

ANALISI DI UN FALSO PRINCIPIO: NULLITÀ SPECIALI E RESTITUZIONE UNILATERALE.

| 260 Di Giovanni Passagnoli

SOMMARIO: 1. *Un problema sistematico: legittimazione relativa e ripetizione unilaterale?* – 2. *Ancora su specialità, sistemi, sottosistemi.* – 3. *Il diritto vivente: la causa petendi dell'indebito oggettivo e la insensibilità dell'azione all'ampiezza della legittimazione alle impugnative negoziali.* – 4. *Ripetizione, “deterioramento” della prestazione, prossimità della prova.*

ABSTRACT. Il saggio propone una analisi critica di un orientamento recepito dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 28314/2019 nel pronunciarsi sulla c.d. nullità selettiva. Oggetto della riflessione è il principio della unilateralità della ripetizione di indebito che scaturirebbe dalla pronuncia di nullità, ove questa abbia carattere relativo. Una volta ricostruite le caratteristiche fondamentali dello statuto speciale delle nullità, il saggio illustra le ragioni per le quali un siffatto principio non risulta fondato. Rilevano specialmente, tra esse, tanto la mancanza di coerenza della ripetibilità unilaterale col più generale discorso giurisprudenziale sulla causa petendi nell'indebito oggettivo, quanto la incompatibilità sistematica di un tale principio con le ripetizioni conseguenti alle altre azioni a legittimazione relativa. Infine il saggio propone una ipotesi costruttiva fondata sull'art. 2037 c.c., nel contesto del principio di prossimità della prova.

The essay provides a critically analysis of the judgement of the United Section of the Supreme Court of Cassation n. 28314/2019 about the selective nullity. The reflection concerns the principle of one-sidedness of repetition of “indebito” which derives from the sentence of nullity in case it has a relative character. Once described the fundamental elements of the special status of the nullity, the essay shows the reasons why this principle does not have a basis, in particular with reference to either the lack of coherence of the one-sidedness repetition in connection to the jurisprudential issue on causa petendi of the objective “indebito”, or the incompatibility of this principle with the consequent repetition of the other actions with a relative legitimation. Last but not least, the essay suggests a thesis based on the article 2037 c.c., with regard to the principle of proximity of the proof.



1. Un problema sistematico: legittimazione relativa e ripetizione unilaterale?

Reputano le S.U. della Corte di Cassazione che l' "indebito, così come previsto nell'art. 1422 cod. civ., può operare solo ove la legge non limiti con norma inderogabile la facoltà di far valere la nullità e i suoi effetti in capo a uno dei contraenti, essendo direttamente inciso dallo 'statuto' speciale della nullità cui si riferisce"¹.

Con la conseguenza, prosegue la Corte, che il contraente non legittimato all'azione di nullità relativa "non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale od in via autonoma ex art. 1422 e 2033 cod. civ.."

Come è ormai ampiamente noto, queste argomentazioni si collocano nel contesto ricostruttivo che la Corte offre per giustificare - delimitandolo - il c.d. impiego selettivo dell'azione di nullità; questione che ha assunto precipuo rilievo con riferimento alle conseguenze della nullità formale del contratto quadro di investimento di cui all'art. 23 del TUF.

Su ciò molto si è scritto, tanto in prospettiva critica che adesiva².

¹ Così Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314 (parag. n. 17.1.2), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, p. 26 ss., con commento di A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*; *ivi*, p. 154, con commento di M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*; *ivi*, p. 160, con commento di D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*; *ivi*, p. 163 con commento di S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*; *ivi*, p. 169, con commento di S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*; in *Giur. it.*, 2020, 2, p. 273 ss., con commento di A. IULIANI, *Le Sezioni unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*.

² La questione dell'ammissibilità della nullità selettiva ha assunto rilievo in relazione agli ordini di investimento attuativi di un contratto di intermediazione finanziaria nullo per difetto di forma scritta ex art. 23 T.U.F. Le disparate proposte costruttive e soluzioni giurisprudenziali possono esser qui soltanto accennate, nei limiti funzionali al discorso svolto nel testo. Vi è, anzitutto, un orientamento restrittivo, che esclude il potere del risparmiatore di selezionare gli ordini di investimento da caducare; ciò sia in ragione della unitarietà del rapporto contrattuale originatosi dal contratto-quadro nullo, sia della contrarietà a buona fede della selezione opportunistica operata dall'investitore. Sicché, una volta scelto di provocare l'accertamento della nullità del contratto-quadro, non potrebbe che conseguire la caducazione di tutti i successivi ordini di investimento, con applicazione delle regole comuni sull'indebito di cui agli artt. 2033 e 1422 c.c. (cfr. Cass., 7 maggio 2013, n. 10568, in *Giust. civ. mass.*, 2013; Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *Contr.*, 2016, p. 1094 ss.; Cass., 17 maggio 2017, n. 12390, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 6, p. 828 ss.; Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in *Foro it.*, 2018, 10, p.

3246 ss.). Favorevoli all'uso selettivo della nullità sono, invece, quanti scorgono nella selettività uno sviluppo del profilo della relatività dell'azione e della necessità che la nullità operi concretamente a vantaggio al contraente protetto. Nel contempo, si è avvertita l'esigenza di circoscrivere tale possibilità entro i limiti della buona fede, nel senso che l'intermediario finanziario sarebbe legittimato alla *exceptio doli generalis* per paralizzare una domanda di nullità selettiva contraria a buona fede (cfr. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1114 ss.; Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *www.dirittobancario.it*; Cass., 3 gennaio 2017, n. 36, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Contratti bancari*, [1720], n. 25; Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Corr. giur.*, 2019, p. 172 ss.; da ultimo, Cass. 26 ottobre 2020, n. 23449, in *www.dejure.it*). Ed è proprio la ricerca di un difficile punto di equilibrio tra i contrapposti interessi delle parti l'obiettivo perseguito dalle Sezioni Unite n. 28314/2019, le quali hanno individuato - seppure, come dirò, con argomenti non convincenti - un criterio idoneo a circoscrivere il l'uso selettivo della nullità. Da un lato, dunque, l'ammissibilità del potere di selezione, fondata sulla esigenza di dare effettività alla funzione protettiva del requisito formale del contratto quadro di cui all'art. 23, comma 1, T.U.F.; dall'altro, un temperamento delle conseguenze di tale selezione, fondato su solidarietà sociale e buona fede. Quest'ultima assurgerebbe a "criterio ordinante" e "trasversale", vincolando entrambi i contraenti e, quindi, anche l'investitore, che non potrebbe lucrare più di quanto gli spetti in ragione del pregiudizio patito per effetto della violazione del requisito formale. Si richiede, così, al giudice di effettuare «un esame degli investimenti complessivamente eseguiti» dalle parti del rapporto, alla luce del quale escludere la ripetizione per contrarietà alla buona fede ogniqualvolta risulti, all'esito del calcolo, che gli ordini non colpiti dalla domanda di nullità abbiano prodotto un rendimento economico maggiore del pregiudizio lamentato nel *petitum*. Per un primo quadro delle opinioni formatesi sulla nullità selettiva si vedano: A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile?* in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 11, p. 2333 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, p. 612 ss.; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettiva". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, 6, p. 828 ss.; G. VETTORI, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo. L'evoluzione della buona fede*, in *Pers. e merc.*, 2019, 4, p. 28 ss.; C. SARTORIS, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede*, *ivi*, p. 69 ss.; ID., *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. it.*, 2019, 4, p. 765 ss.; S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore come è come il contraente incapace?*, *ivi*, p. 126 ss.; ID., *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, in *Contr.*, 2020, 1, p. 11 ss.; ID., *Nullità selettive. Una nullità di protezione (ancora) in cerca di autore?*, in *Giur. it.*, 2020, p. 273 ss.; R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Quest. giust.*, 2020, 1, p. 7 ss.; A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 TUF tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, p. 26 ss.; A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività "a vantaggio"*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU. n. 28314/2019, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 1, p. 89 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. giur.*, 2020, 1, p. 5 ss.; F. GRECO, *La nullità "selettiva" e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico*



Dalla specificità della questione intendo, ma solo in parte, prescindere nelle considerazioni che seguono e che sono mosse, principalmente, dalla preoccupazione sistematica che suscita l'argomento delle S.U.- Ovvero, che vi sia un nesso ineludibile tra la relatività della legittimazione all'azione di nullità e la irripetibilità delle prestazioni da parte del contraente non protetto. L'autorevolezza della fonte rende assai concreto il rischio che l'affermazione – anziché venir messa a nudo nella propria *ratio decidendi* – sia presa alla lettera dagli interpreti.

E ciò, tanto più in considerazione del fatto che la Corte muove da una premessa in sé, certo, condivisibile: l'esistenza, ormai non più dubitabile, di uno *statuto speciale della nullità* in funzione della *ratio* protettiva che la connota.

Ciò che preoccupa, dunque, non è la corretta premessa, ma l'assertività del corollario: ovvero, che la specialità giustifichi una generalizzata disattivazione della disciplina dell'indebito oggettivo.

Tenterò, di seguito, di spiegare le ragioni per le quali un esito costruttivo di tal fatta non mi appaia in alcun modo fondato.

2. Ancora su specialità, sistemi, sottosistemi.

La Corte, come ho anticipato, muove da una premessa esatta: quella che esista un vero e proprio *statuto speciale* della nullità, ove quest'ultima sia istituita in funzione dell'esigenza di protezione di uno dei contraenti. Come tutti sanno, si tratta di una idea oggi comunemente accettata, ma che ancora alla metà degli anni '90 appariva persino eversiva sul piano categoriale.

La nullità, nella propria configurazione dommatica e, per quanto allora si reputava, nel proprio impianto positivo codicistico, non si prestava a declinazioni.

Rigido, da un lato, il suo fondamento: servente del solo interesse pubblico, in contrapposizione all'interesse particolare protetto con l'annullabilità. Anelastica, in secondo luogo, la sua disciplina: all'epoca appiattita sull'idea, imperante, dell'irrelevanza dell'atto nullo e della sua inefficacia radicale, pensata nel quadro concettuale della incompletezza della fattispecie.

In breve: un solo fondamento, una sola disciplina.

in esito alla pronuncia delle Sezioni Unite, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 3, p. 837 ss.; D. IMBRUGLIA, *La nullità selettiva tra vantaggio del cliente e paralisi delle restituzioni*, in *Pers. e merc.*, 2020, 1, p. 3 ss.; D. RUSSO, *Dimensione del vizio, nullità "selettiva" e conformazione dei negozi*, Napoli, 2020.

Ma le cose stavano altrimenti e giova ricordarlo. Già nel Codice del '42 la nullità si articolava in statuti differenziati. E di ciò costituivano evidente quanto ineludibile emersione positiva i diversi tratti ascrivibili, nel fondamento e nella disciplina, alla nullità, rispettivamente, dei contratti illeciti oppure illegali. E, davvero, contrarietà del negozio a norme proibitive, oppure mancato assolvimento di oneri posti da norme precettive, determinavano, già nel Codice, importanti variazioni di trattamento della nullità. Non par necessario, qui, ricordarle ancora una volta³.

Certo, quella declinazione, tutta interna all'istituto della nullità, era il segno che già la concettualizzazione germanizzante cui pur il Codice era vistosamente improntato non aveva fatto velo all'intelligenza dei redattori. I quali, senza enfatizzare la logica astratta della fattispecie, avevano, con equilibrio, salvaguardato il portato della tradizione⁴: ovvero, che potessero darsi gradi

³ Per una considerazione in chiave costruttiva del quadro codicistico, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, pp. 69 ss., 77 ss.; ID., *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. Roppo, vol. II, a cura di G. Vettori, p. 435 ss. La nullità è qualificazione negativa dell'atto rilevante, sicché col variare di intensità di quella, in funzione della *ratio* della disposizione violata, divengono concepibili e sistematicamente coerenti distinti e speciali trattamenti del negozio nullo. Il che poi non significa negare l'esistenza di un dato unificante della nullità e più in generale della invalidità: la comune, seppure graduata, negazione della efficacia intesa come vincolatività, a prescindere dal diverso profilo dell'eventuale e non omogenea produzione di effetti finali. Sul tema si vedano i fondamentali contributi di G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Milano, 1984, p. 83 ss.; M. NUZZO, voce *Negozi illeciti*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 71 ss.. Per le ormai numerosissime declinazioni del discorso, anche in chiave europea: S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; A. DI MAIO, *La nullità*, in A. Di Majo, G.B. Ferri e M. Franzoni, (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, XIII, 7, Torino, 2002; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 200 ss.; G. GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, IV, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006; V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, *Proprietà, obbligazioni, contratti*, Milano, 2007, p. 491 ss.; E. LA ROSA, *La nullità di protezione dal sistema del codice alla normativa europea*, in AA.VV., *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008; A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012; I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012.

⁴ Riferisce A. ESMEIN, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, in *Rev. hist.*, 1888, p. 248ss., 328 ss., che è una intuizione antica quella di una pluralità di fondamenti della





distinti di disciplina della nullità in funzione della diversa sua *ratio* normativa.

Dal canto suo, la successiva legislazione speciale, specie di derivazione europea e massimamente negli ultimi venticinque anni⁵, ha dato la più eclatante conferma di una tal gradabilità di fondamento e della conseguente elasticità di disciplina della figura.

Pochi istituti generali, può ben dirsi, hanno conosciuto, in un lasso di tempo relativamente

breve, un così intenso rinnovamento sul piano ordinamentale. Ma, come proprio ci mostra il recente tumulto giurisprudenziale nella materia⁶, una vera e propria metabolizzazione del cambiamento è ancora ben lungi dall'essere avvenuta.

E ciò è a dirsi benché la dottrina, dapprima timidamente, poi in modo convinto, ne abbia ben compresa la mutata funzione⁷; e ne abbia

nullità: in effetti già Bartolo da Sassoferrato distingueva, traendone corollari proprio riguardo alla disciplina applicabile, ben dieci diverse categorie di nullità a seconda del diverso motivo sul quale esse riposavano.

⁵ Sono ormai numerosissime, tanto che non è certo qui più necessario inventarle, le ipotesi di nullità difficilmente collocabili nella configurazione tradizionale dell'istituto, che ha perso perciò la propria attitudine categoriale, nella misura in cui è divenuta inadeguata a dar conto della varietà positiva. Nella quale si assiste ad un'alterazione, prima ancora di questo o di quel tratto di disciplina, dello stesso fondamento sostanziale della figura. Quest'ultimo, infatti, appare spesso radicato non più in un interesse pubblico sovraordinato e necessariamente astratto rispetto a quello delle parti contraenti, bensì strumentale, almeno in modo immediato, alla soddisfazione dell'interesse particolare di una di esse, cui il legislatore appresta tutela anche in punto di validità del contratto, sia pure in vista, mediatamente, della realizzazione di un interesse generale in quanto categoriale. Sul punto, v. ancora, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 27 ss.; P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002; G. FILANTI, voce *Nullità, III) Nullità speciali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2004, p. 1 ss.; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 ss.; E. LA ROSA, *La nullità di protezione dal sistema del codice alla normativa europea: i nuovi parametri del giudizio di meritevolezza*, cit., p. 505 ss.; C. PAGLIETTI, *La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 55 ss.; A. GORASSINI, *L'istituto codicistico della "nullità del contratto" e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 199 ss.; M. RABITTI, *Nullità da espressa previsione normativa: il caso della fideiussione dovuta all'acquirente di un immobile in costruzione*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, p. 745 ss.; M. NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Il diritto civile tra principi e regole. Liber amicorum per Francesco Donato Busnelli*, II, Milano, 2008, p. 233 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali di protezione del diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 182 ss.; S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida*, in *Pers. e merc.*, 2009, I, p. 28 ss.; ID., *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Pers. e merc.*, 2012, 2, p. 106 ss.; ID., *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Pers. e merc.*, 2021, 1, p. 31 ss.; A. GENTILI, *L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in *Riv. dir. impr.*, 2012, p. 3 ss.; A. GORGONI, *Tutela del consumatore nel contratto di multiproprietà e nullità*, in *Pers. e merc.*, 2012, 1, p. 31 ss.; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 t.u.b. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, I, p. 172 ss.

⁶ La materia delle nullità è stata interessata, negli ultimi anni, da pronunce che ne hanno scandagliate le implicazioni di disciplina. Tra le tante, in tema di rilevanza d'ufficio della nullità: Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14488, in *Contr.*, 2012, 11, p. 869 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove?"*; in *Foro it.*, 2013, I, p. 1238, con nota di A. PALMIERI, *Azione risolutoria e rilevanza d'ufficio della nullità del contratto: il via libera delle Sezioni Unite (con alcuni corollari)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 12, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*; Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Contr. giur.*, 2015, I, 70 ss., con note di V. CARBONE, *"Porte aperte" delle sezioni unite alla rilevanza d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, e di I. PAGNI, *Nullità del contratto – Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*; in *Contr. giur.*, 2015, II, 225 ss., con nota di C. CONSOLO, F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*. Ancora, sulla validità/invalidità del contratto di intermediazione finanziaria monofirma: Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *www.personaemercato.it*; in *Giur. it.*, 2018, 3, p. 568 ss., con nota di C. COLOMBO, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni Unite*; in *Contr.*, 2018, 2, p. 133 ss. con nota di G. D'AMICO, *La forma del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*; in *Giur. it.*, 2018, 3, p. 568 ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme*. Altrove le Sezioni Unite hanno affrontato la questione delle conseguenze della omessa registrazione del patto dissimulato di locazione, prospettando una sorta di nullità legata all'inadempimento di un obbligo legale: Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2017, n. 23601, in *Contr.*, 2018, 1, p. 25 ss., con commento di F. GIGLIOTTI, *Riflessi civilistici della (mancata) registrazione del contratto di locazione, tra nodi problematici ed esigenze di sistema*; in *Contr. giur.*, 2018, 8-9, p. 1098 ss., con commento di V. CUFFARO, *Contratto di locazione e nullità per mancata registrazione: "si peccas, pecca fortiter"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 3, p. 363 ss., con commento di G. Buset, *La locazione non registrata fra definitività e provvisoriarietà dell'inefficacia*; in *Pers. e merc.*, 2018, 2, p. 3 ss., con commento di C. SARTORIS, *La mancata registrazione del contratto di locazione davanti alle Sezioni Unite*.

⁷ Mi riferisco, in particolare, all'idea, convincente, di "nullità conformative" – su cui, V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 506 ss.; ID., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 199 ss.; ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 843 ss. - che ben ha evidenziato il processo di emancipazione della nullità dalla logica della fattispecie e la sua trasformazione in "rimedio di regolamento" rispetto al quale centrali sono gli interessi sottesi al contratto: questa nullità "è commisurata e in stretto e immediato rapporto con il concreto assetto di interessi perseguito dalle parti ed ha una finalità essenzialmente

diffusamente, per quanto non sempre condivisibilmente, sviluppati i corollari, con riferimento, può, dirsi, ad ogni profilo di disciplina dell'istituto.

Esiti recenti, nondimeno, manifestano un vistoso disorientamento degli interpreti di fronte alla pervasività del mutamento sul piano delle fonti. Così, da un lato, si assiste, va pur detto, ad una assertività non appagante della giurisprudenza, per quanto apicale; dall'altro, si tende ancora una volta a smarrire il senso dell'unità, non solo delle invalidità, ma della stessa nullità.

Tanto da giungere a negare proprio il rapporto di genere a specie tra la disciplina codicistica e quelle di settore della figura, propugnando l'idea costruttiva di “*sistemi tra loro paralleli (dei sistemi, cioè)*”⁸.

Approccio, quest'ultimo, che non è convincente; poiché ripropone, in termini solo lessicalmente mutati, una idea monadica e ormai datata di frammentazione del diritto civile in sottosistemi, che, se è valsa a suscitare un proficuo dibattito, si è rivelata costruttivamente infruttuosa.

Giova, qui, piuttosto, la lezione di Giuseppe Benedetti, che, già negli anni novanta, nel pieno del

conformativa di rimodellamento del regolamento negoziale”. Così, la dimensione funzionale della nullità di protezione viene ravvisata nella sua attitudine non demolitoria, ma conservativa del contratto, corretto e conformato. La finalità “essenzialmente conformativa” è stata recepita dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2014, nn. 26242-26243, cit.), laddove, definendo le nullità di protezione come nullità ad assetto variabile e di tipo funzionale, spiegano e giustificano proprio nella riferita prospettiva l'intervento officioso del giudice. Ma sul punto vedi estesamente anche: A. DI MAJO, *La nullità*, in A. Di Majo, G.B. Ferri e M. Franzoni (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato Bessone*, XIII, 7, Torino, 2002, p. 63 ss.; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, cit., p. 200 ss.; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell'autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 285 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adeguamento del contratto*, Padova, 2007; S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 40 ss.; ID., *L'azione di nullità tra legittimazione e interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 2, p. 407 ss.; ID., *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Pers. e merc.*, 2012, 2, p. 107 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2a ed., 2011, p. 743 ss.; A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit.; 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, 4, p. 1141 ss..

⁸ Così si esprime A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività “a vantaggio”*. Per una critica ricostruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 1, p. 98. Sul tema cfr. A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 31 ss.

dibattito sulla c.d. decodificazione⁹, enfatizzava l'esigenza di comprensione sistematica delle allora soltanto incipienti nullità speciali, contrastando proprio l'idea di frammentazione in sottosistemi. Non è così - scriveva - “*che si evolve l'ordinamento giuridico. Del resto la sua unità non esclude la pluralità di fonti.*”; l'istanza di unità è ricerca di “*coerenza costruita sugli interessi, fuori da schemi astrattizzanti.*”, e ciò “*nell'attuale indirizzo del pensiero ermeneutico, non contrasta, anzi esalta e convoglia il divenire in una circolarità tra le parti e il tutto*”¹⁰, giacché i “*principi ipostatizzati, divengono rami secchi.*”.

Poche parole, come è dei Maestri, per un manifesto di metodo.

Il contesto ordinamentale, oggi, più di allora, consente di riferirsi agli statuti speciali (a mio avviso, necessariamente, *al plurale*) della nullità, intesi come discipline differenziate di un istituto unitario, in funzione delle sottostanti *rationes* normative. Discipline prive, tuttavia, di tratti di eccezionalità, poiché tutte attuano, specificandolo, il principio di autonomia, nel comune, presupposto contesto apicale degli artt. 3, secondo comma, e 41, secondo comma, Cost..

Discipline, dunque, *speciali* in senso tecnico, suscettibili di ridefinire - in un rapporto di costante “*reciproco condizionamento*”¹¹ - i confini tra la disciplina generale e quelle di settore; nonché capaci di analogia *legis*, intesa in un duplice senso.

⁹ In tema v.: N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979: “L'età della decodificazione (...) è dinanzi agli occhi nella nettezza della sua fisionomia. Il codice civile ha perduto il carattere di centralità nel sistema delle fonti: non più sede di garanzie dell'individuo, ormai svolte dalla Costituzione; non più sede di principi generali, ormai espressi, per singole categorie di beni o classi di soggetti, dalle leggi esterne”; ID., *L'età della decodificazione. “L'età della decodificazione vent'anni dopo”*, Milano, 1999; ID., “*Codici di settore: compimento della “decodificazione”*”, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2005, p. 17 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984; A. TRABUCCHI, *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 703 ss.; G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 313 ss.; A. FOGLIA, *I codici di diritto privato in un mondo che cambia*, Torino, 2007; R. SACCO, *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in Aa.Vv., *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ. - Agg., vol. IV, Milano, 2010, p. 319 ss..

¹⁰ Cfr. G. BENEDETTI, *Presentazione* (del libro di G. Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., p. VI-VII); ID., *Negozi giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 573 ss.; ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali*, Napoli, 1997.

¹¹ Ancora G. BENEDETTI, *Negozi giuridico e iniziativa economica privata*, cit. p. 573 ss.; ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali*, cit.. Sul rapporto evolutivo tra istituti e categorie, nel mutato quadro delle fonti, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.





Quello, amplissimo, del dar fondamento sistematico a nuove ipotesi di nullità virtuale; quello più ristretto, ma non meno rilevante, del consentire la circolazione dei modelli disciplinari. E l'esperienza, anche giurisprudenziale, si è evoluta in questo senso¹².

¹² L'impiego della analogia è lo strumento interpretativo che ha permesso, negli anni, di precisare il regime di una serie di ipotesi di nullità extracodicistiche, che presentavano elementi di specialità rispetto al regime ordinario, pur difettando di una disciplina compiuta. L'ambito privilegiato di applicazione dell'analogia ha riguardato il profilo della rilevabilità officiosa della nullità. Si pensi, in particolare, all'art. 127 TUB: tale disposizione, nella versione originaria del d.lgs. n. 385/1993 prevedeva che la nullità potesse "essere fatta valere solo dal cliente", senza chiarire se essa fosse anche rilevabile d'ufficio dal giudice. Il testo originario della disposizione è stato poi modificato ad opera dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 141/2010, il quale ha esplicitamente previsto la rilevabilità d'ufficio della nullità, aggiungendo che il rimedio opera a vantaggio del cliente. Benché il profilo della legittimazione non sia più esplicitamente contemplato, non si dubita che trattasi di ipotesi di nullità relativa, in coerenza con la *ratio* protettiva della stessa. Probabilmente, il legislatore è intervenuto in questi termini al fine di allineare la previsione dell'art. 127 TUB a quella dell'art. 36, comma 3, cod. cons., che nel frattempo è divenuto norma paradigmatica delle nullità speciali di protezione. Ma prima della descritta novella, la rilevabilità d'ufficio della nullità dell'art. 127 TUB era discussa. Secondo l'orientamento all'epoca prevalente in dottrina e in giurisprudenza, nondimeno, la rilevabilità d'ufficio era stata comunque affermata, sia pure nel solo interesse del cliente, proprio ragionando sulla *eadem ratio* di disciplina della nullità delle clausole abusive, pacificamente rilevabile d'ufficio. Espressiva di tale approccio interpretativo è un pronuncia del Pretore di Bologna del 1999: «Le nullità previste dal titolo VI, capo III, del testo unico in materia bancaria (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) possono essere fatte valere solo dal contraente; tuttavia, debbono essere rilevate dal giudice quando siano protettive, cioè, si traducano in un vantaggio per il cliente-consumatore. La valutazione dell'interesse va effettuata in riferimento alla situazione concreta derivante dall'esame delle domande ed eccezioni fatte valere in giudizio» (così Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, n. 872, in *Corr. giur.*, 1999, p. 600 ss.; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 726, con nota di A. GUCCIONE, *Il credito al consumo finalizzato all'acquisto di beni tra testo unico bancario e norme in materia di clausole abusive*). Cfr. anche quanto già osservato in G. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 460 ss. La pronuncia ricordata, peraltro, riecheggia un arresto delle Sezioni Unite, di poco precedente, con il quale è stato affermato che la rilevabilità d'ufficio della nullità costituisce la regola da applicare in tutti i casi in cui il giudice non sia espressamente privato di tale potere da una espressa previsione normativa (cfr. Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Giur. it.*, 1999, p. 521 ss.; in *Corr. giur.*, 1999, p. 1007 ss.). Ad ogni modo, sulla linea tracciata dalla citata pronuncia della Pretura di Bologna, si è inserito un consolidato orientamento dell'Arbitro Bancario Finanziario: ABF Milano, 30 settembre 2011, n. 1993; ABF Milano, 6 giugno 2012, n. 1927; ABF Roma, 24 settembre 2012, n. 2062; ABF Roma, 12 febbraio 2013, n. 810; ABF Roma, 29 novembre 2013, n. 6182, tutte consultabili su www.arbitrobancariofinanziario.it. L'applicabilità analogica dell'art. 36, comma 3, cod. cons. continua a essere attuale con riferimento all'art. 23 TUF, per il

Le nullità speciali sono dunque, anzitutto, nullità; non sono generiche figure di inefficacia, né, tantomeno, ipotesi di annullabilità del contratto¹³.

quale, al pari del testo originario dell'art. 127 TUB, il legislatore, che pure si esprime chiaramente in termini di relatività dell'azione, non ha previsto riguardo al profilo della rilevabilità officiosa. In questo caso, non solo si ritiene applicabile per analogia la citata disposizione del codice del consumo, ma, ancor di più, alla medesima conclusione si perviene ragionando sulla *eadem ratio* di disciplina dell'art. 127 TUB, poiché tanto il mercato finanziario quanto quello bancario pongono simili problemi di tutela per i clienti (cfr. spec. 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, Torino, 2014, p. 2470 ss.). La praticabilità di tale interpretazione analogica ha trovato infine chiaro riconoscimento nelle ricordate Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit.. Si ricorda, infine, che l'impiego dell'analogia ha riguardato non solo il profilo della rilevabilità d'ufficio della nullità, ma, prima ancora, quello della relatività dell'azione. Numerose le pronunce di merito e di legittimità che, nel valorizzare la *eadem ratio*, consistente nello squilibrio non eventuale, ma strutturale, tra le parti contraenti, hanno predicato l'applicazione analogica della legittimazione relativa a varie ipotesi di nullità, sia testuali sia virtuali, connotate da *rationes* compatibili con l'art. 127 TUB che, come detto, nel testo originario ante riforma del 2010, limitava chiaramente la legittimazione ad agire al solo cliente. Cfr. Cass., 5 maggio 1980, n. 2928, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1627; App. Bologna, 23 dicembre 1981, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 61; Cass., Sez. Un., 18 ottobre 1982, n. 5394, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 869 ss.; Cass., 9 agosto 1983, n. 5317, in *Foro it.*, 1984, I, c. 180; Cass., 9 febbraio 1985, n. 1057, in *Arch. loc.*, 1985, p. 479 ss. In dottrina v.: M. NUZZO, *Sulla rilevabilità d'ufficio della forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, p. 2239 ss.; A. BONFILIO, V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, in *I contratti in generale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, p. 463 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., spec. p. 176-189; G. VIDIRI, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2465 ss.; G. GIOIA, *Nuove Nullità relative a tutela del contraente*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1334 ss.; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 686 ss.

¹³ Sono ormai lontani i tempi della polarizzazione del sistema delle invalidità secondo gli schemi della civilistica tedesca. Nullità e annullabilità, concepite in vitro e contrapposte nei loro speculari connotati, non sono più categorie antitetichette: piuttosto, è divenuto un luogo comune che esse si collochino lungo una scala graduata di tecniche di tutela (cfr. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Parigi, 1909, in specie p. 178 ss., 271 ss.; A. FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1942; G. CONSO, *Il contratto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, pp. 35-36; P. TRIMARCHI, *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, p. 191 ss.; R. SACCO, voce *Nullità ed annullabilità (Diritto civile)*, in *Novissimo dig. disc. priv.*, 1965, vol. XI, Torino, p. 465 ss.; W. PAWLOWSKI, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, Göttingen, 1966, in specie p.9 ss., 36 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, Muenchen, 1967; H. BEER, *Die relative Unwirksamkeit*, Berlin, 1975; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschaef*, Berlin-Heidelberg, 1979, p. 548 ss.; R.M. BECKMANN, *Nichtigkeit und Personenschutz*, Tübingen, 1998; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1454 ss.). Questa idea, in sé certamente esatta, ha condotto al tentativo, che non mi appare invece condivisibile, di

E, a mio modo di vedere, non si può prescindere da questi punti fermi per comprenderne il senso e declinarne la disciplina.

In quanto speciali, simili nullità non si esauriscono, come pur un tempo si reputava, in un sovrastante e unitario pubblico interesse: il quale, nel concreto atteggiarsi delle tecniche di tutela, ben può divenire “*ratione publicae utilitatis secundario*”¹⁴. Ma in quanto nullità, in esse non può difettare un processo di sintesi tra l’interesse pubblico e gli interessi particolari volta a volta protetti, i quali rilevano non solo in sé, ma in funzione di una appartenenza categoriale. Sicchè si apprezza, immancabilmente, un interesse generale al fondamento di un simile ordine pubblico di protezione: sintesi che, se da un lato, reclama *effettività* per gli interessi in giuoco, dall’altro, *non consente la tutela incondizionata di uno solo tra di essi*.

Come vedremo, il discorso, con i corollari applicativi dei quali dirò, ruota attorno a questa considerazione semplice, eppure fondamentale.

Al riguardo sono univoche le fonti apicali interne ed europee. In esse rileva il rapporto, consustanziale, istituito principalmente dall’art. 41 Cost., tra la libertà di iniziativa – intesa, per quanto ci occupa, nel suo estrinsecarsi quale autonomia privata - e l’utilità sociale. E ancora, rilevano i principi di *effettività*, *dissuasività* e *proporzionalità*, ormai ben saldi nelle fonti positive e nella giurisprudenza dell’Unione¹⁵.

appiattare taluni profili di disciplina delle nullità relative su quella dell’annullabilità. Così, come ho già ricordato, se ne è in particolare sostenuta la convalidabilità. Altrove ho già detto perché un simile itinerario non risulti convincente e la Corte di Giustizia si è mostrata dello stesso avviso (cfr. G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Pers. e merc.*, 2012, 1, p. 24 ss.).

¹⁴ Vedi ancora A. ESMEIN, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, cit., p. 248 ss..

¹⁵ È esplicito il loro riconoscimento nelle fonti europee, che così esercitano ormai un forte condizionamento delle tecniche di tutela, su cui, per tutti, P. PIOVANI, voce “*Effettività (principio di)*”, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 420 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio in diritto continentale*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in contract. The common rules for a European law*, Padova, 2008, p. 152 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; N. IRTI *Significato giuridico dell’effettività*, Napoli, 2009; C. MAK, *Rights and Remedies – Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in H.W. Micklitz (edited by), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014, p. 236 ss.; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. e merc.*, 2015, 4, p. 112 ss.; G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. e merc.*, 2015, 1, p. 5 ss.; ID., voce “*Effettività delle tutele (diritto civile)*”, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381 ss.; ID., *Il diritto a un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Pers. e merc.*, 2017, 1, p. 15 ss.; ID., *Effettività tra legge e diritto*, Milano, 2020; D. IMBRUGLIA, *Effettività della*

Si protegge il consumatore, il cliente - della banca, dell’assicurazione, dell’impresa turistica, dell’intermediario finanziario - l’impresa in condizioni di dipendenza economica, il promittente acquirente di immobili da costruire, e così via, concretizzando, sì, la tutela in termini individuali, ma sull’immancabile presupposto della ascrivibilità di un tale soggetto ad una categoria altrimenti sottoprotetta, quindi in vista della funzionalità del relativo mercato.

Tutto ciò si riflette non solo sul fondamento della specialità della tutela, ma sui limiti di essa, proprio in ragione della necessaria sintesi tra gli interessi in conflitto.

E’ un quadro preciso, nel quale anche la tutela restitutoria deve declinarsi.

3. Il diritto vivente: la causa petendi dell’indebito oggettivo e la insensibilità dell’azione all’ampiezza della legittimazione alle impugnative negoziali.

Torniamo così al tema delle restituzioni, in correlazione con uno dei tratti salienti di disciplina delle nullità speciali: la relatività della legittimazione all’azione¹⁶.

L’idea, ora affermata dalle Sezioni unite, è dunque quella di un automatico riflesso della relatività della legittimazione sulla disciplina dell’indebito. Quest’ultima non troverebbe applicazione per il contraente non legittimato

tutela: una casistica, in *Pers. e merc.*, 2016, 2, p. 62 ss.; C. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civile Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2017, p. 575 ss.; I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, p. 355 ss.; F. CAFAGGI, *On the Transformations of European Consumer Enforcement Law: Judicial and Administrative Dialogues, Instruments and Effects*, in *Judicial Cooperation in European Private Law* (edited by F. Cafaggi and S. Law), Edgar Elgar, 2017; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss..

¹⁶ Per una indagine sul profilo della relatività e della sua dibattuta compatibilità con la qualificazione del rimedio in termini di nullità, si vedano: F. CARIOTA FERRARA, *Annulabilità assoluta e nullità relativa (Un contributo alla teoria della invalidità dei negozi giuridici)*, in *Studi Scorza*, Roma, 1940, p. 80 ss.; L. PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 482 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit.; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d’ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 4, p. 685 ss.; A. ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all’azione e rilevabilità d’ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 10, p. 691 ss..

all'azione di nullità, il quale non potrebbe "avvalersi degli effetti diretti di tale nullità" e non sarebbe "legittimato ad agire, in via riconvenzionale od in via autonoma, per la ripetizione dell'indebito, evocata dall'art. 1422 e disciplinata dall'art. 2033 cod. civ..".

Il postulato dal quale muove un tale argomento è evidente: la ragione della pretesa restitutoria – quindi la nullità relativa del contratto, con la sua *ratio* protettiva - si rifletterebbe sulla sua disciplina, con una corrispondenza univoca tra legittimazione relativa (e se si vuole operatività "a vantaggio")¹⁷ e disattivazione della tutela restitutoria per l'altro contraente.

Mi sembra un'affermazione non sottoposta ad un adeguato vaglio sistematico.

E non, si badi, perché sia scorretto ipotizzare che l'interprete possa trarre dalla *ratio* della nullità corollari disciplinari negli ambiti più svariati. Per le opinioni che ho altrove ampiamente espresso, non posso che condividere un tale processo ermeneutico.

Bensì per ragioni, direi, di insopprimibile coerenza del sistema - nel quadro di una ragionevolezza topica, non sostitutiva della positività dell'ordinamento - che è misura della plausibilità costruttiva.

Le dimensioni e la finalità di questa riflessione consigliano di focalizzare l'attenzione sul formante giurisprudenziale, verificando se esso si presenti – quantomeno - coerente al proprio interno.

Da questo punto di vista, l'enunciazione delle S.U. si pone in stridente contrasto con gli orientamenti consolidati della stessa Corte, in materia di ripetizione per indebito oggettivo.

E, in vero, è costante l'affermazione che "qualora venga acclarata la mancanza di una 'causa acquirendi' – tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente – l'azione accordata dalla legge per

ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione dell'indebito oggettivo; ne consegue che, ove sia proposta una domanda di risoluzione del contratto e il giudice rilevi, d'ufficio, la nullità del medesimo, l'accoglimento della richiesta restitutoria conseguente alla declaratoria di nullità, non mutando la causa petendi, non viola il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato"¹⁸.

Ciò in quanto "la tutela accordata è invero sempre la stessa, anche se le patologie genetiche e funzionali che hanno vulnerato il sinallagma, rendendone necessaria l'attivazione, possono essere diverse"¹⁹.

In termini generali, pertanto, la ragione sulla quale si fonda, volta a volta, la richiesta di restituzione è estranea alla *causa petendi*.

Essa costituisce un *prius* irrilevante ai fini della identificazione dell'azione, la quale è fondata solo sulla insussistenza della *causa acquirendi*, comunque si sia generata. Una tutela, quindi, rigorosamente oggettiva, di reazione dell'ordinamento ad uno spostamento patrimoniale ingiustificato²⁰, quale che ne sia la ragione, che

¹⁸ Cfr. Cass. 1 ottobre 2001, n. 10498, in *Riv. not.*, 2002, II, p. 184 ss.; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27334, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 2; Cass., 9 marzo 2009, n. 5624, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 409 ss.; Cass. 15 aprile 2010, n. 9052, in *Resp. civ.*, 2010, 7, p. 552 ss.; Cass., 7 luglio 2011, n. 2956, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 188 ss.; Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, cit.; Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2014, 26242-26243, cit.. Nella giurisprudenza di merito, per tutte, Trib. Roma, 28 gennaio 2019, n. 2052, in www.dejure.it; Trib. Nola, 14 gennaio 2020, n. 93, in www.dejure.it.

¹⁹ Così Cass. 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Giust. civ.*, 2011, 6, p. 1475 ss.; in *Contr.*, 2011, p. 677 ss., con commento di M. PIROVANO, *Rilevabilità d'ufficio e giudizio di risoluzione*.

²⁰ In generale sulla ripetizione d'indebito si vedano, *ex multis*: G.B. CASTIONI, *Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, p. 340 ss.; G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940; A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, p. 74 ss.; P. SCHLESINGER, voce *Arricchimento (azione di)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 1008 ss.; ID., *Il pagamento di terzo*, Milano, 1961, p. 26 ss.; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962; L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964; M. BARCELLONA, Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1965, I, p. 11 ss.; P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, 1968 p. 1228 ss.; E. MOSCATI, voce *Indebito (pagamento del)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 83 ss., ove anche una ricostruzione, in chiave storica, dell'istituto, anche per i suoi rapporti con l'azione di arricchimento; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, p. 236 ss.; G. LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989; A. SPADAFORA, *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milano, 1996; B. KUPISCH, *Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 857 ss.; A. ALBANESE, *La ripetizione dell'indebito nei modelli di civil law*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2007, p. 844 ss.; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi*

¹⁷ La identificazione della formula della operatività a vantaggio con la relatività della legittimazione ad agire è sostenuta dalla dottrina prevalente: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 707 ss.; M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, cit., p. 86 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protazione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 7, p. 732 ss.; A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 721-722. *Contra*, A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 3, p. 412 ss., secondo il quale la formula della operatività a vantaggio andrebbe riferita non al profilo della legittimazione ad agire, ma al carattere "unidirezionale" dell'inefficacia: «la sentenza che accerta la nullità di una clausola non farà cadere quanto in essa al consumatore non nuoce ed ha ancora funzionalità: è dunque asseverazione della operatività necessariamente parziale, non della legittimazione necessariamente relativa».

comunque non concorre a qualificarne la *causa petendi*.

Sicché la natura delle diverse impugnative negoziali presupposte alla ripetizione degrada a circostanza inidonea a qualificare l'azione restitutoria e a condizionarne la disciplina: conta solo che esse conducano alla elisione, a qualunque titolo, della *causa acquirendi* dello spostamento patrimoniale.

Ciò fonda un ragionamento *a fortiori*.

E invero, una volta ammessa, nel discorso giurisprudenziale, la totale irrilevanza dell'impugnativa esperita - purché il suo accoglimento conduca all'indebito - è gioco forza considerare irrilevanti sia le diversità di disciplina tra una impugnativa e l'altra, sia eventuali varianti di disciplina presenti all'interno di una singola impugnativa. E tra esse, quelle concernenti la legittimazione, assoluta o relativa, alle varie impugnative.

Riflettiamo ulteriormente su questo aspetto.

Il ricordato, costante orientamento della Corte accomuna, nella loro indistinta rilevanza e nella loro ricordata estraneità alla *causa petendi*, le eterogenee ipotesi di "nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto". Azioni, alcune delle quali sono a legittimazione promiscua, cioè sia assoluta che relativa (la nullità e l'annullabilità), mentre le altre sono a legittimazione sempre relativa (rescissione, risoluzione).

Pensiamo, allora, per concretizzare il discorso, ad una di tali azioni: quella di rescissione. Essa certo opera "a vantaggio" del contraente in stato di bisogno o in stato di pericolo. Ma nessuno ha mai dubitato - e lo confermano proprio le citate pronunzie che relegano all'indifferenza la natura dell'azione - che dall'accoglimento della domanda rescissoria consegua, nei ricordati termini oggettivi, la irripetibilità della prestazione da parte del contraente non legittimato all'impugnazione del contratto. Altrettanto è a dirsi nei casi di annullamento per violenza, dolo o errore.

Né si dica che, sotto profili assiologici, sussistono ragioni di interpretazione costituzionalmente orientata che giustificano, per le sole nullità relative, una soluzione diversa. Semmai, sarebbe vero il contrario, sotto un duplice complementare profilo.

Si pensi, tra le azioni citate - che, come detto, pur in presenza di una legittimazione relativa,

contratti (I rimedi restitutori), in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2008, p. 150 ss.; E. BARGELLI, "Sinallagma rovesciato" e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 1, p. 87 ss; G. PASSAGNOLI, *Invaldità del contratto e restituzioni*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 100 ss..

pacificamente fondano la ripetizione bilaterale - ai casi connotati dal maggior disvalore: rescissione, violenza, dolo. In simili ipotesi, le istanze di protezione della persona non sembrano davvero consentire di considerare *potiore*, nel quadro assiologico costituzionale, la protezione del consumatore o dell'investitore rispetto alla libertà di determinarsi del violentato, del *deceptus*, del contraente bisognoso o in stato di pericolo.

In secondo luogo, va qui richiamato quanto osservavo (*retro*, § 2) circa il fondamento e il limite della specialità predicabile alla nullità del contratto.

Nelle nullità speciali vi è un contraente che, lo voglia o meno, è anche portatore di un interesse categoriale che in parte lo trascende: quindi *senza che possa darsi una tutela incondizionata del suo interesse particolare*. Così, se è certo che quest'ultimo reclaims l'effettività - ma ciò vale anche in tutte le altre impugnative a legittimazione relativa - è altrettanto sicuro che ne occorra un più intenso contemperamento con la razionale regolazione del mercato²¹. Ma allora, se davvero dovesse operare la disattivazione della disciplina dell'indebito in presenza di una legittimazione relativa e di una operatività "a vantaggio" della nullità, la ripetizione unilaterale dovrebbe semmai, ed *a fortiori*, trovare applicazione nella rescissione e massimamente nell'annullamento, ove appunto è massima la disponibilità dell'interesse protetto.

Ma la aporia e - mi sia consentito - la forzatura sistematica dell'ipotizzare una correlazione sistematica tra relatività e unilateralità della ripetizione, va oltre; e merita una considerazione ulteriore, fondata, di nuovo, sulla logica che informa la consolidata giurisprudenza della Corte circa la estraneità delle ragioni ripetitorie, rispetto alla *causa petendi* dell'azione. Lo ho già ricordato: "*la tutela accordata è invero sempre la stessa, anche se le patologie genetiche e funzionali [grassetto mio] che hanno vulnerato il sinallagma, rendendone necessaria l'attivazione, possono essere diverse*"²².

Nullità e risoluzione, dunque, nel discorso giurisprudenziale, si equivalgono, nel loro comune condurre alla elisione della *causa acquirendi*.

Resta allora da spiegare per quale ragione la asserita disattivazione della ripetizione bilaterale

²¹ Non a caso, per la nullità, la legittimazione relativa e la parzialità necessaria, si coniugano con la rilevabilità d'ufficio, la imprescrittibilità, la insanabilità: sul punto, anche per gli appropriati riferimenti a dottrina e giurisprudenza, G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, cit., p. 24 ss..

²² V., ancora, Cass. 7 febbraio 2011, n. 2956, cit., e, in generale, *retro*, note 18-19.





non figuri affatto nei rimedi risolutivi, generali e speciali.

Anzi, proprio la disciplina positiva delle restituzioni conseguenti alla risoluzione di contratti connotati dalla medesima *ratio* di protezione, depone evidentemente nel senso contrario.

Si pensi al regime delle restituzioni conseguenti alla risoluzione della compravendita di beni di consumo: in tal caso, ai fini della ripetizione della somma pagata, si tiene conto dell'*uso* che del bene sia stato fatto (art. 130, commi 7 e 8, cod. cons.); segno che il bene deve essere restituito. E dunque, se, paradigmaticamente, la risoluzione, rimedio pacificamente a legittimazione relativa, del più comune contratto di consumo conduca ad una ripetizione bilaterale, non si comprende – almeno restando nelle coordinate del discorso giurisprudenziale – perché ciò dovrebbe negarsi nell'ipotesi di nullità relativa del medesimo contratto.

Di certo, non vale a giustificare la ripetibilità unilaterale, nel solo caso di nullità relativa, la disciplina (artt. 1433, 2039 c.c.) dell'indebito ricevuto dall'incapace²³. In essa, infatti, la ripetizione bilaterale è *testualmente* presupposta dal legislatore; a riprova, semmai, del fondamento oggettivo della *condictio indebiti*. L'azione restitutoria è dunque esperibile, ma viene piegata nel suo concreto esercizio – se vogliamo nel *quantum* – alla logica dei fatti, laddove il legislatore recepisce nella fattispecie, tramite una presunzione relativa, una massima d'esperienza: quella che l'incapace, di norma, possa disperdere l'utilità della prestazione. Ma su ciò tornerò, anche in termini costruttivi, al paragrafo seguente.

Giova qui, semmai, un'ultima conferma positiva della asistematicità del supposto principio di ripetizione unilaterale. La bilateralità delle ripetizioni sussiste anche e proprio in paradigmatiche ipotesi testuali di limitazione della ripetizione, nella legislazione di settore: dall'art. 125

bis TUB, per la nullità dei contratti di credito al consumo; all'art. 67 *septiesdecies* cod. cons., relativo alle sanzioni in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Simili discipline, a ben vedere, più che negarla, confermano – nel limitarla a determinati effetti – la ripetibilità bilaterale.

Così è nell'art. 125 bis TUB, ove è disposto che in caso di nullità il “*consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate.*”, quindi egli è certo tenuto a restituire – almeno – quelle utilizzate.

Così è ancora nell'art. 67 *septiesdecies*, quinto comma, cod. cons.: giacché tale nullità “*può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto*”.

Le parti dunque, non il solo professionista.

E la deroga a tale bilateralità, per i soli contratti di assicurazione (corrispondentemente a quanto dispone l'art. 167, comma 2, cod. ass.), quindi proprio in ragione della singolarità funzionale di questi²⁴, conferma semmai, al di fuori di tali casi, la *generalità* dell'obbligo restitutorio reciproco.

24 All'assicurato è riconosciuto, infatti, il diritto di pretendere le indennità spettantigli per i sinistri verificatisi prima dell'accertamento della nullità, mentre l'assicuratore è tenuto a restituire tutti i premi percepiti dopo la conclusione del contratto, senza poter ottenere dalla controparte la restituzione delle indennità. Per un'analisi delle peculiarità dell'art. 167, comma 2, cod. ass. e dell'art. 67 *septiesdecies* cod. cons., v.: A. LA TORRE, *La disciplina giuridica dell'attività assicurativa*, I, Milano, 1987; A. ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 228 ss.; M. ROMA, *Vendita a distanza di servizi finanziari, regime sanzionatorio*, in *Dir. ed econom. ass.*, 2006, 2, p. 465 ss.; R. CAVALLO BORGIA, *I contratti di assicurazione (artt. 165-175)*, in S. Amorosino, L. Desiderio (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commento sistematico*, Milano, 2006, p. 333 ss.; S. LANDINI, *Abusivismo assicurativo: aspetti penalistici del codice delle assicurazioni private*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 672 ss.; S. PIZZOTTI, *Le conseguenze dell'abusivismo assicurativo sul contratto di assicurazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2, p. 481 ss., secondo il quale tale disposizione costituisce «una palese deroga al principio *quod nullum est, nullum producit effectum*: in effetti, in virtù di tale disposizione, il contraente, l'assicurato e il beneficiario della prestazione assicurativa si sottraggono a qualsiasi obbligo di restituzione e conservano a pieno titolo le somme già ricevute»; V. SANGIOVANNI, *Attività assicurativa e di intermediazione assicurativa e abusivismo*, in *Dir. ed econom. Ass.*, 2010, 2, p. 333 ss.; P. CORRIAS, *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta, responsabilità*, in *Ass.*, 2011, p. 391 ss.; A. MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civile indirette*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 5, p. 338 ss., il quale afferma che la nullità del contratto di assicurazione «non assolve la funzione di rimedio (o di protezione), (...), ma viene ad assumere i connotati di una

²³ La questione è efficacemente scandita da S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integrità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *Pers. e merc.*, 2019, 4, p. 123 ss., il quale osserva che «il diritto comune già pratica un'irripetibilità unilaterale che torna ad essere una ripetizione bilaterale, riaccoci al punto!, se la controparte dell'incapace riesce a dare la prova del vantaggio percepito: vantaggio che funge da unità di misura del credito restitutorio del *solvens*». È dato leggere altresì che «quella tratteggiata dagli artt. 1443 e 2039 c.c. è il prototipo di una tutela restitutoria di protezione, *species* di un *genus* che, se già contempla dei *limiti* quantitativi alla restituzione, non può disconoscere l'inserzione di un *limite* alla cancellazione degli effetti rampollante automaticamente dalla nullità di un contratto asimmetrico». Cfr. anche D. IMBRUGLIA, *La nullità selettiva tra vantaggio del cliente e paralisi delle restituzioni*, in *Pers. e merc.*, 2020, 1, p. 3 ss.

4. Ripetizione, “deterioramento” della prestazione, prossimità della prova.

270 Per chi condivida i rilievi svolti, il principio di corrispondenza tra legittimazione relativa e disattivazione della tutela restitutoria per l'altro contraente, enunciato dalle S.U., risulta falsificato in prospettiva sistematica.

E il discorso, per la limitata finalità *destruens* che mi ero proposto, potrebbe finire qui.

Non mi sottrarrò comunque ad uno spunto costruttivo, riservandomi di riprenderlo in un prossimo scritto.

La domanda che occorre porsi, giunti a questo punto, è se la tutela dell'investitore in buona fede, a fronte della nullità formale del contratto quadro di investimento, costituisca un falso problema.

Non direi.

Solo che il ragionamento, in chiave costruttiva, va diversamente orientato, muovendo dall'assunto della bilateralità delle ripetizioni che ne conseguono.

Una soluzione del problema passa, a mio modo di vedere, dal corretto inquadramento delle restituzioni nella trama del terzo comma dell'art. 2037 c.c.: l'*accipiens* di buona fede non risponde del “deterioramento” dell'oggetto della prestazione “*se non nei limiti del suo arricchimento*”. Il criterio normativo è chiaro: l'obbligo restitutorio è commisurato all'“*arricchimento*”, ove l'oggetto della prestazione indebita si sia frattanto deteriorato.

Il riferimento testuale alla “*cosa determinata*” non costituisce certo un ostacolo rispetto alla fattispecie degli strumenti finanziari. In altra occasione²⁵ ho evidenziato la ampia suscettibilità analogica di tale disposizione, *independentemente dalla natura della prestazione*.

E tale considerazione può essere avvalorata, con riferimento alle stesse prestazioni pecuniarie, con un argomento sistematico. Lo si trae proprio dal complesso delle disposizioni riguardanti le prestazioni a favore dell'incapace, che in questa limitata prospettiva meritano di essere recuperate all'argomentazione.

vera e propria nullità-sanzione (o nullità di punizione), in quanto uno dei contraenti si trova in questi casi ad avere compiuto un'attribuzione patrimoniale per uno scopo liberale senza averlo voluto (...), attesa la asimmetria del debito restitutorio conseguente alla dichiarazione di nullità del contratto».

²⁵ In quel caso, con riferimento alle obbligazioni di fare, cfr., G. PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, cit., p. 100 ss..

Negli artt. 1190, 1443, 1950, oltreché 2039 c.c., vi è un dato unificante, che consente di commisurare ora la efficacia estintiva della prestazione, ora le ripetizioni, ora il regresso, nei limiti del “vantaggio” conseguito dall'incapace. E nell'art. 1950 c.c., è pacifico che l'oggetto del regresso fideiussorio nei confronti del debitore incapace concerna una *obbligazione pecuniaria*.

Con una conseguenza rilevante²⁶. Il criterio di composizione del conflitto tra l'interesse a computare, ai vari fini menzionati, la prestazione per il suo valore oppure per l'utilità ritrattane dall'*accipiens*, viene risolto costantemente a favore di quest'ultima opzione. E la soluzione non è influenzata dalla natura, persino pecuniaria, della prestazione.

Ciò consente, appunto, il più esteso impiego analogico del terzo comma dell'art. 2037. In tale prospettiva, la perdita di valore dello strumento finanziario appare omogenea al “*deterioramento*” della cosa: giacché in entrambi i casi si tratta di determinare le conseguenze del *rischio* di deprezzamento sull'oggetto della prestazione indebita. La regola potrà dunque essere la stessa.

Con una importante precisazione, sul piano dell'onere della prova.

Sempre gli artt. 2039 e 1433 c.c. ci offrono un ulteriore spunto costruttivo²⁷: il *solvens* è in astratto sempre legittimato a ripetere, ma in concreto deve *vincere la presunzione* di inutilità della prestazione, dimostrando se, e in che limiti, l'indebito sia andato a vantaggio dell'incapace. Vi è una costruzione della fattispecie restitutoria che compone il conflitto degli interessi attraverso il giuoco delle *regole probatorie*, vero *Leitmotiv* degli artt. 1433 e 2039 c.c. (nonché, 1190 e 1950), facendo applicazione del principio di *prossimità della prova*²⁸.

²⁶ Ciò al di là della pur diversa estensione che le nozioni di vantaggio ed arricchimento possano assumere in concreto, su cui, E. MOSCATI, voce *Indebito (pagamento del)*, cit., p. 83 ss..

²⁷ Benché non nella prospettiva, già criticata (*retro*, § 3) del fondare una ripetibilità soltanto unilaterale. Anzi. In tali disposizioni *la ripetizione bilaterale è presupposta* dal legislatore, per quanto temperata, nella sua estensione alla logica del “vantaggio” conseguito dall'incapace. Una fattispecie dunque costruita sulla presunzione relativa che l'incapace, di norma, possa disperdere l'utilità della prestazione. Ma vedi ancora S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integrità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *Pers. e merc.*, 2019, 4, p. 123 ss..

²⁸ Numerose sono le applicazioni giurisprudenziali del principio di prossimità della prova, che ha assunto rilevanza di criterio centrale nella valutazione dell'onere probatorio dopo Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, con commento di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono*





La rilettura sistematica dell'art. 2037 - alla stregua di tale principio - offre dunque un modello per la soluzione del problema affrontato dalle S.U., senza enunciare, come invece a mio avviso si legge in sentenza, una selettività solo di facciata²⁹. E senza necessità di assimilare, in modo corrivo, l'investitore all'incapace.

Col che, conclusivamente, ove si reputi che la nullità del contratto quadro travolga necessariamente tutti gli ordini di investimento³⁰, diviene agevole ipotizzare che:

- (i) da un lato, l'investitore sia legittimato a ripetere l'intera prestazione effettuata a favore dell'intermediario,
- (ii) dall'altro, resti ferma la ripetibilità bilaterale delle prestazioni, e

un altro; in *Foro it.*, 2002, I, p. 769 ss., con commento di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti e onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammendo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 349 ss., con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*. E vedi anche, Cass., 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Corr. giur.*, 2006 4, p. 492 ss.; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2308, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 11, p. 1252 ss.; Cass., 25 ottobre 2007, n. 22361, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Obbligazioni in genere*, n. 70; Cass., 9 agosto 2013, n. 19146, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass., 5 novembre 2013, n. 24801, in *Ragiusan*, 2014, p. 357 ss. In dottrina, per un inquadramento: G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 1974; S. PATTI, voce *Prova - I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 9 ss.. Più di recente, con specifico riferimento alla c.d. vicinanza: M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 687 ss.; M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, in *Commentario Cicu-Messineo-Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2012, p. 248 ss.; M.C. VANZ, *Onere della prova e vicinanza della prova nelle liti IP*, in Giussani (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, p. 175 ss.; A.A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, p. 659 ss.; C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1383 ss.. Il principio di vicinanza della prova è stato positivizzato dal codice del processo amministrativo (art. 64, commi 1 e 3), nella parte in cui fa riferimento agli elementi di prova nella "disponibilità" delle parti; su ciò: G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2010, p. 478 ss.; F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 911 ss..

²⁹ Le S.U., a ben vedere, riconoscono solo in astratto l'ammissibilità della nullità selettiva, giacché dopo averla enunciata, anziché limitare il loro angolo visuale alla porzione negoziale selezionata dall'attore, estendono il loro sguardo sull'intera operazione, laddove considerano indispensabile il computo degli effetti degli "ordini non coinvolti nell'azione", in "funzione di riequilibrio effettivo endocontrattuale", facendone oggetto di una eccezione, in senso lato, di buona fede, grazie alla quale si perviene al medesimo risultato algebrico delle due ripetizioni contrapposte, con compensazione dei vantaggi e delle perdite prodottesi.

³⁰ *Retro*, nt. 2.

- (iii) l'intermediario possa ripetere le proprie, tuttavia, esso possa farlo solo nei limiti dell'arricchimento che egli provi essersi prodotto a vantaggio dell'investitore in buona fede. Quindi, non per il valore originario dell'investimento, ma solo per quello che la prestazione conservi al tempo della ripetizione, compensando tuttavia - data l'unitarietà dell'operazione - il deprezzamento di determinati strumenti finanziari con l'eventuale apprezzamento di altri;
- (iv) ove poi l'investitore sia in mala fede, egli, allorché promuova - ferma la relatività dell'impugnativa - l'accertamento della nullità, potrà subire, nei sensi disciplinati dall'art. 2037, secondo comma, c.c., la ripetizione in misura corrispondente alla prestazione originaria, sopportando quindi i rischi di deprezzamento dello strumento finanziario.

Ciò conduce, nel complesso, ad una composizione degli interessi coerente col fondamento delle nullità speciali. Il quale non consiste affatto, per quanto detto, nella tutela incondizionata del contraente protetto.

Piuttosto, e in convincente prospettiva deontologica: salvaguardia ad un tempo del particolare e della razionalità del mercato; tutela della buona fede, repressione della mala fede.

Senza enunciare un principio iniquo ed estraneo al sistema: quello della ripetibilità unilaterale.

E senza utilizzare - in luogo delle regole degli istituti, vivificate nel sistema dei principi - la buona fede oggettiva come *commodus discessus* argomentativo, dilatandone il già rilevante ambito di applicazione³¹ sino a renderlo implausibile.

³¹ Proprio sulla indubitabile rilevanza della buona fede - ma, direi, presa sul serio e non abusata - v. ancora, G. VETTORI, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo. L'evoluzione della buona fede*, cit., p. 28 ss..