietà a un divieto imperativo, tale da giustificare la cancellazione per la via della nullità virtuale.

Per conseguire questo risultato, è indispensabile un approccio molto concreto, lontano, se possibile, dai dogmatismi; le Sezioni Unite, nella decisione sui confidi minori, sono incorse nella «scorciatoia del rimedialismo»⁶², escludendo il giusto rimedio (la nullità) in modo

⁵⁹ Molto significativa la coeva decisione in materia di superamento del limite di finanziabilità nel mutuo fondiario; anche in quel caso, le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 16 novembre 2022, n. 33719) escludono la nullità del mutuo concluso in violazione del limite: «[...] il limite di finanziabilità [...] non è elemento essenziale del contenuto del contratto, non trattandosi di norma determinativa del contenuto del contratto o posta a presidio della validità dello stesso, ma di un elemento meramente specificativo o integrativo dell'oggetto del contratto; non integra norma imperativa la disposizione – qual è quella con la quale il legislatore ha demandato all'Autorità di vigilanza sul sistema bancario di fissare il limite di finanziabilità nell'ambito della “vigilanza prudenziale” la cui violazione, se posta a fondamento della nullità (e del travolgimento) del contratto (nella specie, del mutuo ormai erogato cui dovrebbe conseguire anche il venir meno della connessa garanzia ipotecaria), potrebbe condurre al risultato di pregiudicare proprio l'interesse che la norma intendeva proteggere, che è quello alla stabilità patrimoniale della banca e al contenimento dei rischi nella concessione del credito».

⁶⁰ Risolta da Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro It.*, 2018, I, 928 proprio nel senso della validità del contratto sottoscritto dal solo investitore (e non dalla banca) in ragione della natura funzionale (e relativa) e non strutturale (e assoluta) della nullità prevista per il difetto di forma.

⁶¹ Le decisioni delle Sezioni Unite (sia quella sui confidi sia quella, appena richiamata, sul limite di finanziabilità nel mutuo fondiario), sul piano per così dire sociologico, sembrano esprimere un certo disagio dei giudici che, nel silenzio del legislatore sulla sanzione di nullità, sembrano non avere più la forza, o la voglia, di utilizzare la nullità virtuale; eppure il silenzio del legislatore aveva ed ha proprio il senso di attribuire ai giudici la scelta del giusto rimedio, ragionando sull'interesse protetto e sul caso specifico in modo certamente migliore (o proporzionato o ragionevole) di quanto possa fare il legislatore con norme generali e astratte.

⁶² S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 47.

irragionevole (e certamente non proporzionato a un divieto sulla cui imperatività non si possono avere dubbi)⁶³.

Se il quadro delle nullità virtuali è frammentato, allora, nemmeno quello, più contenuto, del rimedio per le attività non autorizzate pare ancora del tutto razionale.

⁶³ Può essere curioso notare come, nella decisione delle Sezioni Unite, si sia ribaltata la consueta prospettiva della ragionevolezza, che conduce a suggerire la disapplicazione della nullità quando «tale sanzione risulti sproporzionata e irragionevole rispetto alla *ratio* del divieto» (G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 86); ribaltare nel senso di disapplicare la nullità nonostante la *ratio* del divieto ne richiedesse l'applicazione! Ne deriva un effetto perverso: la sopravvivenza di un contratto in contrasto con un divieto legislativo chiaramente imperativo.

Nullità di protezione ed enforcement pubblicistico nei settori regolati

SOMMARIO. 1. Nullità di protezione come vizio della fattispecie «attività d'impresa». – 2. Rapporti tra nullità e altri strumenti di *enforcement*: la prospettiva tradizionale. – 3. Emersione di nuovi paradigmi, tra legislazione *antitrust* e innovazioni giurisprudenziali. – 4. Verso un modello di *enforcement* integrato. – 5. Conclusioni. Prospettive de *iure condendo*.

1. Nullità di protezione come vizio della fattispecie «attività d'impresa»

1.1. Una considerazione sinottica dei contenuti propri delle discipline di regolazione del mercato intese alla protezione dei clienti, tanto di fonte eurounitaria quanto prettamente “autarchica”, consente di formulare l'assunto descrittivo per cui nell'odierno diritto dell'economia la conclusione di contratti “d'impresa” (*i.e.* di contratti in cui si realizza – o che sono comunque strumentali a – l'offerta al mercato dei prodotti o servizi da parte di una data impresa) affetti da nullità di protezione viene sovente ad attivare, a fianco delle conseguenze proprie dell'invalidità civilistica, una data serie di ulteriori effetti pregiudizievoli, i quali conseguono alla previsione normativa di altrettanti mezzi di *enforcement* di natura pubblicistica. Dove il predicato «pubblicistico» si riferisce a quelle forme di tutela il cui esercizio è conferito a enti od organismi pubblici, come pure a soggetti istituzionalmente od occasionalmente esponentziali di interessi collettivi¹.

Nel riferirsi a tale materia vengono dunque in rilievo talune tipologie di strumenti e presidi che ricorrono nella disciplina *antitrust*², in quella

¹ Sui criteri tradizionali di distinzione tra rimedi privatistici e pubblicistici, cfr. U. MATTEI, *I rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2001, pag. 124.

² Al riguardo va precisato che, se la nullità delle intese restrittive della concorrenza (co. 3 dell'art. 2, l. 287/1990) non dà luogo a nullità di protezione, diverso è il discorso in merito alla nullità dei contratti stipulati “a valle” dell'intesa restrittiva, ossia quelli stipulati tra le imprese partecipanti al “cartello” e le rispettive controparti contrattuali, i cui contenuti siano esecutivi dell'accordo restrittivo. A seguito di un lungo dibattito dottrinale (su cui cfr. almeno, per l'ordinamento italiano, M. MELI, *Autonomia*

della tutela del consumatore³, nel settore finanziario (bancario⁴, investimenti⁵, assicurativo⁶), nonché nei servizi di pubblica utilità⁷.

Tali strumenti si identificano in quei provvedimenti il potere di adozione dei quali è assegnato dalla legge alle autorità indipendenti di

Privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali, Milano, 2001; E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione a valle*, Napoli, 2008), la prospettiva della nullità dei contratti a valle si trova ora sancita, con riferimento alle singole clausole concretamente interessate da un'intesa restrittiva tra banche "veicolata" dall'ABI nella sua veste di predisponente un contratto modello di fideiussione a beneficio delle banche associate, da Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, I, pag. 499; in tema, cfr. A.A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'«urgenza» della tutela reale; la «qualità» della tutela reale*, in questa *Rivista*, 2022, I, pag. 1; S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, in *Foro it.*, 2022, I, pag. 521; F. DENOZZA, *Principle vs Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale regolatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pag. 670; F. SARTORI, *"Fideiussioni omnibus" e nullità delle clausole in deroga: tra efficienza del mercato e stabilità del sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, pag. 309; M. MARTINO, *Intese anticoncorrenziali e contratti a valle: ripresa di un tema*, in questa *Rivista*, 2023, suppl. I, pag. 1; cfr. anche, prima delle Sezioni Unite, G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vingt ans après, aspettando le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2021, pag. 1173.

Quanto alla qualificazione di tale nullità in termini di «nullità di protezione», cfr. V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pag. 466; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust, cit.*, pag. 128.

³ Art. 37-bis cod. cons., in relazione alle clausole abusive.

Più complesso invece il rapporto tra *private* e *public enforcement* nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in ragione della difficoltà nell'individuazione del rimedio civilistico applicabile. Sul punto cfr. M. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, pag. 477; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012; A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2020, pagg. 150 ss. e 213 ss.

⁴ Artt. 128-ter e 144 t.u.b., in particolare nel combinato disposto con il Titolo VI.

⁵ Art. 195 t.u.f., in particolare nel combinato disposto con l'art. 21 t.u.f.

⁶ Artt. 305 – 310 c.a.p., in particolare in combinato disposto con gli articoli 12, 29, 32 e 167.

⁷ Art. 2, co. 20, lett. c, l. 14 novembre 1995, n. 481; 1 d.l. 145/2013 e All. A del. 501/2014; legge quadro n. 481/95; art. 1, co. 30, 31 e 32 l. 249/97 e 98, co. 9, 11 e 13 cod. com. el.; cfr. anche art. 98-quaterdecies cod. com. el.

settore, sulla base di discipline di diritto pubblico. Più precisamente, essi prendono corpo nell'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie quale conseguenza della stipulazione di contratti affetti da nullità per violazione della disciplina di tutela dei clienti⁸, negli ordini di cessazione di date modalità dell'offerta (in quanto realizzate in violazione di norme di tutela assistite dal rimedio della nullità di protezione) nonché, in un caso peculiare relativo al settore bancario, negli ordini di restituzione alla clientela delle somme percepite indebitamente⁹, *i.e.* pagate sulla base di contratti affetti da nullità¹⁰. In

⁸ Il termine "cliente" intende qui ricomprendere tutti i soggetti che acquistano un prodotto o servizio da un'impresa, indipendentemente dall'eventuale ulteriore loro qualificazione normativa quali consumatori o utenti (così, nei servizi di interesse economico generale). La circostanza che la controparte dell'impresa sia costituita da un consumatore o meno non esprime infatti una dimensione sistematica propria, in quanto il dato fondamentale risiede nell'esistenza di un rapporto dove un'impresa "produttrice" o "offerente" di un bene o servizio si rapporta a chi quel bene o servizio acquista, e all'esigenza di regolare il relativo mercato mediante la regolazione dei rapporti che quel mercato realizzano. In questo contesto, l'estensione dell'ambito applicativo delle discipline di tutela (se a tutte le controparti, come nel bancario; se ai consumatori e alle microimprese, come nelle pratiche commerciali scorrette; se ai solo consumatori, come nelle clausole abusive) risponde a scelte legislative che hanno natura essenzialmente politica e non mutano i termini di sostanza dogmatica della materia. Sul punto, cfr. V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, pag. 19; in termini ancora più netti, cfr. A.A. DOLMETTA, *Sui contratti d'impresa: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, in *Jus*, 2009, pag. 291; ID., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna-Roma, 2013, pag. 60 s. (sulla cui scorta cfr. anche U. MALVAGNA, *Contratti «di settore» e struttura della contrattazione d'impresa*, in *An. giur. ec.*, 2018, pag. 477).

⁹ Ai sensi dell'art. 128-ter t.u.b., «qualora nell'esercizio dei controlli previsti dall'articolo 128 emergano irregolarità, la Banca d'Italia può ... inibire ai soggetti che prestano le operazioni e i servizi disciplinati dal presente titolo la continuazione dell'attività, anche di singole aree o sedi secondarie, e ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti» (enfasi aggiunta).

¹⁰ Per completezza, va osservato che anche le funzioni paragiudizionali svolte da autorità amministrative indipendenti e i meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie incardinati presso le medesime autorità si prestano a essere concepiti alla stregua di strumenti di *enforcement* delle normative di tutela di utenti, clienti e consumatori nel mercato (in tema, cfr. A. TUCCI, *Strumenti amministrativi e mezzi di tutela civilistica: verso un superamento della contrapposizione?*, in questa *Rivista*, 2020, suppl. I, pagg. 90 s. Si tratta peraltro di un mezzo di *enforcement* dalle caratteristiche del tutto peculiari, nella misura in cui, da un lato, opera sul piano dell'elaborazione concreta di regole operative in applicazione dei principi dettati dalle

questi casi, la qualificazione di questi strumenti come mezzi di *enforcement* pubblicistico delle normative di tutela dei clienti consegue al dato soggettivo dell'essere tali provvedimenti emessi da autorità amministrative.

Tuttavia, partecipano di una natura in un certo senso pubblicistica, non più in senso soggettivo ma *oggettivo*, quegli strumenti rimediali di natura giurisdizionale che, pure se esercitati da soggetti privati, vengono nei fatti a risultare in forme di tutela estesa a beneficio di tutti i soggetti (clienti) che si trovano nella medesima situazione rispetto alla condotta negoziale illegittima dell'impresa che abbia dedotto serialmente contratti affetti da nullità di protezione. Il riferimento corre, in via segnata, alle azioni collettive – a contenuto restitutorio o inibitorio – promosse dalle associazioni rappresentative degli interessi di utenti e consumatori¹¹ ovvero anche da singoli soggetti che, agendo mediante un'azione collettiva, pongano le condizioni per l'estensione dell'efficacia soggettiva del relativo giudicato all'intera classe titolare dello stesso c.d. "diritto omogeneo"¹².

1.2. Fermati questi cenni ricognitivi, occorre subito notare, sul piano ricostruttivo, che la circostanza secondo cui la conclusione di contratti o clausole viziati da nullità di protezione produca un piano di effetti e conseguenze ulteriore a quello del vizio civilistico consente di ribadire che il rimedio della nullità di protezione richiede di essere collocato e concepito in un orizzonte sistematico più ampio di quello del rimedio invalidante di negozi. Ché esso attinge, piuttosto, a una *strategia regolatoria* globale, volta alla conformazione delle attività economiche nella prospettiva di istituire e mantenere un ordine del mercato connotato da un corretto funzionamento della dinamica concorrenziale, della garanzia di un livello adeguato di qualità intrinseca dei prodotti e servizi offerti mediante la rimozione di fallimenti del mercato, nonché della protezione di ulteriori interessi e posizioni giuridiche della

normative di tutela e, dall'altro, mira all'accertamento (seppur privo della vincolatività propria della cosa giudicata sostanziale *ex art. 2909 c.c.*) dell'effettiva nullità (o di altra violazione della normativa, diversamente "sanzionata" dall'ordinamento) di una dato negozio in relazione a una specifica fattispecie concreta.

¹¹ Cfr. Artt. 37, 66, 67-*noviesdecies*, 79 Cod. Cons.

¹² Art. 840-*bis* c.p.c.

collettività di volta in volta identificate come rilevanti. Sul piano tecnico, tale logica conformativa si esprime in un meccanismo di allocazione di “costi” sull’impresa (derivanti dalla simultanea attivazione degli strumenti di *enforcement* applicabili¹³), l’economicità di azione della quale rende gli stessi una forma di pressione o coazione indiretta verso la conformazione alle norme e quindi agli esiti socialmente desiderati¹⁴.

Come pure l’imputazione alle nullità di protezione degli effetti corrispondenti ai mezzi di *enforcement* pubblicistico testimonia una volta di più – ove mai ce ne fosse ancora la necessità – il fatto che il trattamento del negozio nullo è positiva disciplina di effetti di una fattispecie esistente, perfezionata e qualificata dal diritto, e non certo disciplina dell’imperfezione o dell’«inqualificazione» della fattispecie¹⁵.

1.3. Senonché, va osservato che qui la fattispecie rilevante – cui il rimedio in ultima istanza si riferisce – è non tanto il singolo negozio, bensì l’attività, cioè la deduzione seriale di contratti che sia perciò tale da definire le caratteristiche dell’offerta di un prodotto. Da questo punto

¹³ Costi diretti (così, le sanzioni, le *condictiones* promosse dalla clientela, i pagamenti effettuati in esecuzione degli ordini di restituzione) e indiretti, ossia quelli connessi con l’esigenza di correzione dell’offerta (sul piano organizzativo dell’impresa), secondo quanto necessario alla rimozione del fattore invalidante.

¹⁴ Per riferimenti nella letteratura economica, cfr. A. NICITA, *Deterrenza, sanzioni e mercato. Una riflessione economica*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, Bologna, 2009, pag. 27.

¹⁵ Si tratta di una parabola dottrinale che può ormai dirsi giunta a compimento: sul punto, cfr. almeno G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, pag. 488; G. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, pag. 18; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1995; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, pag. 489; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2004, pag. 1407.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, *Rimedi*, I, a cura di Gentili, Milano, 2006, pag. 82; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008.

di vista, è infatti corretto dire che tutte le tipologie di *enforcement* convergono sul piano dell'attività e più precisamente costituiscono una tecnica di sindacato – chiaramente in senso atecnico – dell'attività o, per meglio dire, della *decisione d'impresa* a contenuto generale che definisce i tratti (normativi o economici) di un prodotto o un servizio¹⁶. Decisione generale d'impresa la quale viene meramente attuata mediante i singoli rapporti negoziali: di tal che rispetto a essa le caratteristiche del singolo rapporto, e il trattamento giuridico a esso riservato, assumono una dimensione dipendente.

In questa prospettiva, va pure segnalato che, adottato un simile schema di lettura, sfuma la centralità dello specifico rimedio che sul piano negoziale si trovi a dover essere applicato (se risarcitorio, invalidante o altro), proprio perché la dimensione informante spetta alla legittimità o meno della decisione d'impresa e della relativa attuazione, e non alle forme di reazione dell'ordinamento alla sua illegittimità¹⁷.

Dato un simile contesto, affrontare il tema dei rapporti tra la pluralità di strumenti e attori, che compone la materia in questione, diviene essenziale ai fini dello sviluppo di una visione organica della materia.

¹⁶ In questo senso può dirsi che alla contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato costruita sulla qualificazione formale dello strumento si sostituisce una logica di diritto dell'impresa in cui i diversi strumenti sono tenuti in unità dall'avere ad oggetto la decisione d'impresa la cui attuazione integra un «fatto di mercato»: sul punto, con riferimento alla decisione di adesione ed esecuzione di una intesa restrittiva, cfr. G. GUIZZI, *I contratti a valle*, cit., pag. 1176: «il contrasto con la norma imperativa si coglie, semmai, in una dimensione seriale, e poi necessariamente fattuale, riguardando cioè il fatto della reiterazione, da parte di tutti gli aderenti al cartello, di contratti coerenti con il programma di azione comune in cui esso si concreta».

¹⁷ Una volta assunto tale angolo d'analisi, la differenza tra le decisioni conformative del regolamento negoziale del contratto standard dell'impresa erogatrice del servizio, e quelle conformative degli aspetti dell'esecuzione della prestazione non rigidamente predeterminati nel documento contrattuale, differiscono solo in relazione al fatto che mentre nel primo caso la tecnica di *enforcement* privatistico si realizza prevalentemente in un giudizio di validità della pattuizione, nel secondo caso si snoda lungo il giudizio di adempimento e la relativa responsabilità debitoria. L'esigenza di evitare «ontologizzazioni» dei rimedi è stata correttamente evidenziata, in relazione al tema, che resta tutt'ora discusso pure a fronte delle pronunce gemelle delle Sezioni Unite del 2007, della corretta definizione del perimetro di distinzione fra obblighi di validità e obblighi di fattispecie, da A.A. DOLMETTA, *La violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, pag. 80 ss.

Emerge in particolare l'interrogativo circa l'esistenza, l'opportunità e le caratteristiche di un coordinamento tra i diversi mezzi di *enforcement*, che possa dirsi realmente idoneo al raggiungimento degli obiettivi di tutela sottesi all'adozione delle discipline normative a presidio dei quali tali strumenti sono approntati.

2. Rapporti tra nullità e altri strumenti di enforcement: la prospettiva tradizionale

2.1.- Se nell'elaborazione dottrinale corrente appare ampiamente diffusa e consolidata la percezione di un nesso di ordine funzionale tra rimedi pubblicistici e privatistici, connotato nei termini sopra discussi, l'analisi dei diversi strumenti di *enforcement* potenzialmente convergenti in relazione a una medesima «prassi d'impresa» illegittima (così, la stipulazione di contratti d'impresa affetti da nullità) resta però sovente ancorata a un'ottica atomistica, che non muove oltre il rilievo secondo cui l'estensione dei mezzi di tutela esistenti conduce naturalmente a una più elevata capacità dell'ordinamento di rilevare l'esistenza di prassi d'impresa irregolari, così risultandone agevolata la correzione per effetto della loro attivazione. Si tratta in effetti di un ragionamento di buon senso: più ampi i mezzi di *enforcement* e i soggetti legittimati a servirsene, maggiore la probabilità del loro esercizio.

In realtà, una considerazione più attenta del tema porta in evidenza la circostanza per cui il successo di una strategia di *enforcement* non consegue in automatico al mero fatto dell'esistenza di una pluralità di strumenti. Dovrà dirsi, piuttosto, che la capacità di un dato sistema di tutele di raggiungere una situazione ottimale dal punto di vista dell'efficacia¹⁸ e dell'efficienza¹⁹ non si dà da sé, ma dipende da tanti e diversi fattori. Non ultime le risorse e le professionalità di chi è chiamato a promuovere, adottare o sindacare l'esercizio di quegli strumenti. Come pure rilevano grandemente, in questa prospettiva, gli incentivi all'attivazione dei diversi strumenti di tutela che guidano ciascuno dei soggetti a ciò legittimati – pubblici, privati o

¹⁸ Intesa come raggiungimento di un adeguato livello di effettività di tutela.

¹⁹ Intesa come minimizzazione dei costi sociali complessivi da sostenersi per il raggiungimento di una tutela effettiva.

“esponenziali” di interessi collettivi che siano (su questo tema, cfr. i cenni svolti in fine, n. 7)

A monte di tutto ciò, sta però la definizione dei rapporti giuridici esistenti tra i vari e diversi procedimenti – amministrativi e giudiziali – che l’esercizio di ciascuno strumento di *enforcement* viene ad attivare.

Ciò vale anzitutto con riferimento ai profili inerenti agli accertamenti di fatto operati nell’ambito dell’attività istruttoria, dove si pone l’esigenza di una riduzione (e comunque non inutile duplicazione) dei costi connessi con tale accertamento. In specie, emerge il tema di come i giudizi civili possano beneficiare della maggiore specializzazione e dei più ampi poteri che spettano alle Autorità (per quanto non si possa escludere in via astratta anche una situazione di osmosi nel senso opposto).

Ma soprattutto, il tema del coordinamento si pone con riferimento all’esistenza o meno di vincoli giuridico-formali relativi alle valutazioni a contenuto eminentemente giuridico effettuate da ciascuna autorità chiamata – in relazione a una medesima «prassi d’impresa» – ad amministrare un dato strumento di *enforcement*. In altri termini, si tratta di stabilire se e come l’affermazione o la negazione della nullità di una data clausola o un dato contratto serialmente stipulato, adottata nel contesto dell’esercizio di uno strumento di *enforcement*, debba vincolare anche l’esercizio degli altri strumenti esercitati o esercitandi in relazione alla medesima fattispecie (intesa, per l’appunto, come prassi d’impresa).

2.2.- Una considerazione sinottica dello stato attuale della legislazione e del materiale giurisprudenziale esistente consente di formulare la conclusione che il diritto vigente si trova orientato a una sostanziale distinzione tra i vari strumenti, con la conseguente svalutazione del maggiore valore che porterebbe – sul piano sistematico-concettuale, e quindi operativo – la costruzione di un sistema organico di *enforcement* improntato al superamento della cesura tra strumenti di diritto pubblico e strumenti di diritto privato.

Cristallizza l’assetto istituzionale esistente, tra le altre, la pronuncia di Cass., 31 agosto 2021, n. 23655, quando afferma che «public enforcement e private enforcement non vanno sovrapposti, essendone diverse sia la natura, sia la finalità perseguita». Al riguardo si afferma,

in particolare, che «gli strumenti di public enforcement svolgono una funzione tipicamente “punitiva” ed “afflittiva” e sono finalizzati primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati», a fronte di una funzione essenzialmente *riparatoria* svolta dallo strumento di tutela privatistico. Col che, in definitiva, «si tratta di due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano, comunque, su piani autonomi e distinti»²⁰.

In una simile impostazione, i “momenti di interferenza” cui fa riferimento il precedente giurisprudenziale ora richiamato sembrano peraltro attenere al piano del fatto, senza risultare in una reale dinamica di relazione in senso giuridico tra i procedimenti che corrispondono all’attivazione dei diversi rimedi.

Sul piano processuale²¹, ciò si esprime in relazione tanto alla giurisdizione quanto al rapporto tra i procedimenti, in senso sia

²⁰ La sentenza della Suprema Corte qui riferita recepisce a propria volta i contenuti della pronuncia del Consiglio di Stato Consiglio di Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773.

Sul piano della ricostruzione degli istituti rimediali, si inserisce in tale linea di separazione teorica cfr. A. TUCCI, *Strumenti amministrativi e mezzi di tutela civilistica*, cit., pag. 93 s., là dove afferma «allorché l’ordinamento accorda a un’autorità pubblica poteri di intervento e di correzione delle iniziative private, il problema percepito e regolato è pur sempre la tutela diretta e immediata di interessi pubblici o, comunque, il contemperamento di una pluralità di interessi», sicché «l’eventuale risultato ripristinatorio di un pregiudizio cagionato a soggetti privati attiene, dunque, pur sempre al profilo – appunto, empirico – della efficacia sociale dell’intervento pubblico». Nel medesimo senso, cfr. l’ulteriore precisazione per cui «parimenti, l’autotutela privata ha la funzione di accordare un “rimedio” a un interesse egoistico e l’eventuale “complementarietà” di siffatta iniziativa, rispetto alla tutela di interessi pubblici, attiene anch’essa alla efficacia sociale dell’istituto o delle regole, senza penetrare nella funzione normativa, ossia nel problema percepito e regolato dall’ordinamento giuridico, mediante l’attribuzione di una situazione soggettiva e degli strumenti di reazione contro la sua lesione».

²¹ Un diverso e ulteriore aspetto di interesse attiene al modo in cui la Corte di Cassazione interpreta il discrimine tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, rilevante ai fini della delimitazione del perimetro delle proprie attribuzioni e della funzione nomofilattica. Questo profilo impatta sulla possibilità che la responsabilità dell’intermediario verso gli investitori assolva efficacemente alla propria funzione conformativa dell’attività *mediante la creazione di incentivi efficienti per le imprese*, e dipende dai termini concreti secondo cui la Corte di Cassazione opera il discrimine tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, su cui si fonda, per l’appunto, la natura della

oggettivo che soggettivo. E infatti, i provvedimenti di vigilanza delle Autorità amministrative indipendenti sono per regola generale attratti alla giurisdizione esclusiva (art. 133 c.p.a.). Ma anche quando è stabilita la giurisdizione ordinaria (così, per le sanzioni amministrative pecuniarie²²), si tratta di procedimenti il cui oggetto è l'accertamento dell'obbligazione pecuniaria dell'Amministrazione verso l'impresa, rispetto alla quale il fatto dell'avere concluso contratti nulli rileva per

Suprema Corte quale giudice di legittimità. Il problema si è posto, ad esempio, con riferimento alla valutazione di meritevolezza ex art. 1322 c.c., dove si manifestano in seno alla Corte due diverse linee di approccio al problema. E infatti, una tesi qualifica il giudizio di meritevolezza come giudizio di fatto *in sé*, col che si è affermato che una data clausola (in particolare, la clausola *claim-made* nel contratto di assicurazione sulla responsabilità civile) «in presenza di determinate condizioni, può [...] essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza [...]»; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata» (Cass., Sez.Un., 9 maggio 2016, n. 9140). All'opposto, Cass. n. 22590/2015 giudicando sulla nullità totale per immeritevolezza di un prodotto bancario (il contratto relativo all'operazione *MyWay*) statuisce che «il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto ex art. 1322 c.c. può essere rimesso all'esclusivo sindacato del giudice di merito solo ove esso appartenga all'esclusiva e specifica singolarità del caso concreto, come tale destinato a restare confinato, appunto, nell'ambito di tale giudizio. Tuttavia, dove, al contrario, la fattispecie concreta sia idonea a fungere da modello generale di comportamento di una serie indeterminata di casi analoghi, là si ravvisa allora un giudizio di diritto e la necessità dell'intervento nomofilattico della Cassazione, al fine di garantire la prevedibilità delle future decisioni, posto che si tratta d'integrare il contenuto della norma indeterminata o della clausola generale predetta». Portando questo ragionamento sul piano, qui considerato, della responsabilità dell'intermediario per la difettosa predisposizione dei processi organizzativi sottesi all'erogazione del servizio di gestione di portafogli, si potrà convenire sulla preferibilità di questa seconda linea di lettura, che è l'unica in grado di attribuire al formante giurisprudenziale la capacità di esprimere una valutazione stabile, e pertanto credibile, in ordine alla "legittimità" di una data decisione conformativa adottata dall'impresa. Cfr., con riferimento alla tematica del giudizio di meritevolezza, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La certezza del diritto dell'economia tra attività del regolare e attività del giudicare*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, pag. 284: «è evidente, infatti, che rinunciare ad un giudizio nomofilattico di meritevolezza, non solo quando esso è legato alle peculiarità dell'isolato caso concreto – del contratto non d'impresa, non "seriale", cioè –, ma anche rispetto al prodotto immesso sul mercato, significa pregiudicare irrimediabilmente le aspettative di prevedibilità delle imprese, con un incremento dei costi e una sostanziale imponderabilità del rischio legale, a discapito del valore dell'efficienza del mercato».

²² Art. 195 t.u.f., e per il settore bancario cfr. l'art. 144 t.u.b

l'appunto come fatto, come mero presupposto materiale della pretesa sanzionatoria. Ne consegue l'insuscettibilità del giudicato così formatosi a estendersi nei confronti delle controparti contrattuali dell'impresa. Questo vale anche nel caso degli ordini di restituzione ex art. 128-ter t.u.b., dove la *causa accipiendi* del cliente non è l'indebito, bensì è il provvedimento in sé; né il cliente ha titolo per esigere la condotta di cui all'ordine amministrativo²³.

A *contrario*, gli accertamenti operati nei singoli giudizi civili relativi ai negozi, come pure le *class action*²⁴, non sono suscettibili di produrre effetti sull'esercizio degli strumenti di *enforcement* pubblicistico, né nei confronti dell'autorità amministrativa né nei confronti del giudice della relativa impugnazione. Ciò emerge chiaramente anche lungo il versante soggettivo, cioè delle parti di questi procedimenti, nella misura in cui non sussistono meccanismi litisconsortili dei soggetti interessati²⁵, né – probabilmente – può ravvisarsi un interesse a intervenire nei giudizi diversi da quelli incardinati tra le parti cui il *petitum* direttamente si riferisce.

Se tale impostazione risponde a una visione classica della materia, può seriamente dubitarsi della sua idoneità a realizzare in maniera efficiente l'effetto conformativo cui aspirano le strategie rimediali in questione, basate come sono sul *mix* di strumenti pubblici e privati. In effetti, la situazione ora descritta sembra essere il portato di un approccio alla tutela dei diritti di stampo spiccatamente formale, nonché

²³ Cfr. F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Suppl. 3 al n. 1/2022, pag. 2 ss.

²⁴ Sul rapporto tra azioni collettive e deterrenza, cfr. l'impostazione della materia fornita da A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, Bologna, 2009, pag. 111.

²⁵ Nella prospettiva del processo civile, infatti, la parziale identità o comunanza della fattispecie, che connota i singoli rapporti seriali dell'impresa, potrebbe al più salire a fattore di connessione impropria tra cause tale da giustificare un litisconsorzio facoltativo ai sensi dell'art. 103 c.p.c.; ovvero – al riscontro di requisiti più specifici – potrebbe dare luogo alla configurazione di «diritti individuali omogenei» che, ai sensi dell'art. 840-bis, co. 1, c.p.c., possono essere tutelati mediante l'azione di classe.

In particolare, si tratterebbe di una «connessione meramente logica, intellettuale» (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, t. 2, Torino, 2019, pag. 25). Cfr. già P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale secondo il nuovo codice*, Padova, 1944, t. 2, pag. 194; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile: struttura e poteri delle parti*, 1993, pag. 107 ss.

della volontà di preservare le varie “nicchie” di potere amministrativo e giurisdizionale che un sistema frammentato viene naturalmente a creare, più di quanto non risponda a una meditata valutazione di efficacia ed efficienza dei mezzi di *enforcement* nell’ambito di una strategia che ambisca alla conformazione del mercato in coerenza con gli scopi generali della regolazione.

3. *Emersione di nuovi paradigmi, tra legislazione antitrust e innovazioni giurisprudenziali*

3.1.- L’analisi del tema in questione sarebbe tuttavia incompleta, e il giudizio in precedenza formulato eccessivamente severo, se ci si arrestasse alla considerazione dei dati sin qui esposti. E infatti, in certi ambiti dell’ordinamento comincia a farsi strada un diverso e più evoluto paradigma, che inizia a introdurre, seppure a uno stato per così dire “embrionale”, quella logica di integrazione organica dei mezzi di *enforcement* che costituisce il presupposto essenziale per il conseguimento di una maggiore efficacia ed efficienza degli strumenti di tutela.

Se da un certo punto di vista la stessa istituzione di ADR incardinati nell’ambito delle Autorità amministrative titolari di corrispondenti poteri di *enforcement* pubblicistico (il riferimento corre, ovviamente, anzitutto ad ABF e ACF) può essere – ed è stata²⁶ – concepita quale tentativo di un migliore raccordo tra tutela dei diritti dei singoli (*adjudication*) ed esercizio delle funzioni di vigilanza (*supervision*), l’attenzione va qui anzitutto concentrata sulla disposizione dell’art. 7 d. lgs 3/2017, il quale dispone che «si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell’autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell’autorità ... non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato»; essendo altresì precisato che «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione

²⁶ Cfr. per tutti A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna-Roma, 2013, pagg. 25 ss.

medesima». Conclude poi la disposizione qui considerata, precisando che «quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale».

Sulla base delle considerazioni in precedenza formulate, si impone un giudizio positivo circa l'introduzione, ad opera del legislatore (europeo e quindi nazionale) di una simile disposizione. Al riguardo, dovendo essere ulteriormente rilevato che tale disposizione ha trovato sponda in quell'orientamento giurisprudenziale che, in relazione fattispecie di per sé sottratte *ratione temporis* alla disposizione del 2017, tratta – per regola di formazione puramente pretoria – l'accertamento operato dall'autorità amministrativa di settore come una «prova privilegiata» nel collegato giudizio civile, richiedendo al giudice che intenda discostarsene uno specifico *surplus* motivazionale²⁷.

²⁷ Cass., 22 maggio 2019, n. 13846; nonché Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, entrambe in *Dejure*. Cfr. anche Cass., 28 maggio 2014, n.11904, in *Foro it.*, 2014, I, pag. 1729: «Nel nostro ordinamento il meccanismo di attuazione delle norme poste a tutela della concorrenza ha una struttura duplice, pubblica e privata. Infatti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato opera su un piano pubblicistico, essendo ad essa istituzionalmente affidata dalla legge la funzione di autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza ed agisce anche d'ufficio, nell'interesse pubblico ed in posizione di indipendenza, per dare attuazione alle norme che vietano intese ed abusi di posizione dominante. L'Autorità ha, tra l'altro, poteri di accertamento degli illeciti antitrust e poteri sanzionatori di natura amministrativa che svolgono una funzione deterrente; in sede civile, invece, operano i giudici ordinari i quali, su domanda di singoli interessati (concorrenti o consumatori), garantiscono la tutela delle posizioni giuridiche soggettive che siano state lese da condotte d'impresa in violazione delle norme antitrust, nazionali e comunitarie. La posizione giuridica del consumatore, oggetto di tutela, è rappresentata dal “diritto a godere dei benefici della competizione commerciale, costituenti la colonna portante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta” (Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305) [...] La distinzione tra tutela pubblica (public enforcement) e tutela privata (private enforcement) si fonda sulla diversità dei presupposti della tutela pubblica “che soddisfa un'esigenza diversa da quella concessa dal giudice ordinario, laddove quest'ultimo si pronuncia soltanto su ricorso di parte (in genere, imprese concorrenti) per la tutela di un interesse privato, mentre l'Autorità agisce di sua iniziativa per tutelare l'interesse pubblico primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale” (Tar Lazio, sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713)». Senonché, «le due tutele sono tra loro complementari e sinergiche; che il principio di effettività e di unitarietà dell'ordinamento non consente di ritenere

3.2.- Nel contesto evolutivo ora in analisi, l'aspetto di maggiore interesse ai fini che qui interessano è tuttavia costituito dall'ulteriore innovazione, sempre operata su iniziativa del formante giurisprudenziale, dove il valore di "fonte di accertamento privilegiata" riconosciuto alle pronunce delle autorità regolatorie, nell'ambito dell'esercizio di strumenti di *public enforcement*, segna il suo passaggio *dal piano del fatto al piano del diritto*, ossia dal limitarsi all'intervenuto accertamento di un fatto storico (così, la stipulazione di una intesa restrittiva) al riconoscere alla pronuncia dell'autorità indipendente (non impugnata la cui impugnazione sia stata rigettata) idoneità persuasiva anche in ordine alla *invalidità* di una data clausola, che costituisce invece frutto di un apprezzamento a contenuto eminentemente giuridico.

In quest'ottica, risulta meritevole d'attenzione il ragionamento sviluppato da Cassazione 31 agosto 2021, n. 23655²⁸, che trasporta la tesi della prova privilegiata (sviluppata, come si è detto, con riferimento alla prova del fatto dell'intesa restrittiva) al diverso ambito applicativo, costituito dalla valutazione di vessatorietà, e quindi di nullità, di una data clausola presente in un contratto tra professionista e

irrilevante il provvedimento del Garante nel giudizio civile, considerato anche che le due tutele sono previste nell'ambito dello stesso testo normativo e nell'ambito di un'unitaria finalità. In tale prospettiva assume rilievo anche l'evidente asimmetria informativa tra l'impresa partecipe dell'intesa anticoncorrenziale ed il singolo consumatore che si trova, salvo casi eccezionali da considerare di scuola, nell'impossibilità di fornire la prova tanto dell'intesa anticoncorrenziale quanto del conseguente danno patito e del relativo nesso di causalità. Al riguardo giova anche ricordare che, sia pure con esclusivo riferimento all'azione di classe, il sesto comma dell'art. 140 *bis* del Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005) prevede che il tribunale, nella fase di valutazione di ammissibilità della domanda, "può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo". In definitiva, «tutti tali elementi, non potendosi ritenere che l'attribuzione ai singoli consumatori dell'azione a loro privata tutela si risolva in una mera affermazione di principio, convergono verso la conclusione che nel giudizio civile il provvedimento del Garante abbia una elevata attitudine probatoria tanto con riferimento all'accertamento della condotta quanto con riferimento alla idoneità a procurare un danno ai consumatori; pur non esistendo nel nostro ordinamento della categoria della prova privilegiata, distinta da quella della prova legale, non si può discutere l'elevata attitudine probatoria dell'accertamento compiuto dall'Autorità alla quale è istituzionalmente affidata dalla legge la funzione di controllo».

²⁸ In *Foro it.*, 2022, I, 1, pag. 277.

consumatore. E infatti, si viene qui espressamente a instaurare un raccordo diretto tra l'accertamento della vessatorietà di una clausola operato dal provvedimento amministrativo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, da un lato, e il giudizio di accertamento della nullità di tale clausola nell'ambito del giudizio civile promosso dal consumatore in relazione a un rapporto contrattuale in cui sia dedotta la clausola interessata dal provvedimento dell'Autorità, dall'altro.

A fronte dell'obiezione sollevata dal professionista, econdo cui «le valutazioni contenute nel provvedimento dell'AGCM [...] non fanno stato nel giudizio civile in tema di nullità delle clausole contrattuali e di risarcimento del danno, e si resolv[ono] in una valutazione giuridica non vincolante per il giudice del merito», la Corte richiama anzitutto la giurisprudenza in materia di rilevanza probatoria «privilegiata» degli accertamenti operati dall'Autorità in materia di illeciti *antitrust*, per rilevare che, se «è pur vero che quest'orientamento fa riferimento all'accertamento di fatti storici rilevanti ai fini del private enforcement e non solo alla loro valutazione di antigiuridicità, mentre il giudizio sulla chiarezza e comprensibilità delle clausole di un testo contrattuale non attiene propriamente a un preciso fatto storico accertato dall'Autorità Garante» (quanto integra, piuttosto, «un giudizio di fatto espresso sul tenore di un documento contrattuale» che ha esito nella formulazione di una valutazione di trasparenza o meno del relativo contenuto), deve ciononostante ritenersi che «ricorrano anche in questa specifica ipotesi le ragioni che hanno indotto all'attribuzione di un valore privilegiato e presuntivo agli accertamenti del Garante».

La conclusione è fondata sul rilievo per cui anche in relazione alla valutazione di vessatorietà della clausola, operata dall'Autorità Garante, sussiste il medesimo identico rilievo “pubblicistico” sotteso all'attribuzione del valore di prova privilegiata all'accertamento dell'illecito *antitrust*. In altri termini, sia l'istituzione di un mercato scevro da prassi anticoncorrenziali, sia la repressione delle clausole vessatorie rispondono a un interesse di «ordine pubblico economico», alla cui protezione è istituzionalmente orientata l'attività dell'AGCM.

Da ciò consegue che, pure a fronte della diversità nell'interesse *immediato* che i due strumenti tutelano – in quanto il giudice civile «si pronuncia soltanto su ricorso di parte (in genere, imprese concorrenti) per la tutela di un interesse privato, mentre l'Autorità agisce di sua

iniziativa per tutelare l'interesse pubblico primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale» –, lo strumento di *enforcement* privatistico e quello di *enforcement* pubblicistico concorrono alla realizzazione del medesimo *interesse finale*, da identificarsi per l'appunto in una adeguata deterrenza rispetto alla violazione delle norme in materia di concorrenza e tutela del consumatore.

In questa più globale ottica, «le due tutele sono tra loro complementari e sinergiche»; col che, «il principio di effettività e di unitarietà dell'ordinamento non consente di ritenere irrilevante il provvedimento del Garante nel giudizio civile, considerato anche che le due tutele sono previste nell'ambito dello stesso testo normativo e nell'ambito di un'unitaria finalità».

Partecipando dunque la tutela privatistica della medesima funzione di quella pubblicistica, non si potrà «ritenere che l'attribuzione ai singoli consumatori dell'azione a loro privata tutela si risolva in una mera affermazione di principio»: da qui, «la conclusione che nel giudizio civile il provvedimento del Garante abbia una elevata attitudine probatoria», la quale non è di per sé lesiva del diritto di difesa del professionista, se è vero che «a fronte dell'attività amministrativa dell'Autorità Garante l'imprenditore gode del diritto alla difesa al contraddittorio e all'impugnazione in sede giurisdizionale».

Alla valutazione di vessatorietà operata dall'Autorità deve perciò essere attribuito, nel ragionamento condotto dalla Suprema Corte, «un valore privilegiato nel giudizio civile fra il privato e il professionista relativo alle stesse clausole»: la valutazione deve dunque «essere ritenuta presuntivamente corretta nel giudizio civile, in difetto di una specifica confutazione da parte del giudice». Si instaura così una dinamica di «presunzione legale, pur suscettibile di prova contraria, non sancita espressamente dalla legge ma *desunta dal sistema e in particolare dalla funzione stessa nel nostro ordinamento assegnata agli strumenti di public enforcement*» (corsivo aggiunto).

3.3. Estendendo infine lo sguardo verso strumenti di *private enforcement* diversi dalla nullità di protezione, si nota che la medesima linea concettuale ora considerata si ravvisa anche nel rapporto che l'ACF instaura tra l'esistenza di provvedimenti sanzionatori irrogati da Consob a fronte di un riscontrato difetto organizzativo dell'impresa di

investimento quanto alle modalità di erogazione di un dato servizio (nel caso, la gestione di portafogli) e la prova dell'inadempimento nell'ambito del giudizio di responsabilità tra cliente e intermediario.

In particolare, occupandosi della tematica della responsabilità per negligenza del gestore di portafogli su base individuale, l'ACF ha ritenuto *automaticamente* provato l'inadempimento dell'intermediario laddove la Consob abbia irrogato sanzioni amministrative a seguito di un riscontrato difetto del prestatore del servizio di investimento, in relazione ai presidi organizzativi che costituiscono presupposto della corretta erogazione dei servizi stessi.

Nel *casus decisis* dal provvedimento 1390/2019, si legge che «l'intermediario non risulta essersi dotato, in concreto, di procedure adeguate per svolgere correttamente il servizio, risultando anzi “il processo di decisione di investimento inidoneo ed inefficace, in quanto privo della capacità di indirizzare e controllare le scelte di investimento effettuate per conto dei patrimoni gestiti”, come ha rilevato la CONSOB con delibera irrogativa di sanzioni all'intermediario ai sensi dell'art. 195 t.u.f., per la violazione dell'art. 35-*decies*, comma 1, lett. a) e c), del t.u.f. e degli artt. 65 e 66 del Regolamento Intermediari, nonché dell'art. 21, comma 1, lett. a) e d), del t.u.f., in tema di diligenza, trasparenza e correttezza, oltre che adozione di misure e tutele atte a garantire il corretto svolgimento, rispettivamente, del servizio di gestione collettiva del risparmio e di gestione di portafogli».

L'esistenza di una così stretta dipendenza del giudizio di responsabilità dal piano organizzativo dell'impresa prestatrice del servizio è sostenuta dalla considerazione in base alla quale «nell'ambito della prestazione dei servizi e delle attività di investimento non appare possibile operare una separazione rigida tra regole che attengono al piano della corretta organizzazione dell'attività e regole che attengono alla corretta esecuzione del contratto, vero invece essendo che anche in questo campo lo stretto collegamento, di inerenza teleologica e strutturale tra atto e attività (come si è detto con felicissima formula), comporta indiscutibilmente il rifluire sul primo di regole pur nate obiettivamente per disciplinare la seconda; con la conseguenza, allora, che la mancata adozione di assetti e procedure adeguate non solo può essere presupposto per l'adozione di misure sanzionatorie di stampo pubblicistico nei confronti dell'intermediario per la non corretta organizzazione di impresa, ma può rilevare anche come espressione di

un deficit di diligenza sul piano dei rapporti interprivati, in quanto non permette di adempiere correttamente gli obblighi assunti nei confronti dei propri clienti, i quali hanno anch'essi evidentemente titolo per pretendere che la prestazione sia erogata nel contesto di un'attività correttamente organizzata» (ancora la decisione ACF n. 1390/2019).

Si giunge, in definitiva, all'attribuzione di una *sufficienza probatoria* (più ancora che di un ruolo di prova privilegiata, come nella giurisprudenza di legittimità sopra considerata) al provvedimento dell'autorità che abbia censurato un difetto organizzativo d'impresa; il che risulta, in ultima istanza, nell'effetto di provocare l'assorbimento del momento individuale del giudizio di responsabilità in quello generale del vaglio sulle modalità di organizzazione dell'impresa²⁹.

4. *Verso un modello di enforcement integrato*

Come si nota, i provvedimenti giurisprudenziali e la decisione dell'ACF sopra richiamati vengono a delineare una prima forma di coordinamento, di matrice essenzialmente pretoria, tra gli strumenti di *enforcement* privatistico e pubblicistico, lungo tre distinte aree rimediali riferibili a violazioni d'impresa: ossia, quelle della responsabilità debitoria, del fatto illecito e della nullità di protezione.

Si tratta di un approccio che in sé è da approvare, nella misura in cui segna l'avvio di una logica organica di concepimento degli strumenti intesi a garantire un adeguato livello di deterrenza rispetto alla non conformità dell'impresa alle discipline che ne governano l'attività, con il superamento della logica "estemporanea" e individualizzante che connota l'approccio tradizionale alla tutela dei diritti soggettivi. In questa prospettiva, la posizione assunta dall'Arbitro si presta naturalmente a essere opportunamente esportata nell'ambito della giurisdizione ordinaria, trovandosi a esprimere la medesima logica che la Suprema Corte ha già mostrato di adottare in relazione all'attività sanzionatoria di altre e diversa autorità indipendenti.

Tanto detto, va pure rilevata la necessità di fissare in termini più precisi le condizioni e i limiti di questa dinamica di osmosi, che muove

²⁹ Per alcune considerazioni critiche intorno ai limiti entro i quali un simile operare dovrebbe ritenersi legittimo, cfr. U. MALVAGNA, *Benchmark e gestione di portafoglio: tra «mezzi» e «risultato»*, Napoli, 2023, pagg. 217 ss.

dal versante del *public enforcement* verso quello del *private enforcement*.

In questa prospettiva, un primo aspetto da considerare è quello che attiene al vaglio che il giudice del merito è tenuto, e comunque ammesso, a condurre in ordine all'accertamento operato dall'Autorità. Occorre qui tracciare una distinzione tra il *momento istruttorio*, cioè di accertamento degli elementi di fatto, e *quello valutativo*, cioè dell'apprezzamento effettuato ai fini della formulazione del giudizio in ordine alla conformità del risultato in concreto raggiunto dal debitore a quello da ritenersi dovuto sulla base del titolo.

Ora, in relazione al primo momento sembra evidente che il «dialogo» tra l'Autorità amministrativa indipendente e il giudice civile si iscrive senza difficoltà nell'alveo tracciato dall'art. 213 c.p.c. Gli accertamenti operati dall'autorità e quindi versati in provvedimenti o altri atti dell'Amministrazione possiedono una attitudine probatoria che consegue alla specializzazione tecnica e alla «neutralità» sottesa alla loro posizione di autorità indipendente del settore, di tal che essi *possono essere sufficienti* a fondare il convincimento del giudice. Specularmente, il disconoscimento a fini probatori della documentazione formata dall'Autorità di settore potrà avvenire a fronte dell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento sanzionatorio, in ragione del travisamento dei fatti che ne hanno costituito il presupposto di fatto, ovvero anche in ragione dell'incompletezza dell'istruttoria condotta dall'Autorità³⁰.

In assenza di ciò, resta comunque possibile per il giudice – assente un vincolo legale al proprio convincimento – la possibilità di rifiuto dell'efficacia probatoria degli accertamenti operati dall'Autorità. Peraltro, è pure evidente che una simile ipotesi dovrebbe darsi assai raramente, se è vero che nel fare ciò l'opinione del giudice civile divergerebbe non solo da quella dell'autorità di settore, bensì anche da quella del giudice dell'impugnazione del provvedimento adottato sulla base di quei fatti.

Per quanto attiene invece al momento strettamente valutativo (della qualificazione e/o sussunzione giuridica del fatto), esso è più delicato

³⁰ Costituisce infatti un possibile vizio del provvedimento quello in cui i fatti accertati dall'Autorità vengano contraddetti – quanto alla loro significatività ai fini della decisione – da ulteriori e diversi fatti, emersi nel corso del giudizio di impugnazione del provvedimento sanzionatorio.

nella misura in cui riguarda non più l'apprezzamento tecnico-fattuale, bensì l'attività di applicazione del diritto nel cui ambito si dà anche un bilanciamento dei diversi interessi rilevanti. In tale scenario, è assai più difficile ipotizzare che il giudice possa limitarsi a recepire *sic et simpliciter* le valutazioni dell'Autorità senza alcun esercizio del proprio apprezzamento e, quindi, senza uno specifico compendio motivazionale.

Fermo quanto precede, va pure rilevata l'esistenza di talune complessità applicative inerenti alla *portata dell'accertamento* dell'illegittimità della prassi dell'impresa operata dall'Autorità di settore, nel suo rapporto con la singola fattispecie contenziosa in cui si tratta di far valere la relativa rilevanza probatoria. In termini generali, è ragionevole ritenere che il valore di prova privilegiata proprio del provvedimento amministrativo si misuri sul contenuto dell'accertamento ivi operato, e cioè – per usare la locuzione adottata dalla disciplina in materia di danno *antitrust* dell'art. 7 d.lgs. 3/2017 – sulla «natura della violazione e [alla] sua portata materiale, personale, temporale e territoriale». Senonché, il punto è che l'esistenza in un certo momento temporale di un difetto organizzativo dell'impresa fonda naturalmente la presunzione che tale difetto sussistesse anche anteriormente al momento in cui l'accertamento dell'autorità ha rilevato la violazione (cioè, il periodo di durata dell'attività ispettiva da cui ha preso le mosse la sanzione), come pure che esso continui successivamente a sussistere, sino alla rimozione del vizio organizzativo stesso. Si pone pertanto il problema di stabilire i criteri per una delimitazione temporale dell'efficacia probatoria dell'accertamento, tanto con un *dies a quo* quanto con un *dies ad quem*. Al riguardo, sembra inevitabile che l'onere di fornire l'indicata delimitazione temporale debba ricadere sull'impresa, che si trova nella migliore posizione (in punto di prossimità alla fonte di prova) per dimostrare quando i processi aziendali interessati siano stati introdotti o, se del caso, corretti a seguito della sanzione conseguente all'attività ispettiva.

Infine, un ulteriore e assai rilevante aspetto problematico attiene al caso – che statisticamente sarà parimenti se non anche *più frequente* di quello di cui si è appena detto – in cui una sanzione amministrativa faccia difetto, e, ciononostante, l'investitore lamenti un inadempimento

tale da chiamare in gioco un difetto dell'organizzazione (cioè, quello che si è definito sopra come inadempimento «strutturalmente seriale»).

Al riguardo, le considerazioni sopra esposte in ordine all'esigenza di preservare il diritto di azione e difesa delle parti impone di rigettare ogni dinamica applicativa che voglia introdurre presunzioni – assolute o relative – di esattezza dell'adempimento da parte del gestore. Piuttosto, il vero è che la detta assenza rileva essenzialmente sul piano del fatto, in termini di maggiore complessità della soluzione del *thema decidendum* del relativo contenzioso (o, per meglio dire, della serie di contenziosi legata al medesimo “inadempimento d'impresa”). Ne consegue che, a fronte di un'allegazione connotata da un sufficiente livello di specificità, rimane comunque a carico dell'intermediario la prova dell'efficiente predisposizione e funzionamento dei processi e dei presidi organizzativi sottesi all'erogazione del servizio di gestione di portafogli. Resta peraltro evidente che il positivo “superamento” senza rilievi di un'ispezione eventualmente condotta dall'Autorità potrà rilevare come importante elemento del corredo probatorio, nei limiti del relativo contenuto effettivo.

5. Conclusioni. Prospettive de iure condendo

Concludendo, può dirsi che, se il diritto vivente esprime una linea evolutiva della materia che muove verso il corretto orizzonte, al tempo stesso la realtà – del diritto scritto e della sua applicazione – è ben lontana dal realizzare pienamente gli scopi di efficiente coordinamento degli strumenti in vista del raggiungimento del livello ottimale di *enforcement* con piena garanzia dei diritti processuali delle parti.

Preso allora atto della necessità di una più radicale evoluzione della materia, occorre domandarsi quale criterio dovrebbe presiedervi. Personalmente, ritengo che esso debba consistere nella prospettiva di una integrazione stabile e organica tra vigilanza e giurisdizione, lungo i principi di una elevata e tempestiva tutela dell'ordine del mercato, dell'effettività del diritto di difesa e del contraddittorio, e dell'*accountability* delle Autorità.

A questo fine, il risultato cui ambire dovrebbe essere quello della tendenziale concentrazione dei diversi mezzi di tutela in un unico contesto processuale presso la giurisdizione ordinaria, da costruire secondo regole adeguate agli scopi sopra esposti. È ragionevole pensare

che tale contesto possa utilmente essere quello dell'azione collettiva, su cui dovrebbero tuttavia insistere taluni necessari correttivi.

Anzitutto, correttivi in tema di legittimazione ad agire, *sub specie* di un'azione popolare promossa – non dalla Procura della Repubblica, come nel modello classico, bensì – proprio dall'autorità incaricata della Vigilanza sull'applicazione delle normative di tutela³¹, con effetti *erga omnes* del relativo giudicato (quale che ne sia l'esito). In questo contesto, l'inibitoria potrebbe forse costituire fase di natura cautelare antecedente al giudizio a cognizione piena.

In ogni caso, al potere dell'Autorità dovrebbe essere affiancato un corrispondente obbligo di vigilare, indagare diligentemente e se del caso promuovere l'azione di classe – o per meglio dire “popolare” –, con adeguati presidi rimediali a supporto.

Inoltre, dovrebbe garantirsi alle associazioni esponenziali o a gruppi organizzati di privati l'intervento nel giudizio promosso mediante azione popolare dell'autorità, sulla base di un vaglio di rappresentatività.

Sempre sulla linea di un criterio di rappresentatività delle associazioni esponenziali o di gruppi di clienti, utenti o consumatori, potrebbero immaginarsi meccanismi di estensione *erga omnes* del giudicato formatosi dalle azioni promosse da questi, oltre gli spazi angusti che ora sono previsti dalla disciplina del codice di procedura civile. Come pure potrebbe pensarsi a riconoscere ai tali attori il diritto di avvalersi, previo vaglio giudiziale, dell'esercizio di poteri di vigilanza a fini istruttori nel procedimento.

Senonché, questo piccolo esercizio di immaginazione conduce a una domanda che, ricorrente, tocca un problema generale delle funzioni di tutela dei clienti rimesse ad autorità di vigilanza. Esso, naturalmente, è quello dell'idoneità all'assolvimento del proprio compito da parte di

³¹ In questa linea, con riferimento alle azioni di classe consumeristiche, si pone adesso la disposizione dell'art. 140-*quater* del Codice del Consumo (rubricato “Legittimazione ad agire”), il quale dispone che « [...] gli organismi pubblici indipendenti nazionali di cui all'articolo 3, numero 6), del Regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017, che facciano richiesta di essere legittimati [...], sono legittimati a proporre le azioni rappresentative previste dall'articolo 140-*ter*, comma 2, primo periodo, innanzi al giudice italiano». Sul punto, cfr. S. MONTEMAGGI, *La Vigilanza di tutela della Banca d'Italia: il disegno sistematico del Titolo VI del TUB alla prova della legislazione UE*, in corso di pubblicazione per i Quaderni Giuridici della Banca d'Italia.

autorità cui sia dalla legge richiesto di bilanciare l'interesse alla tutela della clientela (secondo i canoni della «trasparenza», «correttezza», «interesse dei clienti» o simili) con interessi altri quale, in particolare, quello della stabilità del mercato e, più in generale, la stabilità finanziaria. Ma porre tale interrogativo equivale a mettere in discussione la stessa impostazione di fondo della regolazione del sistema finanziario nel nostro Paese.