

*Alla mia famiglia, che mi è sempre stata vicina, mi ha sostenuto e ha
sempre creduto in me.*

*A tutti i miei amici, che mi hanno saputo regalare tanti sorrisi e ricordi
indimenticabili nel corso di questi anni.*

*Al “gruppo follia” con cui ho condiviso buona parte del mio studio e delle
mie fatiche, ma anche delle mie gioie e dei miei successi: vi voglio bene ragazze.*

*A tutte le persone speciali che mi hanno accompagnato, non importa se per
tanto o per poco, in questo percorso, riuscendo sempre a vedere quanto di bello c'è in
me.*

*Al mio cucciolo Max, insostituibile compagno di avventure, instancabile
giocherellone e temibile guardiano, incapace di parlare ma sempre disposto ad
ascoltarmi, capace di leggere nel profondo della mia anima.*

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO



CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA
A.A. 2023/2024

TESI DI LAUREA IN DIRITTO BANCARIO
NULLITÀ PER VIOLAZIONE DI NORME IMPERATIVE E ORDINE
PUBBLICO ECONOMICO NEI CONTRATTI BANCARI

RELATORE: CHIAR.MO PROF. MATTEO DE POLI

LAUREANDO: MARCO NICOLETTI
MATRICOLA N. 1223615

INDICE

<u>PREFAZIONE</u>	11
1. OGGETTO, CONFINI E FINALITÀ DELL'INDAGINE SVOLTA	11
<u>CAPITOLO I</u>	17
<u>LA NULLITÀ VIRTUALE: ORIGINE, DISCIPLINA E CARATTERISTICHE</u>	17
1. LA NULLITÀ VIRTUALE: ORIGINE E DISCIPLINA GENERALE	18
2. IL “MISTERO DELLA NULLITÀ VIRTUALE”	25
2.1. LE TEORIE PROSPETTATE IN DOTTRINA	26
2.2. I PRINCIPI INDIVIDUATI DALLA GIURISPRUDENZA	38
<u>CAPITOLO II</u>	47
<u>LA NULLITÀ VIRTUALE NELL'ORDINAMENTO BANCARIO: CARATTERISTICHE E PROFILI PROBLEMATICI</u>	47
1. LA NULLITÀ PER VIOLAZIONE DI NORME IMPERATIVE NELL'ORDINAMENTO BANCARIO TRA TUTELA DEL MERCATO, TUTELA DEL CONTRAENTE E REGOLAMENTAZIONE AMMINISTRATIVA	49
1.1. VOCAZIONE PUBBLICISTICA E NATURA REGOLAMENTARE DEL DIRITTO BANCARIO	57
1.2. TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE: LA NULLITÀ VIRTUALE DI PROTEZIONE .	61
1.3. NORME DI VALIDITÀ E NORME DI COMPORTAMENTO.....	83
1.4. LA NULLITÀ VIRTUALE NELL'ORDINAMENTO BANCARIO – RICAPITOLAZIONE.	93

2. NULLITÀ PER VIOLAZIONE DI NORME IMPERATIVE E ORDINE PUBBLICO ECONOMICO: UN PROBLEMA DEFINITORIO.....	94
<u>CAPITOLO III</u>	105
<u>GIUDIZIO DI NULLITÀ VIRTUALE E “BANCARIETÀ” DEL CONTRATTO</u>	105
1. SUI CRITERI DI SELEZIONE DELLA FATTISPECIE CONSIDERATA	106
1.1. IL CONCETTO DI “BANCARIETÀ” DEL CONTRATTO	106
1.2. LA FATTISPECIE INDAGATA: IL CONTRATTO BANCARIO A “GEOMETRIA VARIABILE”	110
1.3. PREMessa METODOLOGICA	112
2. L’INFLUENZA DELLA “BANCARIETÀ” DEL CONTRATTO SUL GIUDIZIO DI NULLITÀ VIRTUALE	113
3. CONCLUSIONI.....	126
<u>CONCLUSIONI</u>	129
<u>NORMATIVA DI RIFERIMENTO</u>	135
<u>GIURISPRUDENZA</u>	137
<u>PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITÀ</u>	141
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	143

PREFAZIONE

1. *Oggetto, confini e finalità dell'indagine svolta*

Il contratto è il risultato dell'esercizio dell'autonomia privata. L'agire dei privati è libero, ma non arbitrario: l'agente è cioè libero di manifestare la propria volontà e regolare i propri rapporti giuridici patrimoniali ma entro i limiti fissati dalla legge. Così, infatti, scrive Ferrara nel famoso *incipit* della sua opera più nota: “uno degli aspetti della libertà umana è la libertà contrattuale. La libertà contrattuale, però, non significa arbitrio nei privati di creare o distruggere delle relazioni giuridiche, dal momento che un rapporto di diritto in tanto esiste e può esistere, in quanto vi è un ordine giuridico che ne sanziona la efficacia”¹.

Il contratto è, dunque, un fatto idoneo a regolare rapporti giuridici ma che a sua volta è regolato dalla legge e la cui validità è presupposto della sua forza creatrice dell'effetto giuridico.

Orbene, logica suggerisce che, per predicare la validità di un contratto, bisogna escluderne l'invalidità². Appare dunque di fondamentale importanza disporre di criteri precisi e ben definiti che consentano di affermare con sicurezza la validità del contratto, riconoscendone di

¹ Ferrara F., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Società editrice libraria, Milano 1914, p. 1.

² In tal senso si veda Castronovo C., Mazzamuto S., *Manuale di diritto privato europeo*, vol. 2, *Proprietà obbligazioni contratti*, Giuffrè, Milano 2007, p. 465 ss. dove si legge “l'invalidità è nozione speculare a quella di validità. Invalido è ciò che non è valido...”.

conseguenza la forza innovatrice dell'ordinamento. Com'è noto, nel nostro ordinamento la forma generale e più grave di invalidità è la nullità³, che non a caso è descritta dalla dottrina più autorevole come “l'arma più terribile in mano dell'ordinamento giuridico”⁴. Del resto, è proprio la protezione di interessi “superiori” a giustificare la severa disciplina codicistica della nullità che, ampliando la legittimazione all'impugnazione a “chiunque vi ha interesse”⁵ e precludendo all'atto la produzione di qualsivoglia effetto, è volta a tutelare interessi e valori che il legislatore giudica come incompressibili⁶.

Dato per vero quanto fin qui detto, allora, se dovessimo cercare un punto sul quale dovrebbe esservi la massima certezza, va da sé che questo dovrebbe essere se l'atto di autonomia sia valido o invece nullo.

³ Alpa G., *Manuale di diritto privato*, 12° ed., CEAM, Padova 2023, p. 617 ss.; Bianca M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano 2017, p. 612 ss.; Castronovo C., *op. cit.*, p. 465 ss.; Cecchini A., Amadio G., *Lezioni di diritto privato*, 11° ed., Giappichelli Editore, Torino 2017, p. 197; Di Marzio F., *La nullità del contratto*, CEDAM, Padova 2008, p. 3 ss.; Gentili A., *Rimedi*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo V., IV, 2° ed., Giuffrè, Milano 2022, p. 174; Sacco R., *Nullità e annullabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, Utet, Torino 1995; Torrente A., Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, 24° ed., Giuffrè, Milano 2019, p. 538; Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Giuseppe Trabucchi (a cura di), 49° ed., Wolters Kluwer CEDAM, Milano 2022, p. 182; Tommasini R., *Nullità (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Giuffrè, Milano 1978, pp. 866-909.

⁴ Ferrara F. *op. cit.*, p. 24.

⁵ Così sancisce l'art. 1421 c.c. rubricato “legittimazione all'azione di nullità”.

⁶ Di Marzio F., *Contratto illecito e disciplina del mercato: profili attuali della invalidità contrattuale: nullità speciali, ordine pubblico e attività d'impresa*, Jovene, Napoli 2011, p. 5.

Ebbene, così evidentemente non è⁷.

È, infatti, sufficiente aver riguardo alla disciplina posta dal codice civile agli articoli 1418 e seguenti per rendersi conto che le strade che conducono alla nullità sono molteplici, così come lo sono quelle che conducono ad escluderla. E così, ad esempio, la nullità può discendere dal fatto che vi è una norma espressa che la commina (nullità testuale); che manca l'accordo, la causa, l'oggetto o la forma *ad substantiam*; che la causa o il motivo comune determinante sono illeciti oppure che non sussistono i requisiti dell'oggetto, che vi è un'ipotesi di frode alla legge o, ancora, che vi è nullità di una sola parte, o di una clausola del contratto, che si trasmette all'intero contratto in quanto risulta che "i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto"⁸.

Le ipotesi che conducono alla nullità del contratto, inoltre, non solo sono varie ma, altresì, assumono come parametri del giudizio di invalidità clausole generali i cui esatti confini non sono tracciabili *ex ante* dal legislatore, che, per questo scopo, deve necessariamente affidarsi all'attività dell'interprete. Si pensi, in particolare, all'incertezza che circonda il concetto di illiceità (della causa), di ordine pubblico o, ancora, quello di contrarietà a norma imperativa che non disponga diversamente.

⁷ De Nova G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno* CEDAM, Padova 2011, pp. 255-256. Per un'elencazione quanto più ampia possibile delle ipotesi di nullità nel sistema codicistico si veda Gentili A., *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, vol. 2, Gabrielli E. (a cura di), Utet, Torino 2006, p. 1453.

⁸ Così recita l'art. 1419 co. 1 c.c., secondo periodo.

È proprio quest'ultimo caso a rappresentare il tema qui prescelto, ovverosia la nullità per violazione di norme imperative, con specifico riferimento all'ordinamento bancario.

In tema di nullità per violazione di norme imperative⁹ ex art. 1418 co. 1 c.c., la dottrina e la giurisprudenza sono infatti particolarmente copiose, attesa la rilevanza della questione e la difficoltà di individuare un criterio univoco e condiviso che funga da parametro nel giudizio di nullità.

Sono quindi proprio le incertezze interpretative che avvolgono l'istituto in esame, e che talvolta conducono ad esiti del tutto contrastanti, minando così il valore della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni giurisdizionali, a giustificare il presente elaborato.

Nelle pagine che seguono si cercherà dapprima di dar conto dei tratti essenziali della nullità virtuale, così come configurata dall'art. 1418 primo comma c.c., e del suo inquadramento all'interno del sistema generale delle invalidità. Nel fare ciò si ricostruiranno, seppure necessariamente in via sintetica, le diverse teorie emerse in dottrina e in giurisprudenza. In seguito, si cercherà di mettere in luce le incertezze interpretative e le questioni che l'istituto *de quo* pone all'interno del diritto bancario, quale settore ordinamentale caratterizzato dall'intersecarsi di una pluralità di fonti normative di rango diverso e funzionali alla tutela dei molteplici interessi che sono connaturati alla disciplina dell'attività bancaria, come la tutela

⁹ Anche denominata in dottrina e giurisprudenza “nullità virtuale” (si veda *infra* cap. 1).

della stabilità dell'economia nazionale, la tutela del risparmio, la tutela del contraente debole e, ancora, la tutela del mercato nel suo complesso.

Si avrà quindi, fin da subito, occasione di notare che, calata all'interno di un ordinamento peculiare e complesso dal punto di vista dell'interazione di più fonti normative di rango e matrice differente, com'è sicuramente quello bancario, la nullità virtuale presenta ancor più profili d'incertezza che richiedono una riflessione specifica onde evitare che vengano pregiudicati quei valori ed interessi alla cui protezione è deputato questo settore ordinamentale.

Non si procederà ad un esame dettagliato delle singole fattispecie nel contesto della disciplina specifica in cui esse sono inserite, e non si intende nemmeno fare qui un elenco completo ed esaustivo delle ipotesi di nullità virtuale nell'ordinamento bancario riconosciute dagli interpreti. Il nostro fine è, infatti, quello di capire se la "bancarietà" di un contratto sia, allo stato del diritto vivente, un elemento idoneo a caratterizzare il giudizio di nullità virtuale. Cercheremo, pertanto, di raggiungere l'obiettivo che ci siamo posti mediante un'analisi rigorosa che, dapprima, passerà per la definizione della specifica fattispecie oggetto d'indagine e, successivamente, si tradurrà in uno studio degli elementi e delle tendenze comuni emergenti dalle più rilevanti pronunce della Suprema Corte in tema di nullità virtuale.

CAPITOLO I

-

LA NULLITÀ VIRTUALE: ORIGINE, DISCIPLINA E CARATTERISTICHE

Sommario: 1. La nullità virtuale: origine e disciplina generale – 2. Il “mistero della nullità virtuale – 2.1. Le teorie prospettate in dottrina – 2.2. I principi individuati dalla giurisprudenza

L'intento del presente capitolo è quello di inquadrare il fenomeno della nullità virtuale all'interno del sistema delle invalidità e di illustrarne le complessità interpretative. Per questi fini si cercherà, attraverso l'analisi delle più rilevanti teorie prospettate in dottrina, di ricostruire l'origine, il fondamento e le principali caratteristiche dell'istituto in esame. Si passerà poi a delineare un quadro generale dei principi sanciti dalla giurisprudenza in tema, fornendo così gli strumenti teorici utili per il prosieguo dell'analisi che si condurrà nei successivi capitoli.

1. *La nullità virtuale: origine e disciplina generale*

L'articolo 1418 del codice civile, nel disciplinare le cause di nullità del contratto, così stabilisce: “il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge”.

La norma in esame, dunque, come si nota, disciplina tre diverse ipotesi di nullità del contratto¹ che così si possono riassumere:

(i) Il contratto è nullo nei casi in cui la legge lo prevede espressamente (nullità testuale)².

(ii) Il contratto è nullo quando manca dei requisiti essenziali, ossia quando la causa è illecita, quando il motivo comune e determinante è illecito, quando l'oggetto non è

¹ Oltre ai riferimenti bibliografici di cui alla nota n. 3 della prefazione, si richiama qui *Art. 1418 c.c. – Cause di nullità del contratto*, in *Codice civile commentato* a cura di Bonolini G., Confortini M., Granelli C., in *One legale*, Trapuzzano C., *Art. 1418 – Cause di nullità del contratto*, in *Codice civile commentato*, Giuffrè (De Jure).

² Si è osservato in dottrina che la nullità testuale esprime “la massima signoria del legislatore sulla nullità” laddove “esso dimostra di non voler rispettare neanche la nullità fattispecie perché la nullità può intervenire dovunque così voglia e disponga il legislatore” (cit. Di Majò A., *La nullità*, in *Il contratto in generale*, vol. 7, Di Majò A., Ferri G.B., Franzoni M. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, M. Bessone (diretto da), XII, Torino 2002, p. 41).

possibile, lecito, determinato o determinabile (nullità per illiceità)³.

(iii) Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salva diversa disposizione di legge (nullità virtuale).

³ Si dà qui brevemente conto della tesi dottrinale che distingue il contratto illecito da quello meramente illegale. La dottrina maggioritaria (così, ad esempio, Di Marzio F., *op. cit.*, pp. 123-124; *Idem*, *La nullità del contratto*, *op. cit.*, p. 3) spiega il fatto che la violazione di norme imperative determini la nullità del contratto sulla base del disposto dell'art. 1343 c.c., il quale ricostruisce la nozione di illiceità come contrarietà all'ordine pubblico, al buon costume e alle norme imperative. Posto che la conseguenza dell'illiceità è la nullità e che una delle cause di illiceità *ex art.* 1343 c.c. è la contrarietà a norme imperative ecco che, secondo questa ricostruzione, la violazione di una norma imperativa giustifica la nullità per illiceità del contratto. In tal senso si veda anche Nappi A., *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giustizia civile*, 2008, 5, pp. 1189-1196, il quale afferma che, senza dubbio, “la nullità virtuale del contratto è una nullità per illiceità”.

A fronte di questa ricostruzione, vi è una parte della dottrina (si veda De Nova G., *op. cit.*, pp. 260-261) che sostiene l'opportunità di indagare la ragione della nullità, e così contrappone il contratto illecito, la cui causa è appunto illecita, al contratto contrario a norme imperative la cui violazione non comporta l'illiceità della causa, e che perciò viene definito contratto “illegale”. La conseguenza è che, se il contratto illecito sarà sempre nullo, quello illegale sarà nullo di regola ma non sempre. E l'eventuale disciplina della nullità sarà diversa (tale distinzione, secondo questa tesi, sarebbe posta dall'art. 2126 c.c. in tema di nullità del contratto di lavoro). In senso critico rispetto si veda: D'Amico G., *Nullità non testuale*, in *ED, Annali IV*, Giuffrè, Milano 2011 p. 800; Di Marzio F., *Contratto illecito e disciplina del mercato: profili attuali della invalidità contrattuale: nullità speciali, ordine pubblico e attività d'impresa*, Jovene, Napoli 201, p. 124 ss.; Nappi A., *op. cit.* p. 1189. Per un approfondimento si veda anche la monografia di Perlingieri G., *Negozi illeciti e negozi illegali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2023.

È proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi⁴ che si è soliti parlare sia in dottrina che in giurisprudenza di “nullità virtuale”⁵, in contrapposizione alla nullità “testuale”, ove è il legislatore stesso a sanzionare la violazione di una norma con il rimedio della nullità.

All'articolo 1418, comma primo, c.c., si attribuisce la funzione di comminare la nullità nelle ipotesi in cui la norma imperativa non preveda espressamente le conseguenze della sua violazione. Funzione che, pertanto, a buona ragione, può essere definita di chiusura del sistema delle invalidità. In tal senso la giurisprudenza di legittimità afferma, infatti, che “[...] la norma di cui all'art. 1418 c.c. [...] rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi (assoluti) non si accompagna una previsione di nullità”⁶.

⁴ Come si nota, l'ordine di esposizione dei commi che abbiamo scelto è inverso rispetto a quello previsto dalla norma. La nostra scelta si rifà ad autorevole dottrina (Gentili A., *Le invalidità*, cit., p. 1510) la quale rileva come, in realtà, l'ordine espositivo logico dei tre commi dell'art. 1418 c.c. sia inverso rispetto alla loro collocazione. Infatti, se volessimo leggere la disposizione dal punto di vista dello spazio interpretativo rimesso all'interprete, l'ordine dei commi dovrebbe essere rovesciato. Così riletta la norma, la sua natura di disposizione di chiusura del sistema delle invalidità appare ancora più evidente (ma sul punto si veda *infra*).

⁵ Contrario all'uso di questa espressione è Albanese, che sostiene sia scorretto parlare di nullità *virtuale* laddove sul piano giuridico con tale espressione s'intende legittimare un giudizio di invalidità che prescinde da una specifica valutazione del legislatore (Albanese A., *Non tutto ciò che è “virtuale” è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2012, pp. 510-546).

⁶ Cit. Cass. sent. n. 5311/1979. Si vedano inoltre le recenti Cass. SS. UU. sent. n. 8472/2022; Cass. SS.UU. sent. n. 33719/2022 e le più risalenti Cass. sent. n. 2697/1972. e Cass. sent. n. 1138/1960.

Del resto, la natura di norma di chiusura del primo comma della norma in commento non appare discussa nemmeno in dottrina⁷, dove si afferma anche che essa trova significativi riscontri nell'esame dei suoi precedenti storici⁸. Senza ora addentrarci nell'analisi di tali precedenti storici, che richiederebbe molto tempo ed esulerebbe dal nostro campo di indagine, basti qui richiamare i punti salienti della evoluzione storica dell'istituto in analisi. L'origine della norma viene fatta risalire al diritto romano, in particolare alla costituzione *lex non dubium* del 439 d.C. dell'imperatore Teodosio II⁹, che ha rappresentato il termine di confronto

⁷ Si veda, oltre agli autori già citati, anche Galgano F., *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Libro quarto: obbligazioni art. 1414-1446, a cura di Galgano F., Zanichelli Editore, Bologna 1998, p. 79 ss.; Passagnoli G., *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano 1995, p. 42 ss., secondo cui quando si discute di nullità virtuali si fa riferimento a quelle ipotesi nelle quali "può ammettersi la nullità del contratto per le sua contrarietà a norme imperative sprovviste di testuale comminatoria al riguardo, purchè la legge non disponga una diversa conseguenza o sanzione per la violazione realizzata"; Moschella G., *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione economica*, a cura di Vassalli e Visentini, III, Settembre 1978 – Agosto 1979, Milano 1981, p. 247 ss; Oppo G., *Ordinamento valutario e autonomia privata*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1981, p. 603 ss., nota 19.

⁸ Albanese A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli 2003, pp. 107-117.

⁹ *Ibidem*. Con questa costituzione, l'imperatore Teodosio II abolì la distinzione tra *leges perfectae* (quelle prevedono espressamente la nullità dell'atto vietato), *leges minus quam perfectae* (quelle che lasciano sopravvivere l'atto ma prevedono sanzioni di diverso tipo) e *leges imperfectae* (quelle che pongono un divieto ma non prevedono, in caso di violazione, alcun tipo di sanzione), introducendo una norma generale che completava il sistema stabilendo che tutti i patti contrari ad un qualsiasi divieto dovevano considerarsi *inutilia* e *pro infectis*, anche qualora il legislatore non avesse stabilito le conseguenze della sua inosservanza. La novella, quindi, non prescindeva dall'esistenza di una proibizione testuale della legge, ma escludeva soltanto la necessità di una specifica previsione dell'inesistenza/nullità dell'atto quale conseguenza della

con cui tutto il successivo pensiero giuridico si è dovuto misurare. Fu, però, solo la pandettistica tedesca (in particolare, Pufendorf¹⁰) a ravvisare nella *lex non dubium* un principio logico avente valore universale in grado di risolvere i dubbi posti dall'esistenza di *leges imperfectae* che non stabilivano quale fosse la sanzione per la loro violazione. I risultati raggiunti dall'elaborazione della pandettistica furono poi codificati al § 134 del BGB¹¹, da cui l'articolo 1418 del codice civile italiano del '42 ha preso ispirazione¹². Per quanto riguarda il nostro ordinamento, infatti, la soluzione normativa adottata dall'art. 1418 co. 1 c.c., è tributaria della succitata

violazione del divieto. Anche Passagnoli G., *op. cit.*, p. 42 ss, è concorde nel ricondurre l'origine dell'istituto in esame alla Costituzione teodosiana del 439 d.C.

Inoltre, sul punto si vedano Masi A., *Nullità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano 1978, pp. 864 ss. e Baviera G., *Leges imperfectae, leges minus quam imperfectae e perfectae*, in *Scritti giuridici*, I, Palermo 1909, p. 203 ss.

¹⁰ Nato in Sassonia (Dorfchemnitz) nel 1632 e morto in Prussia (Berlino) nel 1694, Samuel Pufendorf insegnò prima a Heidelberg, dove nel 1660 fu per lui istituita la prima cattedra di diritto naturale presso la facoltà di filosofia e poi a Lund, in Svezia. Viene definito come uno l'autore che nel Seicento ha prodotto la sistemazione più organica del diritto naturale moderno.

¹¹ Il § 134 del BGB così dispone: "ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt", ossia "un negozio giuridico che viola un divieto legale è nullo a meno che la legge non disponga diversamente".

¹² Si veda in tal senso Gentili A., *Rimedi*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo V., IV, 2° ed., Giuffrè, Milano 2022, p. 38, nota 3, dove si afferma che l'influsso del § 134 BGB sull'articolo 1418 c.c. è evidente in quanto i due articoli esprimono, nella sostanza, lo stesso principio. Contrario è Lonardo L., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993, p. 114, il quale afferma che il § 134 del BGB è diversamente orientato rispetto al nostro art. 1418 c.c. e denuncia lo scorretto accostamento delle due disposizioni da parte della dottrina.

elaborazione pandettistica tedesca. La dottrina tedesca aveva infatti raggiunto un risultato teorico molto importante: sia pure riconoscendo che poteva predicarsi la nullità di un atto di autonomia privata in assenza di una specifica previsione legislativa, essa riservava tale scelta al legislatore, la cui volontà doveva ricavarsi *a contrario*, ossia dalla mancanza di una disposizione che escludesse la nullità. Il sistema così delineato era perciò un sistema equilibrato che, da un lato, consentiva di colmare le lacune dell'ordinamento quando questo omettesse di stabilire un'espressa sanzione in caso di violazione di una norma, e che, dall'altro, invece, rispettava la volontà, seppur ricavata indirettamente, del legislatore.

Ecco che laddove parte della dottrina, nell'analizzare l'istituto di cui si va discutendo, afferma che esso affonda le sue radici teoriche nell'elaborazione della pandettistica tedesca, implicitamente recepisce il modello teorico sopra delineato, escludendo, ai fini della comminazione della nullità *ex art.* 1418 co. 1, una valutazione dell'interprete di compatibilità dell'invalidità con la *ratio* del divieto¹³. Peraltro, è evidente che tale

¹³ Si rende qui necessario dar conto di un'altra interpretazione del modello teorico elaborato dalla pandettistica tedesca. Secondo D'Amico G, *op. cit.*, p. 802, il modello teorico approntato dalla dottrina tedesca prevedeva che la nullità potesse essere dichiarata solo qualora l'interpretazione del divieto conducesse a tale conseguenza, e che a tal fine occorresse esaminare di volta in volta la *ratio* del divieto contenuto nella norma imperativa (in tal senso anche Villa G., *Contratto e violazione di norma imperativa*, Giuffrè, Milano 1993). Il dibattito sul punto è ancora aperto e, a fronte di ricostruzioni – come quella di Albanese A. *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli 2003 – che tentano di escludere in radice la valutazione di congruità del rimedio della nullità da parte dell'interprete, altra parte della dottrina (come De Nova G., *op. cit.*; Perlingieri G., *Inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, in *Quaderni de «Il Foro napoletano»*, 5, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2013 p. 93 ss.; Gentili A., *Rimedi, cit.*, p. 38

ricostruzione è funzionale a restringere l'intervento dell'interprete, e cioè del giudice, tutelando così maggiormente il principio di legalità e la certezza del diritto. In ogni caso, sul punto si avrà modo di tornare diffusamente in seguito; qui basti ora ricordare che la natura di norma di chiusura del sistema delle invalidità della nullità virtuale è chiaramente confermata sia dalla sua evoluzione storica sia, anche, dai lavori preparatori del codice civile del 1942¹⁴.

Aver chiarito (posto che effettivamente ce ne fosse bisogno) che le ipotesi di nullità che siamo soliti chiamare “virtuali” sono quelle in cui risulta che il contratto viola una “norma imperativa”, senza che tale violazione dia luogo all'illiceità della causa o dell'oggetto (ipotesi di cui all'art. 1418 co. 2 c.c.), e che la disposizione in esame ha natura di norma di chiusura del sistema, non risolve certo il problema dell'interpretazione della norma in questione¹⁵.

Venendo ora in concreto alla disciplina della nullità virtuale, si può affermare che essa consta di tre distinti presupposti¹⁶:

ss.) e la giurisprudenza di legittimità tendono a servirsi di tale giudizio di congruità. Ma sul punto si veda *infra*, par. 2.

¹⁴ Si veda in tal senso la relazione del Guardasigilli al libro delle obbligazioni n. 116. (numero 649 nella versione definitiva). Così secondo Miriello C., *La nullità virtuale*, CEDAM, Padova 2010, pp. 1-3.

Inoltre, è la stessa Cassazione (SS. UU. sent. n. 8472/2022) è rilevare che “in effetti, già nella Relazione al codice civile (n. 649) si precisava che «la violazione delle norme imperative della legge è ricordata quale ragione autonoma di nullità del contratto per comprendere anche le ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita»”.

¹⁵ De Nova, *op. cit.*, *passim*.

¹⁶ Così enucleati da Nappi A., *op. cit.*, p. 1190.

- a) Il primo è che il contratto si ponga in contrasto con una norma imperativa;
- b) Il secondo è che la legge “non disponga diversamente”;
- c) Il terzo è che la norma imperativa abbia ad oggetto il contratto (o una sua parte) o, in altri termini, che la norma violata sia una norma di validità del contratto (e non solo una norma di liceità del comportamento delle parti contraenti)¹⁷.

Tali presupposti pongono una serie di problemi interpretativi, specie nel momento in cui essi vengono calati all'interno di una parte dell'ordinamento così peculiare com'è il diritto bancario. Ma tralasciamo per il momento le specificità dell'ordinamento bancario, che saranno oggetto del successivo capitolo, e concentriamoci ora nell'analizzare più approfonditamente gli elementi costitutivi della fattispecie che abbiamo appena enucleato.

2. Il “mistero della nullità virtuale”¹⁸

Si è già avuto modo di evidenziare che dottrina e giurisprudenza appaiono concordi nel ritenere quello espresso dall'art. 1418, primo

¹⁷ Sempre che una differenza tra le due tipologie di norme si possa rinvenire sul piano logico, cosa che non tutta la dottrina ritiene. Della questione discuteremo nel prosieguo, al cap. II.

¹⁸ La suggestiva espressione si deve a Roppo V., *La nullità virtuale dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e responsabilità*, 5, 2008, pp. 536-546.

comma, un principio generale avente funzione di chiusura del sistema delle invalidità¹⁹.

Si è inoltre osservato che l'idea "pervasiva" della nullità virtuale non esce indebolita dai successivi commi dell'art. 1418, i quali, disciplinando specifiche categorie di nullità, potrebbero far emergere il carattere residuale del principio sancito al primo comma. Infatti, in qualunque ordine si cerchi di riscrivere l'articolo in questione, non appare possibile comprimere la forza evocativa del comma primo, che immediatamente "segnala il limite all'agire dei privati"²⁰.

Eppure, nonostante il quesito sia ormai antico, chi s'interroghi oggi sul significato e sulla portata della previsione contenuta nel primo comma dell'art. 1418 trova davanti a sé un panorama interpretativo disomogeneo e frastagliato, al cui interno mancano criteri univoci in base ai quali sia possibile formulare il giudizio di nullità di un contratto che, nel silenzio della legge, contrasti con una norma imperativa. Consapevoli di ciò, cerchiamo ora di fornire un quadro tendenzialmente completo ma necessariamente sintetico delle teorie che si sono prospettate in dottrina e dei principi enucleabili dell'analisi della giurisprudenza in materia.

2.1. Le teorie prospettate in dottrina

¹⁹ Contrario a questa interpretazione è Lonardo L., *op. cit.*, p. 115, il quale rileva che "la nullità virtuale non costituisce un'ipotesi generale di sanzione, ma semplicemente la conseguenza da comminare allorché manchi una sanzione (civilistica) espressa al fine di eliminare incertezze e contraddizioni".

²⁰ Così Gentili A., *Rimedi, cit.*, p. 39

Nell'analizzare le svariate teorie²¹ prospettate in dottrina, scegliamo²² di suddividerle in due grandi categorie: quella che fonda il giudizio di imperatività sulla *natura* pubblica dell'interesse tutelato dalla norma e quella che, invece, la deduce dalla *modalità di protezione* dell'interesse tutelato (ossia dalla sua natura indisponibile).

Muoviamo dalla prima. Tradizionalmente, il criterio elaborato della dottrina per verificare se una norma imperativa dia luogo alla nullità

²¹ Nella nostra trattazione daremo direttamente conto di quelle tesi che, seppur in modo diverso, prendono a riferimento gli *interessi* tutelati. Ma non possiamo astenerci dal rilevare che è solo a partire dagli anni Settanta che la dottrina e la giurisprudenza hanno abbandonato l'approccio astratto e concettualizzante tipico dell'impostazione strutturalistica che aveva caratterizzato, fino a quel momento, la teoria dell'invalidità del negozio, in favore di una prospettiva funzionalista, che ha condotto gli studiosi a riconsiderare l'intero fenomeno contrattuale dal punto di vista degli effetti giuridici. In questo senso si è parlato di "passaggio dal dogma della fattispecie al dogma dell'interesse", dove, per dogma (o teoria) della fattispecie, si intende quell'approccio che ha indotto la dottrina del tempo a rinvenire l'essenza del fenomeno invalidante esclusivamente in una qualche forma di imperfezione dell'atto, identificata nella mancanza o, in alternativa, nella patologia di uno dei suoi requisiti essenziali, così legittimando l'indebita sovrapposizione tra il concetto di nullità e quello di inesistenza. Si veda Scognamiglio R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 331ss.; *Idem.*, voce *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma 1989, p. 1 ss.; Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1994; Tommasini R., *op. cit.*; Macario F., *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *Studi in onore di N. Lipari*, 2, Giuffrè, Milano 2008. Per un quadro sintetico dell'evoluzione della teoria dell'invalidità si veda anche Servida B.I., *Disciplina della nullità contrattuale e paradigma dell'operatività a vantaggio*, tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano, 2019.

²² Si tratta di una scelta dettata da ragioni di esposizione e di sintesi. In ogni caso, si noti che, sebbene effettivamente il panorama dottrinale si presenti estremamente denso di ricostruzioni che tra loro differiscono in relazione a specifici aspetti, in realtà è ben possibile trovare all'interno di esse solide linee comuni che ci permettono di raggrupparle in due macro-categorie.

del contratto è quello che dà rilievo all'interesse tutelato dalla norma. Secondo la tesi in esame, imperative, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, c.c., sono dunque quelle norme contenenti un comando o un divieto teso a tutelare un interesse generale. Importante è fin da subito notare come il significato di “norma imperativa” ai fini del giudizio di nullità virtuale differisca dalla tradizionale definizione²³ che di essa si dà. Imperativa ai sensi

²³ Secondo Putti P. M., *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, Wolters Kluwer (One legale) 1997, p. 2, si possono individuare tre tipologie di concetti di norma imperativa “impernati rispettivamente sul contenuto, sulla forza vincolante e sulla finalità della norma e spesso confusi tra fra loro; quasi che fossero aspetti diversi di un'unica entità concettuale” (cit. Moschella G., *op. cit.*, p. 310). Norma imperativa, innanzitutto, sarebbe sinonimo di norma precettiva, contrapposta a quella ordinativa. In questo senso, la norma precettiva sarebbe una norma che ordina un determinato comportamento e vieta quelli che sono in contrasto con essa. In realtà, a questa ricostruzione si può controbattere rilevando che la precettività è un carattere comune a tutte le norme giuridiche, e non solo a quelle imperative (si veda Guastini R., *Norma giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, Wolters Kluwer (One legale) 2011). La seconda accezione di norma imperativa sarebbe quella di norma inderogabile, contrapposta alle norme dispositive, modificabili dalla volontà privata. Ebbene, anche in questo caso si può facilmente rilevare che, in realtà, imperatività ed inderogabilità non sempre coincidono: una norma inderogabile, cioè, non è necessariamente una norma imperativa. A dimostrazione di ciò si cita lo stesso articolo 1418, primo comma, laddove, nel suo inciso finale, sembra proprio ammettere che vi siano norme imperative che possono essere derogate (si veda in tal senso: Galgano F., *op. cit.*, p. 233 secondo cui “il grado di imperatività richiesto dalla norma è più elevato di quello che si esprime nella constatazione della non derogabilità per volontà delle parti, postulandosi [ciò] dalla riserva finale dell'art. 1418 c.1, salvo che la legge disponga diversamente”; Miriello, *op. cit.*, p. 4; Russo E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2001, pp. 573-599; Passagnoli G., *op. cit.*, p. 127, secondo cui “non vi è coincidenza tra le nozioni di

dell'articolo 1418, primo comma, non è, infatti, la norma inderogabile, né, tantomeno, quella precettiva, bensì quella norma che è deputata alla tutela di un interesse pubblico o dell'ordine pubblico, in contrapposizione a quella dettata nell'esclusivo interesse privato²⁴.

Chi aderisce alle tesi della natura dell'interesse²⁵, quindi, così ragiona: dinanzi ad una norma proibitiva imperfetta è necessario capire se essa sia o meno imperativa, in quanto, ai sensi dall'art. 1418, primo comma, nullo è (solamente) l'atto contrario ad una norma *imperativa*. Per comprendere se una norma è imperativa o meno è necessario “risalire allo scopo, al fondamento stesso del divieto”²⁶. Se questo è determinato da “un interesse sociale”, dal “bisogno di difesa della sicurezza giuridica”, ovvero da un interesse generale, allora la norma è imperativa e la sua violazione è potenzialmente idonea a cagionare la nullità del contratto.

inderogabilità ed imperatività e [...] può dirsi che né le norme imperative sono in ogni caso inderogabili [...], né quelle inderogabili sono imperative”; Cass. SS. UU. sent. n. 8472/2022, punto n. 4 della motivazione).

La terza accezione di norma imperativa, quella qui considerata, poggia, per l'appunto, sulla natura dell'interesse tutelato. In questo senso per norma imperativa si intende una norma di interesse o ordine pubblico (De Nova, *op. cit., passim*; Moschella *op. cit., passim*, salvo alcune precisazioni che si faranno in seguito; Villa, *op. cit., passim, ex multis* Cass. SS. UU. sent. n. 8472/2022; Cass. sent. n. 2316/2022 e 2710/2017).

²⁴ Per quanto riguarda il tema della crisi della distinzione tra interessi pubblici e privati si veda *infra*, cap. II.

²⁵ Si tratta della tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza. Si veda Carraro L., *Il negozio in frode alla legge*, Cedam, Padova 1943; D'amico G., *op. cit.*; De Nova G., *op. cit.*; Di Marzio, *La nullità del contratto, cit.*; Id., *contratto illecito e disciplina del mercato, cit.*; Ferrara F., *op. cit.*; Ferri G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, in *Studi di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1970; Gentili A., *op. cit.*; Id., *Nullità di protezione*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2011 pp. 77–119; Miriello C., *op. cit.*; Villa G., *op. cit.*; Passagnoli G., *op. cit.*; Perlingieri G., *op. cit.*

²⁶ Ferrara F., *op. cit.*, p. 23. Così anche le due successive citazioni.

Evidentemente, se ci fermassimo qui, i casi di nullità virtuale si moltiplicherebbero a dismisura, con buona pace del principio di certezza del diritto. Ma così non è. A questo punto, infatti, entra in gioco l'inciso finale della norma in analisi (“salvo che la legge non disponga diversamente”), non a caso considerato da alcuni come “la vera questione su cui concentrare l'attenzione”²⁷.

Come si è osservato in dottrina²⁸, l'inciso finale dell'art. 1418, primo comma, sottopone la nullità virtuale del contratto in contrasto con norma imperativa a una riserva a sua volta virtuale, giacché la nullità è esclusa ogniqualvolta “la legge disponga diversamente”. Tale locuzione copre: (i) in prima battuta i casi in cui la legge, dinanzi ad un contratto contrario ad una norma imperativa, espressamente lo salva dalla nullità²⁹; (ii) i casi in cui la legge stessa prescrive un rimedio diverso dalla nullità ma operante ugualmente sul piano dell'invalidità³⁰; (iii) le ipotesi in cui il rimedio apprestato dalla legge non opera sul piano dell'invalidità³¹; (iv) infine, non è irragionevole ritenere che

²⁷ Villa G., *op. cit.*, p. 78.

²⁸ Si veda Roppo V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e responsabilità*, 5, 2008, pp. 536-546; De Nova, *op. cit.* p. 262; Villa G., *op. cit.*, p. 80.

²⁹ Così, ad esempio, nel caso del contratto concluso dall'agente di commercio non iscritto nell'apposito “ruolo” pubblico.

³⁰ Ad esempio, l'articolo 1417 c.c. vieta agli amministratori di beni altrui e ai mandatari a vendere di acquistare i beni loro affidati, disponendo che, in caso di violazione di tali divieti, il contratto di acquisto è annullabile.

³¹ È il caso del trasferimento d'azienda con più di 15 dipendenti concluso senza il preventivo assolvimento degli adempimenti nei confronti dei sindacati,

l'inciso di cui discutiamo copra anche i casi in cui l'alternativa alla nullità, non solo non è indicata in un diverso rimedio operante nel terreno dell'invalidità, ma nemmeno consiste in un rimedio specificamente offerto nel caso di violazione della norma. In altre parole, si tratta di quei casi in cui vi è una norma imperativa “la cui lettera taccia ma la cui *ratio* escluda la conseguenza della nullità”³².

Proprio a partire da quest'ultimo caso si è sostenuto che, dinanzi ad una violazione di una norma imperativa, nel silenzio della legge, l'interprete è chiamato a svolgere una valutazione tenendo conto delle peculiarità dei casi concreti e dell'esigenza di adeguare la scelta del rimedio alla *ratio* della norma imperativa violata³³. In altri termini, l'interprete è chiamato a compiere una valutazione di ragionevolezza del rimedio e, solo in caso di esito positivo di tale valutazione, potrà dichiararsi la nullità (virtuale) dell'atto. In questo senso, non ogni violazione di norma

imposti a cedente e cessionario dall'art. 47, commi 1-2, l. n. 428/1990. In questo caso vi sarebbero i presupposti per predicare la nullità per violazione di norme imperative del trasferimento d'azienda, senonché il comma 3 dello stesso articolo afferma che “il mancato rispetto [...] degli obblighi previsti dai commi 1 e 2 costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 l n. 300/1970”.

Inoltre, si cita come esempio di esclusione implicita l'acquisto di azioni proprie effettuato in violazione dell'art. 2357 c.c. La norma, infatti, dispone che le azioni acquistate senza rispettare i limiti e le condizioni stabilite dai primi tre commi della norma stessa “debbono essere alienate secondo le modalità da determinarsi dell'assemblea”. La previsione di un obbligo di alienazione conferma la natura imperativa del divieto, che, però, è evidentemente incompatibile con la nullità virtuale: se, infatti, vi è un obbligo di rivendita, l'acquisto da parte della società non può essere nullo. Si veda Albanese A., *Non tutto ciò che è “virtuale” è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto, in Europa e diritto privato*, 2, 2012, p. 528; Roppo V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 544.

³² De Nova, *op. cit.*, p. 263.

³³ De Nova, *op. cit.*, p. 263; Miriello, *op. cit.*, p. 4 ss.; Perlingieri G., *op. cit.*, p. 84 ss.

imperativa si può ritenere dia luogo alla nullità, sicché è necessario distinguere tra norme imperative la cui violazione procuri tale sanzione, e norme la cui violazione lasci salva la validità del contratto³⁴.

È evidente allora come, così impostato, il problema si presenta capovolto rispetto a quello che si potrebbe desumere dal dettato normativo³⁵: questo, infatti, sembrerebbe ricollegare automaticamente alla violazione della norma la sanzione della nullità, salvo un'espressa previsione normativa difforme³⁶. Tale capovolgimento trova la sua spiegazione, secondo parte della dottrina, nel "tradizionale primato dell'autonomia privata"³⁷ e si basa su due constatazioni: (i) anzitutto quella per cui non vi è coincidenza tra inderogabilità e imperatività; (ii) in secondo luogo, quella di cui abbiamo appena discusso, ossia il fatto che l'esclusione della nullità possa ricavarsi in via indiretta dalla *ratio* della norma.

³⁴ In tal senso si parla in dottrina di "criterio del minimo mezzo", la cui paternità è attribuita a De Nova, *op. cit.*, p. 269. Con questa formula si fa riferimento al criterio secondo cui la nullità deve essere esclusa se l'esigenza perseguita dal legislatore mediante la previsione di una sanzione (civile, penale o amministrativa) sia compiutamente realizzata con la relativa irrogazione, mentre deve essere sempre ammessa in caso contrario. In giurisprudenza si veda, ad esempio, Cass., sez. III, ord. n. 525/2020; Cass. sez. lav. sent. n. 8499/2018; nonché Cass. SS. UU. 26724, 26725 del 2007 e 33719/2022.

³⁵ De Nova, *op. cit.*, p. 264; Barcellona M., *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, in *Le invalidità nel diritto privato*, (a cura di) Bellavista A., Plaia A., Giuffrè, Milano 2011, p. 64

³⁶ La più autorevole dottrina (Gentili A., *Le invalidità, cit.*, p. 1511) afferma che "l'inciso del 1° co., piuttosto che leggersi nel senso della normalità della comminatoria di nullità, può leggersi nel senso che, nel silenzio, la nullità segua solo ove ciò sia necessario ai sensi della *ratio* della norma imperativa considerata".

³⁷ Barcellona M, *op. cit.*, p. 64.

Alcuni autorevoli interpreti discorrono in questi termini di nullità “funzionale”³⁸. La nullità virtuale, in quest’ottica, sarebbe uno strumento che consente all’interprete di svolgere una “valutazione di politica del diritto e di comminare la nullità ogni volta che la scelta contrattuale appare affetta da un’irrazionalità che la rende inefficiente e ingiusta in un modo che coinvolge l’interesse generale”. Secondo la tesi considerata, ci si deve allontanare dalla cosiddetta teoria della fattispecie, da un approccio strutturale, in favore di un approccio strutturale, di una visione di assiologica della nullità dove l’illiceità è un problema più della contrattazione che del contratto, un problema che si riallaccia alla condotta delle parti e ha come canone di valutazione l’ordine pubblico di direzione e di protezione. In questo senso la nullità deve collegarsi non agli aspetti strutturali ma alla considerazione degli interessi in gioco. Artefice di questa considerazione è il giudice, il quale è chiamato

³⁸ Ci si riferisce alla tesi di Gentili A., *La nullità di protezione*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2011, pp. 78-119.; Id., *Le invalidità*, cit., p. 1509 ss.; Id., *Rimedi*, cit., p. 39 ss. Ci sia qui concesso di fare alcune precisazioni in merito all’inserimento della tesi di Gentili all’interno di quelle tesi che si basano sulla natura generale dell’interesse. Chi legga i suoi scritti, infatti, ben presto si avvede che l’autore sembra prendere le distanze dalla tesi che fa leva sulla natura pubblica o privata dell’interesse. In realtà – ci sembra – l’autore non critica questa tesi in sé e per sé, bensì ne contesta un’applicazione rigorosa che non tenga conto dei fini di politica legislativa perseguiti dal legislatore e che tenti a tutti i costi di ricondurre le nuove e mutevoli fattispecie di invalidità allo strumento della nullità assoluta, anziché adeguare questo a quelle. Non si tratta pertanto, a nostro parere, di un rifiuto della teoria dell’interesse ma di una sua applicazione più ampia e meno “dogmatica”, che rifugge *in toto* un approccio “strutturale” (approccio che, sottolinea Gentili, è tipico dei giuristi e non del legislatore). Per questi motivi, abbiamo scelto di darne conto in questa sede. Per un approfondimento si veda in tal senso Gentili A., *La nullità di protezione*, cit., pp. 103-104, punto 3.3.

a fare una valutazione di secondo grado della bontà, giustizia e della tenuta della scelta del legislatore³⁹.

Infine, si dà conto molto brevemente di quelle tesi che – pur collocandosi all'interno dell'indirizzo dottrinale che fa leva sulla *natura* dell'interesse – cercano di raggiungere il (meritevole) obiettivo di non dilatare eccessivamente e indebitamente l'area della nullità virtuale adottando una nozione particolarmente ristretta di norma imperativa (e, di conseguenza, restringendo l'operatività dell'inciso finale del comma primo “salvo che la legge disponga diversamente”). In questo senso, taluni⁴⁰ affermano che, norme imperative capaci di legittimare una comminatoria di nullità, sono solamente quelle costituzionali e quelle ordinarie che costituiscono diretta attuazione di principi costituzionali; altri⁴¹ affermano, invece, che, norma imperativa *ex art. 1418 co. 1*, è solamente la norma “di interesse e di ordine pubblico”⁴².

³⁹ Gentili A., *La nullità di protezione*, *cit.*, p. 106 ss.

⁴⁰ Si tratta di Ferri G. B., *op. cit.*, p. 112 ss.

⁴¹ Ci si riferisce a Moschella, *op. cit.*, p. 309 ss. da cui proviene anche la successiva citazione.

⁴² Critico rispetto a questa tesi è Lonardo L., *op. cit.*, p. 60 ss. il quale nega in radice la correlazione tra norme imperative e ordine pubblico e, ancor più radicalmente, nega che l'art. 1418, comma 1, imponga una valutazione degli *interessi* sottesi, in quanto – secondo l'autore – nell'affermare ciò si priverebbe di rilevanza la stessa norma. Infatti, si argomenta, qualora non vi fosse l'art. 1418, co. 1, l'interprete, dinanzi alla mancanza di una sanzione, si interrogherebbe sugli interessi tutelati al fine di predicare o meno la nullità. Per questa ragione, secondo la tesi in esame, il legislatore, introducendo l'ipotesi della nullità virtuale, ha inteso evitare che l'interprete, dinanzi al silenzio della legge, decida se comminare o meno la nullità in base alla valutazione della natura degli interessi in gioco.

Ad ogni modo, quella di Lonardo è una ricostruzione minoritaria che non trova riscontro né in altra dottrina né in giurisprudenza.

Il pregio di queste tesi è sicuramente quello di rispettare il rapporto *regola-eccezione* posto dall'art. 1418, comma primo, c.c.; viceversa, non possiamo non rilevare che la prima tende a restringere eccessivamente⁴³ l'ambito di applicazione della nullità virtuale la quale, al contrario, come abbiamo più volte sottolineato, assurge a principio generale e di chiusura del sistema delle invalidità. La seconda, invece, fornisce un criterio estremamente ambiguo⁴⁴, considerata la difficoltà non solo nell'identificare, ma anche nel distinguere i concetti di “interesse pubblico” e “ordine pubblico”.

Fin qui abbiamo discusso della tesi che fa leva sulla natura pubblica dell'interesse, ora prendiamo in considerazione quella ricostruzione che si basa sulle modalità di protezione dell'interesse tutelato. Chi sostiene questa tesi⁴⁵ ritiene che norma imperativa sia quella posta a tutela di un interesse sottratto al potere di disposizione delle parti. E così si afferma che “la sottrazione dell'interesse protetto al potere di disposizione delle parti, anche di quella che ne sia eventualmente portatrice, costituisce, infatti, l'elemento dirimente che accomuna tutte le norme che, sia pure nelle diverse configurazioni assunte dalla relativa disciplina a seconda delle esigenze che è diretta a soddisfare, sono comunque in grado di determinare la nullità del contratto e quindi anche di quelle che, pur essendo prive di una

⁴³ De Nova, *op. cit.*, p. 264

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ Parliamo di Albanese A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, *cit.*; Id., *Non tutto ciò che è razionale è “virtuale”*, *cit.*; Id., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corriere giuridico*, 1, 2008, pp. 107-122; Id., *Contratto, mercato, responsabilità*, Giuffrè, Milano 2008.

specifica comminatoria in tal senso, devono ritenersi imperative⁴⁶. Secondo la tesi in esame l'elemento che accomuna tutte le ipotesi di nullità del contratto non è, perciò, da rivenirsi nella *natura* dell'interesse protetto, bensì nella *modalità* di protezione dell'interesse. L'imperatività della norma, in questa prospettiva, non dipende da elementi ad essa estrinseci ma discende dalle conseguenze previste nel caso di sua violazione, in relazione alle quali il legislatore non incontra alcun vincolo precostituito dato dalla natura dell'interesse protetto.

La ricostruzione proposta da Albanese, dunque, esclude radicalmente sia un'analisi della natura (generale o meno) dell'interesse sia, soprattutto, il giudizio di congruità della nullità con la *ratio* della norma. In quest'ottica, la nullità virtuale si giustifica con la scelta del legislatore di sottrarre un determinato interesse alla disponibilità delle parti, a prescindere (a) dalla natura generale dell'interesse tutelato e (b) da una valutazione di congruità del rimedio rispetto dalla *ratio* della norma violata. L'imperatività della norma viene considerata come categoria unitaria identificata non in base alle conseguenze della sua violazione (che possono essere arbitrariamente decise dal legislatore, a cui compete unicamente una valutazione di politica del diritto⁴⁷) bensì dal punto di vista dell'interesse tutelato, che è indisponibile. In questo senso allora, una volta accertata la violazione di una norma imperativa (ossia di una norma posta a tutela di un interesse indisponibile), deve conseguire

⁴⁶ Albanese A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 52.

⁴⁷ E qui si vede come la tesi di Albanese si ponga in aperto contrasto con quella di Gentili.

necessariamente la comminatoria di nullità, salvo che il legislatore non abbia inteso sanzionare la sua violazione con la previsione di “di un rimedio diverso e incompatibile con la nullità dal punto di vista logico e non assiologico, mentre non sarebbe a tal fine sufficiente una valutazione di opportunità dell’interprete”⁴⁸.

Inoltre, chi sostiene la tesi in esame, sganciando la nozione di imperatività della norma dalla protezione di un interesse generale, non fatica ad ammettere la figura della nullità virtuale di protezione, di cui ci occuperemo specificamente *infra*, cap. II.

In chiusura, non possiamo astenerci dal rilevare che la tesi in esame si espone ad una (a nostro avviso, fondata) critica proprio in relazione alla difficoltà di identificazione dell’indisponibilità

⁴⁸ Albanese A., *Non tutto ciò che è razionale è “virtuale”*, cit., p. 540; Id., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 366 ss. Albanese si mostra critico anche in relazione al criterio del minimo mezzo che “sottrae alla legge ogni competenza nella decisione dei mezzi più idonei a perseguire l’obiettivo di politica del diritto così individuato, rimettendo la relativa scelta alla discrezionalità dell’interprete. La sorte del contratto rimane così assoggettata a soluzioni destinate a variare a seconda del modo di percepire nel tempo l’efficacia dissuasiva delle sanzioni diverse dalla nullità” (Albanese A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 125).

Critico nei confronti della tesi di Albanese è Perlingieri G., *op. cit.*, p. 42, nota n. 59, secondo cui ogni singola disposizione va interpretata alla luce del sistema giuridico vigente all’interno del quale si inserisce. Dunque, in quest’ottica, anche la nullità del contratto dipende da una valutazione dell’interprete circa la congruità e l’adeguatezza della sanzione rispetto alla *ratio* del divieto ed agli interessi individuati, in quanto l’art. 1418 c.c. non è una monade del sistema ma va letto alla luce dell’ordinamento giuridico in essere (sempre Perlingieri G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2° ed., Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2011).

Si ricorda qui, inoltre, quanto abbiamo rilevato *supra* parlando dell’origine della nullità virtuale. Si è, infatti, detto che parte della dottrina (Albanese) richiama l’elaborazione della pandettistica tedesca sottintendendo proprio per dimostrare che non può ammettersi una valutazione dell’interprete in ordine alla congruità della nullità con la *ratio* della norma.

dell'interesse⁴⁹ (e cioè del carattere imperativo della norma), atteso che il problema – ai fini dell'applicazione dell'art. 1418 c.c. – si pone proprio rispetto a norme che non dispongono testualmente la nullità dell'atto compiuto. Evidentemente allora non può desumersi l'indisponibilità dell'interesse tutelato dalla previsione di una nullità, che ovviamente non c'è⁵⁰.

2.2. I principi individuati dalla giurisprudenza

Analizzate le più rilevanti ricostruzioni dottrinali, occorre ora soffermarsi sull'interpretazione che la giurisprudenza dà dell'art. 1418, primo comma.

Si cercherà qui di seguito di enucleare le più rilevanti acquisizioni della giurisprudenza, specialmente di legittimità, in tema di nullità virtuale.

Prima di passare all'elencazione di tali acquisizioni è necessario tenere a mente alcune precisazioni: anzitutto, si ricordi che la giurisprudenza fin da subito ha fatto proprio il criterio della natura dell'interesse protetto, dandone diffusa applicazione. Inoltre, si rammenti che il giudizio di nullità virtuale presuppone una valutazione

⁴⁹ Sull'infelice riferimento di Albanese all'indisponibilità dell'interesse si veda Gentili A., *Le invalidità, cit.*, p. 1512, nota n. 370.

⁵⁰ Si tratta della critica mossa da D'Amico G., *Nullità non testuale, cit.*, a cui Albanese (*Non tutto ciò che è razionale è "virtuale", cit.*, p. 521) risponde precisando che "è chiaro invece che l'indice d'indisponibilità può ravvisarsi in rimedi diversi, anche non di tipo civilistico, previsti da norme di diritto amministrativo o penale. Ove, infatti, la violazione del precetto legale, indipendentemente dall'iniziativa dei privati interessati, dia luogo all'applicazione di sanzioni o altre conseguenze, diverse dalla nullità ma con essa compatibili, tale disciplina diviene criterio per determinare il carattere imperativo della norma, rendendo altresì nullo il contratto".

dell'assetto degli interessi predisposto dal legislatore che deve svolgersi caso per caso; per questa ragione i principi generali che di seguito si enunceranno, nella loro applicazione concreta, subiscono (talvolta inevitabili) adattamenti.

Di seguito, dunque, cercheremo di dare un quadro quanto più completo possibile dello stato del diritto vivente in tema di nullità virtuale.

Con riferimento alla nullità *in generale*, la giurisprudenza non manca di ribadire che quest'ultima è uno strumento di controllo normativo utile a non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con i valori fondamentali del sistema e si differenzia dall'annullabilità non solo perché l'atto è difforme dallo schema legale e pregiudica gli interessi del suo autore, ma perché mette a rischio valori preminenti della comunità (Cass. sent. n. 5052/2001).

Per quanto concerne la nullità *virtuale*, inoltre, essa afferma che “pur nel polimorfismo che caratterizza la nozione di nullità negoziale, un elemento accomunante nella evoluzione giurisprudenziale si coglie nella tendenza attuale a utilizzare tale nozione [quella di nullità virtuale] come strumento di reazione dell'ordinamento rispetto alle forme lesive di valori giuridici fondamentali” (cit. Cass. SS. UU. sent. 8472/2022, ripresa poi da Cass. SS. UU. sent. n. 33719/2022).

I giudici appaiono concordi con la dottrina nel ritenere che “la mancanza di una espressa sanzione di nullità non è decisiva al fine di escludere la nullità dell'atto negoziale in conflitto con norme imperative, potendo intendersi che ad essa sopperisca l'articolo 1418, co. 1, c.c., in quanto letto come espressivo di un principio di indole generale, rivolto a prevedere e disciplinare il caso in cui alla violazione di precetti imperativi non si accompagni una espressa previsione di nullità del negozio” (cit.

Cass. SS. UU. sent. 8472/2022; cfr. Cass. SS. UU. sent. n. 33719/2022; Cass. sent. n. 15099/2021; tra le più risalenti si veda Cass. sent. n. 2697/1972; Cass. sent. n. 1951/1960).

La giurisprudenza aderisce, come già anticipato, alla tesi dell'interesse tutelato e, di conseguenza, non manca di ribadire che, dinanzi ad una norma proibitiva imperfetta, occorre specificamente indagare la natura della disposizione violata per dedurre l'invalidità o la mera irregolarità dell'atto (cfr. Cass. SS. UU. sent. n. 2697/1972; Cass. sent. n. 3642/1985; Cass. SS. UU. sent. n. 26724/2007; Cass. SS. UU. sent. n. 8472/2022; Cass. SS. UU. sent. n. 33719/2022).

Diretto precipitato di tale principio è che una norma può definirsi imperativa in quanto sia deputata alla protezione non di un generico interesse pubblico, bensì di “preminenti interessi generali della collettività” o “valori giuridici fondamentali” (cfr. Cass. sent. n. 5051/2001; Cass., Sez. III, ord. n. 7243/2024); in quanto sia “dettata a tutela dell'interesse pubblico” (Cass. sent. n. 1901/1977); in quanto riguardi “principi fondamentali e di interesse generale, essenziali all'ordinamento giuridico dello Stato e tali da osservarsi inderogabilmente da tutti” (Cass. sent. n. 5311/1979); in quanto “il divieto sia posto [dalla norma] a tutela di un interesse di natura pubblica e generale” (Cass. sent. n. 6601/1982); e ancora, in quanto la norma sia “volta a tutelare interessi generali della collettività” (Cass. Sez. I, ord. n. 17568/2022).

Così interpretato, appare evidente che la portata dell'istituto in esame diviene particolarmente ampia e lasciata alla valutazione dell'interprete, con la conseguenza che, secondo lo stesso Supremo

Collegio, si profila il rischio di una sua indebita estensione. Per tali ragioni, all'interno del diritto pretorio (cfr. Cass. sent. n. 19024/2005, Cass. SS. UU. sent. n. 26724 e 26725 del 2007; Cass., Sez. VI, ord. n. 2522/2010; Cass. sent. n. 13164/2016; Cass., Sez. Lav., sent. n. 28345/2020), si è cercato – e tutt'ora si cerca – di restringere l'ambito di applicazione della nullità virtuale, affermando che la violazione di una norma imperativa dà luogo a nullità virtuale del contratto solamente quando si tratta di una norma che disciplina direttamente e chiaramente il contenuto specifico ed essenziale del contratto. In altri termini, specificano le Sezioni Unite nel 2022⁵¹, “una norma prima di essere imperativa deve essere prescrittiva di un contenuto, specifico e caratterizzante, inerente al sinallagma

⁵¹ Si allude a SS. UU. sent. n. 33719/2022 ove, le Sezioni Unite, chiamate ad esprimersi sul punto dalla prima Sezione, sconfessano l'orientamento del 2017 ed escludono la nullità *ex art.* 1418, primo comma, del contratto di mutuo fondiario concluso da una banca in violazione dell'art. 38, comma 2, T.U.B, il quale dispone che “la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi...”. Tale ammontare massimo è stato fissato, con delibera del CICR, nell'80% del valore dell'immobile ipotecato. Ebbene, uno degli argomenti utilizzati dalla S.C. è quello per cui l'art. 38 co. 2 T.U.B. non è una “norma determinativa del contenuto del contratto o posta a presidio della validità dello stesso, ma un elemento meramente specificativo o integrativo dell'oggetto del contratto”. Si vedano i commenti di: Macario F., *Mutuo fondiario e superamento del limite di finanziabilità*, in *I contratti*, 1, 2023, pp. 5-9; Pagliantini S., *Mutuo fondiario e limite di finanziabilità: a passo di gambero*, in *Nuova giurisprudenza commentata*, 2, 2023, pp. 407-411; *Id.*, *La validità secca del mutuo fondiario sovrainfinanziato: un the end (più) agro (che) dolce*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2023, pp. 527-532; La Spina A., *Mutuo fondiario eccedentario e necessaria elasticità del rimedio*, in *Nuova giurisprudenza commentata*, 2, 2023, pp. 386-396; Purpura A., *Mutuo fondiario – La controversa validità del mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2023, pp. 527-545; Mauceri T., *Nullità e violazione del limite di finanziabilità nel mutuo fondiario*, in *I contratti*, 6, 2022, pp. 679-686; Scognamiglio C., *Le Sezioni Unite e l'art. 38 t.u.b.: un altro tassello nel mosaico delle nullità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2023, pp. 412-419.

contrattuale che possa definirsi essenziale, ovvero di una norma che vieti, direttamente o indirettamente, la stipulazione del contratto in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive” (cit. Cass. SS. UU. sent. n. 33719/2022 ma si veda anche Cass. SS. UU. 8472/2022; Cass. Sez. III, ord. n. 7243/2024)⁵².

Diretta conseguenza del principio appena esposto⁵³ è che la violazione di norme di norme riguardanti il comportamento dei contraenti, sebbene imperative, non è idonea ad incidere sulla validità del contratto, essendo esclusivamente fonte di responsabilità (contrattuale o precontrattuale, a seconda dei casi). Così si è espressa la Cassazione: “i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l’esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e [...] la loro eventuale illegittimità [...] non può dar luogo alla nullità del contratto [...] a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal

⁵² Così facendo i giudici di legittimità cercano di restringere quella “eccessiva genericità della nozione” di interesse pubblico, che in un certo senso rappresenta il pericolo insito nel passaggio dal dogma della fattispecie a quello dell’interesse (*supra*, Cap. I, par. 2). Si noti, inoltre, che le Sezioni Unite nel settembre 2022 compiono un passo ulteriore: richiedono, cioè, che la norma ponga un contenuto che può definirsi essenziale e sia inerente al sinallagma *ai fini del giudizio di imperatività*, e non *ai fini del giudizio di nullità*. In altri termini, restringono “a monte” la categoria di norme imperative *ex art. 1418 c.c.*

⁵³ In dottrina (Perlingieri G., *op. cit.*; Gentili A., *La nullità di protezione, cit.*) si è rilevato che ogni regola, anche la più chiara e definita, passa da un controllo sistematico e dunque da un’attività interpretativa e, per certi versi, creativa. Certo, il giudice non può creare autonomamente regole di validità ma la concretizzazione del rimedio invalidante è attività rimessa all’interprete, salvo che non si voglia tornare all’idea del giudice “bocca della legge”. Non esiste, quindi, ipotesi di nullità (sia virtuale sia testuale) che si predichi a prescindere dal caso concreto.

legislatore (cit. Cass. sent. n. 19024/2005; cfr. Cass., Sez. I, ord. n. 3683/2007; Cass. SS. UU. sentt. nn. 26724, 26725/2007⁵⁴; Cass., Sez. III, ord. n. 25222/2010; Cass. sent. 26672/2013; Cass. sent. n. 1735/2017; Cass. SS. UU. sentt. nn. 8472 e 33719/2022; Cass., Sez. III, ord. n. 7243/2024; ma anche Trib. Rovigo, sent. n. 31/2011; Trib. Roma, Sez. III, sent. n. 6069/2011).

Così identificato il perimetro delle norme imperative in grado di determinare la nullità virtuale del contratto, proprio come avviene in dottrina, i giudici di legittimità affermano che “non ogni violazione di norma imperativa può dare luogo ad una nullità [virtuale] contrattuale, ma solo quella che pone il contratto in contrasto con lo specifico interesse che la norma imperativa intende tutelare” (cit. Cass. SS. UU. sent. n. 33719/2022⁵⁵; cfr. Cass. SS. UU. sent. n. 2697/1972).

⁵⁴ Si tratta di due importanti pronunce, denominate anche “sentenze Rordorf”, con cui le Sezioni Unite hanno affermato che la violazione di una norma di comportamento, pur essendo imperativa, non è idonea a comportare automaticamente la nullità dei contratti stipulati dall’intermediario con il cliente vigendo nel settore dell’intermediazione finanziaria il tradizionale principio di distinzione tra norme di comportamento e norme di validità. La violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa dal contratto, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ma non incide sulla genesi dell’atto negoziale e non è idonea a provocare la nullità. Sul punto si veda Roppo V., *La nullità virtuale dopo la sentenza Rordorf*, cit.; Prosperi F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contratto e impresa*, IV-V, 2008, pp. 936-981; Mariconda V. *L’insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere giuridico*, 2, 2008, pp. 230-238;

⁵⁵ Nella già richiamata sentenza le Sezioni Unite, con l’intento di escludere la nullità virtuale ex art. 1418 co. 1 del mutuo eccedentario, affermano che predicare la nullità del mutuo

Infine, si noti che anche le Corti, in applicazione dell'ultimo inciso dell'art. 1418, comma primo, ("salvo che la legge disponga diversamente") tendono a compiere un giudizio di congruità della sanzione (ossia della nullità) con l'assetto di interessi tutelato dalla norma violata. Così, infatti, si afferma che la nullità "va esclusa sia quando risulta prevista una diversa forma di invalidità [...], sia quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi" (cit. Cass., Sez. III, ord. n. 2522/2010).

In forza di tale principio, dunque, la nullità virtuale deve escludersi quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi differenti come, una sanzione diversa⁵⁶ (es. l'annullabilità del contratto⁵⁷), un rimedio diverso volto a garantire

concluso in violazione dell'art. 38 co. 2 T.U.B. equivale a porre in pericolo lo stesso interesse che la norma dovrebbe proteggere (ossia la stabilità della banca).

⁵⁶ Così Cass. sent. n. 12327/1999 ha escluso che la frode fiscale possa comportare una nullità virtuale del contratto, trovando essa "soltanto nel sistema della disposizioni fiscali la sua sanzione, la quale non è sanzione di nullità"; Cass. sent. n. 8499/2018 ha ritenuto che la stipulazione di un contratto di affitto d'azienda da parte del beneficiario di un finanziamento pubblico in violazione della normativa di settore non dà luogo a nullità del contratto, in quanto l'art. 1418 "impone all'interprete di accertare se il legislatore, anche nel caso di inosservanza del precetto, abbia consentito la validità del negozio predisponendo un meccanismo idoneo a realizzare gli effetti voluti dalla norma".

⁵⁷ Così Cass. sent. 25222/2018 ha confermato la sentenza di rigetto dei giudici di merito che avevano ritenuto non applicabile l'art. 1418 c.c. a fronte di un contratto di vendita di un immobile cui l'istante deduceva di essere stato costretto dall'acquirente alla stipula con minaccia e pressione usuraria. La S.C. nel confermare la sentenza di rigetto ha ritenuto non applicabile l'art. 1418 c.c. essendo prevista una diversa forma di invalidità (l'annullabilità), il cui termine prescrizione era già spirato.

l'effettività dell'atto (ad esempio, perdita di un beneficio⁵⁸) ovvero la non assolutezza del divieto⁵⁹.

⁵⁸ Così Cass. SS. UU. sent. n. 7033/2006 ha affermato che la vendita di un fondo acquistato con i benefici della l. n. 590/1965 che abbia luogo prima del decorso di 10 anni dall'acquisto non è nulla *ex* art. 1418, comma 1, bensì comporta unicamente la decadenza dai benefici previsti dalla legislazione in materia, in quanto la “nullità virtuale va esclusa allorquando la norma imperativa sia presidiata da rimedi diversi dall'invalidità del contratto”.

⁵⁹ Così Cass. sent. n. 6601/1982 che ha stabilito che non può ritenersi imperativo ai sensi dell'art. 1418 c.c. l'articolo 4, comma 2, l. n. 356/1966, che vieta alle imprese produttrici di uova da cova “di incubare, commerciare [...] uova da cova [...] che non rechino stampigliate [...] la parola “cova”, seguita dalla parola “Italia” e dal numero di immatricolazione assegnato al centro o stabilimento di produzione”, poiché tale disposizione non è preordinata alla tutela della salute pubblica, atteso l'esonero dall'osservanza delle norme della citata legge disposto dall'art. 9 della stessa per le piccole imprese. Per questa ragione, è stata esclusa la sanzione della nullità dinanzi alla violazione di una norma che pone un divieto privo del carattere di assolutezza.

CAPITOLO II

-

LA NULLITÀ VIRTUALE NELL'ORDINAMENTO BANCARIO: CARATTERISTICHE E PROFILI PROBLEMATICI

Sommario: 1. La nullità per violazione di norme imperative nell'ordinamento bancario tra tutela del mercato, tutela del contraente e regolamentazione amministrativa – 1.1. Vocazione pubblicistica e natura regolamentare del diritto bancario – 1.2. Tutela del contraente debole: la nullità virtuale di protezione – 1.3. Norme di validità e norme di comportamento – 1.4. La nullità virtuale nell'ordinamento bancario – ricapitolazione – 2. Nullità per violazione di norme imperative e ordine pubblico economico: un problema definitorio

Nel presente capitolo, si procederà a delineare più nello specifico le caratteristiche principali dell'ordinamento bancario e le peculiarità della sua disciplina, al fine di mettere in luce come esse si riflettano sull'istituto in questione.

In particolare, dopo aver notato come, nell'ordinamento bancario, grande importanza assuma il complesso normativo deputato alla tutela del c.d. contraente debole, si porrà particolare enfasi sulla tematica della nullità per violazione di norme imperative di protezione (c.d. nullità virtuale di protezione), di cui si cercherà di dimostrare l'ammissibilità,

anche a scapito di alcune ricostruzioni dottrinali che la negano. Si passerà, infine, ad analizzare la dibattuta questione della nullità virtuale per violazione di norme di comportamento.

Le conclusioni che si raggiungeranno nel corso del presente capitolo giocheranno poi un ruolo essenziale nell'analisi che condurremo nel prossimo capitolo.

1. La nullità per violazione di norme imperative nell'ordinamento bancario tra tutela del mercato, tutela del contraente e regolamentazione amministrativa

Ora che si sono delineati i tratti generali e i problemi interpretativi che la disciplina della nullità virtuale pone all'interno dell'ordinamento giuridico complessivamente considerato, si rende necessario prendere in considerazione l'istituto all'interno del campo d'indagine qui prescelto, ossia l'ordinamento bancario.

È bene dunque iniziare presentando le caratteristiche generali dell'ordinamento bancario senza alcuna pretesa di esaustività, bensì con l'obiettivo di mettere in luce gli aspetti che intersecano la tematica della nullità virtuale.

È un dato indiscutibile il fatto che le banche costituiscono una componente indefettibile del nostro sistema socioeconomico: chiunque ormai dispone di un conto corrente bancario e di una carta di debito. Le banche poi concorrono a finanziarie attività imprenditoriali, acquisti di beni immobili, di beni di consumo e molto altro. L'attività bancaria sta, infatti, proprio in questo: nella raccolta del risparmio tra il pubblico e nell'esercizio del credito (art. 10 T.U.B.). Possiamo dunque definire, in via approssimativa¹ ma comunque efficace per i nostri fini, l'ordinamento bancario come il complesso di norme eterogenee che regolano la

¹ Questa descrizione trascura le attività c.d. parabancarie e quelle di intermediazione mobiliare che vengono svolte dalle banche in via accessoria e senza esclusiva. In tal senso si veda Spinelli M., Gentile G., *Diritto bancario*, 2 ed., CEDAM, Padova 1991, pp. 3-4. Sulla possibilità per le banche di prestare anche servizi finanziari e sulla conseguente perdita di identità ed autonomia del contratto bancario cfr. *infra*, cap. III.

costituzione, l'organizzazione e l'esercizio dell'impresa di credito².

Alla luce di quanto fin qui esposto, è evidente che l'esercizio dell'attività bancaria è soggetto a diversi rischi quali, a titolo esemplificativo, il rischio di credito (ovverosia il rischio che il prestito non sia rimborsato in tutto o in parte), il rischio di mercato (ossia il rischio che una posta dell'attività diminuisca il proprio valore in conseguenza di oscillazioni di mercato) e, ancora, il rischio operativo (cioè il rischio che l'inadeguatezza dell'organizzazione interna della banca generi perdite) e quello reputazionale (in altre parole, il rischio derivante dalla perdita di credibilità sul mercato della banca).

Tali rischi, connaturati nell'attività bancaria e perciò ineliminabili, giustificano la significativa rilevanza pubblicistica dell'attività bancaria e ne spiegano le peculiarità della disciplina. Del resto, se i risparmiatori affidano i propri risparmi alle banche e i prestiti bancari stimolano l'economia reale³, è inevitabile che l'attività bancaria presenti dei rischi che possono ripercuotersi sia sugli *stakeholders* della banca, sia sull'intero sistema finanziario. È noto, infatti, come il sistema bancario sia un sistema composto da entità tra sé connesse e come la crisi di un singolo istituto di

² Spinelli M., Gentile G., *op. cit.*, p. 3 ss.; Aratari F., Romano G., AA.VV., *Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali*, Wolters Kluwer, Milano 2023, p. 19 ss.; Capriglione F., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, CEDAM, Padova 2023, p. 207 ss.; Giorgianni F., Tardivo C.M., *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Giuffrè, Milano 2012, p. 3 ss.; D'Angelo F., Corsi F., *Lezioni di diritto bancario*, Giuffrè, Milano 2002, p. 13 ss.

³ Com'è noto, infatti, l'attività bancaria crea "moneta bancaria", ossia crea nuovo potere d'acquisto. Per i riferimenti bibliografici si veda la nota n. 2.

credito può facilmente avere ripercussioni sugli altri intermediari (si parla, a tal proposito, di rischio sistemico).

Proprio la presa d'atto che l'attività bancaria è di per sé un'attività rischiosa i cui risvolti possono ripercuotersi sull'economia nazionale (e non solo) giustifica l'esigenza di una sua accorta e dettagliata regolamentazione di natura (anche e soprattutto) pubblicistica, in grado di tutelare interessi generali estranei a quelli protetti dalle norme prettamente privatistiche. E non deve stupire il fatto che il diritto bancario venga di solito collocato nell'ambito del diritto privato, sebbene, come detto, l'impresa bancaria sia disciplinata per lo più da norme pubblicistiche. La scelta, infatti, è comunque solo apparentemente contraddittoria: si spiega con la considerazione che, a dispetto del fatto che la figura dell'imprenditore bancario sorge e si delinea in una costellazione di norme di natura pubblicistica poste a tutela di interessi generali della collettività, l'esercizio concreto dell'attività bancaria è disciplinato prevalentemente da norme civilistiche che regolano le relazioni tra privati. La collocazione del diritto bancario all'interno del diritto privato dunque avviene solamente in forza del fatto che tra i due diversi momenti considerati (tutela di interessi generali ad opera di norme pubblicistiche e disciplina in concreto dell'attività bancaria ad opera di norme privatistiche) viene ritenuto prevalente il secondo⁴.

Si deve però a questo punto notare come la divisione tra disciplina prettamente pubblicistica, volta a regolare l'impresa bancaria nelle sue varie fasi di attività, e disciplina privatistica dei rapporti tra banca e cliente, volta a regolare i contratti di cui sia parte la banca, non è più così netta

⁴ Spinelli M., Gentile G., *op. cit.*, pp. 3-4.

com'era un tempo. Se, infatti, il diritto bancario, così come disciplinato dalla legge bancaria del 1936-38, era ritenuto un complesso di norme “di azione”, ossia di norme volte a regolare le attività di vigilanza e controllo da parte delle autorità pubbliche il cui fine ultimo era quello di realizzare l'interesse pubblico caratterizzante l'attività creditizia, con l'entrata in vigore del codice civile del 1942⁵, ma soprattutto a seguito della legislazione sulla trasparenza bancaria⁶ (legge del 17 febbraio 1992, n. 154),

⁵ Con il codice del 1942 c.c. il fenomeno della contrattazione per condizioni generali trovò una specifica disciplina agli articoli 1341 e 1342. I limiti di tale disciplina, però, vennero immediatamente messi in luce proprio dal sistema bancario, attraverso la creazione, ad opera dell'ABI (associazione bancaria italiana), di una serie di condizioni generali di contratto, recepite e adottate poi dalla maggior parte delle banche. La dottrina ricondusse quasi subito le norme uniformi bancarie al fenomeno delle condizioni generali di contratto. Ma è qui che l'impianto codicistico mostrò i suoi limiti: proprio tramite lo strumento doppia sottoscrizione – imposta dall'art. 1342 c.c. – entrarono nei contratti bancari una molteplicità di clausole vessatorie, su cui il cliente non poneva la propria attenzione a causa della natura fiduciaria che caratterizzava il rapporto tra banca e cliente. Ecco, dunque, che la tecnica di protezione apprestata dal codice civile condusse alla moltiplicazione delle deroghe al diritto positivo e all'inserimento di clausole di cui, pur dovendole sottoscrivere separatamente, il cliente non percepiva la portata. Si veda De Poli M., *Contrattazione bancaria tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, CEDAM, Padova 2012, *passim*.

⁶ Autorevole dottrina (Lener R., *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Giuffrè, Milano 1996, p. 215 ss.) non ha mancato di sottolineare come la disciplina della trasparenza muova da due considerazioni: la crisi dello strumento classico di tutela del contraente debole offerto dall'art. 1341 c.c. e la presa di coscienza della possibilità di servirsi “della forma contrattuale come strumento di tutela del contenente debole, facendo in sostanza del contratto (anche) un veicolo di informazioni imposta dal legislatore ovvero, su sua delega, della pubblica amministrazione”. Concorde è anche altra parte della dottrina, che ha notato come

invece, la disciplina pubblicistica del diritto bancario si è estesa anche alla disciplina dei rapporti privatistici tra banca e cliente⁷.

Alla luce delle considerazioni fin qui fatte non stupisce perciò che la regolamentazione dell'ordinamento bancario sia divenuta sempre più complessa e stratificata. E così, accanto ai principi costituzionali e alla legge statale, vi è il diritto dell'unione europea⁸, che, com'è noto, prevale sul diritto interno e che ha via via

l'insoddisfazione per le forme di controllo sulle condizioni contrattuali apprestate dal codice civile e dall'art. 32 della legge bancaria, unita all'incapacità delle banche di autodisciplinare il sistema di relazioni con la clientela tramite gli accordi interbancari per la "pubblicità e la trasparenza delle condizioni praticate alla clientela" (in tema si veda Gabrielli G., *Controllo pubblico e norme uniformi bancarie*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1977, 1 p. 257 ss.) e alla necessità di una disciplina organica capace di porre un contrappeso al potere contrattuale della banca, siano state le ragioni che hanno spinto il legislatore ad intervenire. Si veda anche qui De Poli M., *op. cit.*, p. 90.

Si vedano anche, per un approfondimento sulla trasparenza bancaria, Cividale F., AA.VV., *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Giuffrè, Milano 2013; Capobianco E., Longobucco F., voce *Trasparenza bancaria*, in *Digesto delle materie privatistiche – sezione commerciale*, Wolters Kluwer (One legale) 2012.; Mazzini F., voce *Contratti bancari. Tutela del cliente*, in *Digesto delle materie privatistiche – sezione commerciale*, Wolters Kluwer (One legale) 2007; Schlesinger P., *Problemi relativi alla c.d. trasparenza bancaria*, in *Corriere giuridico*, 1989, p. 230; Nigro A., *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dritto bancario*, 1, 1992, p. 430 ss.; Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, Giuffrè, Milano 2008, p. 56 ss.

⁷ Bontempi P., *Diritto Bancario e Finanziario*, 3° ed., Giuffrè, Milano 2019, pp. 3-5. Inoltre, si è osservato in dottrina (Capobianco E., *Contratti bancari*, Wolters Kluwer, Milano 2021, pp. 266-267) che vi sono contesti specifici nei quali la vigilanza bancaria si sovrappone chiaramente a discipline giuridiche privatistiche, tanto più a seguito della realizzazione dell'unione bancaria.

⁸ Com'è noto, a partire dagli inizi degli anni Settanta hanno iniziato a susseguirsi una serie di interventi comunitari in campo bancario e finanziario, in linea con l'istanza alla soppressione delle restrizioni, alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi finanziari (si veda Capriglione F., *op. cit.*, p. 13).

assunto un'importanza sempre maggiore. Nella dottrina specialistica si osserva, infatti, come il contenuto delle norme stesse sia sempre più determinato in sede comunitaria e come, di conseguenza, il ruolo della legge formale del Parlamento sia quantitativamente ridotto⁹. A tale riduzione quantitativa, però, non corrisponde una riduzione qualitativa: alla legge formale – che nel settore bancario, data la complessità della materia, assume quasi sempre la veste di legge delega – è, infatti, affidato il compito di tradurre nello specifico contesto normativo nazionale i precetti di matrice europea, avendo cura, però, di bilanciare gli interessi che vengono in gioco in quei settori in cui vi è un'incidenza diretta su diritti costituzionalmente tutelati¹⁰, come la libertà d'iniziativa economica (art. 41 Cost.) o i diritti individuali, e di porre i principi generali. Inoltre, la dottrina afferma che ormai l'armonia con il diritto comunitario “si traduce in uno specifico criterio di normazione secondaria, destinato ad orientare le scelte da assumere”¹¹. Rimanendo sempre in tema di normazione secondaria, un tratto distintivo non solo

⁹ Galanti E., *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in *Trattato di diritto dell'economia*, Gabrielli G., Piccozza E., vol. 5, CEDAM, Padova 2008, pp. 138-143.

¹⁰ In dottrina (Polidori S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2001, p. 30) si osserva come la moderna nozione di interesse pubblico debba confrontarsi con l'esigenza di conformare sia l'autonomia privata sia l'attività d'impresa ai principi di solidarietà, proporzionalità e rispetto per la persona umana (artt. 2, 3, e 41 Cost.), abiurando ogni pretesa di autoreferenzialità che sacrifichi le posizioni più deboli in favore di quelle più forti (si veda anche Amato G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 18).

¹¹ Maimeri F., in *Commento al l.u.b.*, Belli F., Contento G., Patroni Griffi G., Porzio M., Santoro V., vol. 1, Bologna-Roma 2003, p. 55 ss.

dell'ordinamento bancario bensì di tutto il diritto dell'economia è rappresentato dalla circostanza che lo “spazio delle regole” è destinato ad essere occupato prevalentemente dalla normativa secondaria delle autorità di controllo¹² – il che è, però, fisiologico se si considera l'alto tasso di tecnicismo della materia e la rapida obsolescenza delle regole in rapporto alla velocità dei cambiamenti del mercato.

Arrivati a questo punto non stupisce certo il fatto che l'ordinamento bancario sia oramai caratterizzato sempre più dall'intersecarsi di norme prettamente pubblicistiche e norme che, anche se di matrice privatistica, sono deputate alla tutela di interessi generali espressione di principi di natura costituzionale. Infatti, l'allargamento dei mercati e il mutamento delle tecniche contrattuali hanno spinto il legislatore negli ultimi tempi ad intervenire prevedendo una disciplina specificamente volta a garantire che, in determinati tipi di negoziazioni, la formazione della volontà negoziale e la sua concreta attuazione avvengano nel rispetto di principi superiori quali quello di parità effettiva e di equità sostanziale¹³. Gli obiettivi che hanno ispirato il legislatore ad intervenire in tal senso – si pensi *in primis* alla sopra citata legge n. 154 del 1992 in tema di trasparenza bancaria – sono

¹² In dottrina (De Poli M., *op. cit.*, p. 91 ss.; Capriglione F., *op. cit.*, p. 13 ss.; Galanti E., *op. cit.*, p. 135 ss.) si è osservato che uno dei tratti distintivi del diritto dell'economica – a cui il diritto bancario appartiene – è il massiccio uso legislativo della delega normativa alle autorità creditizie, Banca d'Italia prima tra tutte.

¹³ Gentili A., *Invalità e regole dello scambio*, in *Le invalidità nel diritto privato*, cit., pp. 80 142; Girolami M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, Padova 2008 p. 330; Passagnoli G., *op. cit.*, p. 23 ss.; De Poli, *op. cit.* p. 93 ss.; Castronovo C, Mazzamuto S., *op. cit.*, p. 250 ss.; Dolmetta A.A., *Trasparenza dei prodotti bancari: regole: con annessa selezione ragionata delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Zanichelli, Bologna 2013, p. 7 ss.; Lener R., *op. cit.*, p. 208 ss.

sostanzialmente tre, fra di loro connessi: giustizia, efficienza e razionalità¹⁴. Il legislatore degli ultimi anni, infatti, è intervenuto non per disciplinare tipi contrattuali, ma per regolamentare rapporti economici caratterizzati dalla posizione debole di alcuni soggetti¹⁵. In dottrina si parla a tal proposito di “demistificazione della logica della parità formale fra le parti del rapporto contrattuale” che induce il legislatore – ed ecco il punto che qui interessa – a frequenti regimi di adattamento della disciplina della nullità, il cui regime giuridico è calibrato sulla necessità di proteggere un interesse che non appartiene alla sfera superindividuale (ma investe l’esigenza di eliminare le pattuizioni che siano il frutto di un abuso di forza contrattuale)¹⁶. Inoltre, si sottolinea come “è assai significativo, peraltro, che proprio nella selezione e disciplina di tali ipotesi di squilibrio *strutturale* tra i contraenti in determinate tipologie di rapporti si realizzi, oggi, un’importante convergenza tra interventi

¹⁴ Secondo Gentili A., *Invalidità e regole dello scambio*, cit., p. 133, il legislatore europeo “invece di credere di poter senz’altro rimediare ai fallimenti del mercato frutto di irrazionalità individuali e collettive, che il liberismo non sempre corregge, con il dirigismo nelle sue forme accentuate (restano validi ovviamente certi limiti essenziali di ordine pubblico), causa spesso di una altrettanto inefficiente irrazionalità collettiva, ha scelto di *ripristinare fin dove è possibile attraverso strumenti giuridici la razionalità individuale compromessa*”.

¹⁵ Lener R., *op. cit.*, p. 216 ss.; Gentili A., *La nullità di protezione*, cit., pp. 81-82 il quale specifica che “non si tratta di una debolezza di natura socioeconomica, ma tecnica: debolezza del ruolo negoziale per ragioni di disinformazione, distanza, sorpresa, uso di tecnologie, pratiche sleali delle imprese, dipendenza economica e simili”. Si veda anche Zencovich V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”)* in *Giur. It.*, 2, 1993, p. 57 ss.

¹⁶ Polidori S., *op. cit.*, p. 12.

normativi ispirati non solo al sistema dei valori costituzionali, ma anche, direttamente, a quello delle fonti comunitarie”¹⁷.

Tornando al nostro tema, quanto fin qui esposto, evidentemente, non è fine a sé stesso bensì delinea lo specifico contesto normativo in cui l’indagine sulla nullità virtuale vuole compiersi. Si cercherà, pertanto, ora di rileggere i profili controversi della nullità per violazione di norme imperative, che si sono delineati nel capitolo precedente, alla luce delle specifiche caratteristiche dell’ordinamento bancario appena illustrate.

1.1. Vocazione pubblicistica e natura regolamentare del diritto bancario

Si è avuto modo di sottolineare più volte come, all’interno dell’ordinamento bancario, vengano in gioco una serie di interessi pubblici superindividuali variamente individuati. Infatti, se si pensa ai rischi che sono connaturati nell’attività bancaria, di cui si è accennato poco sopra, non stupisce affatto che lo stesso legislatore costituzionale abbia voluto ad essa riferirsi all’art. 47 Cost., qualificando il risparmio come valore che “la Repubblica incoraggia e tutela in tutte le sue forme”¹⁸. Del resto, la tutela del risparmio non può che avvenire – e lo afferma espressamente la seconda parte della norma – attraverso la disciplina e il controllo dell’esercizio del credito, ossia di quell’attività che, ai sensi dell’art. 10 T.U.B., svolgono le banche¹⁹. È lo stesso dettato costituzionale,

¹⁷ Cit. Passagnoli G., *op. cit.*, p. 19.

¹⁸ Per un commento analitico della disposizione si rimanda a Baroncelli S., *Costituzione commentata*, (a cura di) Bifulco R., Ceolotto A., Olivetti M., *Articolo 47*, Wolters Kluwer (One legale).

¹⁹ Galanti E., *op. cit.*, p. 120 ss.

dunque, a dimostrare come l'attività bancaria assuma una rilevanza fondamentale nell'ordinamento, tanto da essere sottoposta ad un rigoroso controllo e ad una attenta disciplina del legislatore.

Abbiamo così individuato la prima caratteristica idonea a riflettersi sul giudizio di nullità: l'intrinseca natura pubblicistica delle norme dell'ordinamento bancario.

Tale caratteristica ad uno primo sguardo parrebbe semplificare il giudizio di imperatività. Ci spieghiamo meglio. Dal momento che – come abbiamo visto – una consistente parte della giurisprudenza e della dottrina desume l'imperatività *ex art.* 1418 c.c. di una norma dal fatto che essa sia posta a protezione di interessi generali²⁰, la vocazione pubblicistica della disciplina dell'attività bancaria sembrerebbe consentire una generalizzata qualificazione in termini di imperatività delle norme componenti l'ordinamento bancario. Queste, infatti, possono essere

²⁰ Tra tutti De Nova G., *op. cit.*, p. 263, ma si rimanda per ogni altro riferimento bibliografico a quanto esposto *supra*, cap. I., par. 2. Nella giurisprudenza di legittimità si veda *ex multis* Cass. sent. n. 6601/1982 secondo cui “ai fini di cui all'art. 1418 c.c., le norme contenenti un divieto [...] possono essere considerate imperative [...] soltanto se dirette alla tutela di un *interesse pubblico generale* (corsivo nostro)”; Cass. sent. 5556/2023 secondo cui “sono da ricondurre alle norme imperative” quelle che rispondono “ad *interessi pubblici fondamentali* (corsivo nostro) rispetto ai quali, secondo il bilanciamento operato dal legislatore, l'autonomia del singolo viene ad essere subvalente”; Cass. SS.UU. sent. n. 8472/2022 secondo cui si tende ad utilizzare “tale nozione (n.d.r. la nullità) – e quella di norma imperativa – come strumento di reazione dell'ordinamento rispetto alle forme di programmazione negoziale lesive di *valori giuridici fondamentali* (corsivo nostro)”. Nella giurisprudenza di merito si veda anche Trib. Milano, sent. n. 10703/2018 secondo cui una norma è imperativa, e quindi, vincolante ed inderogabile “in quanto posta a tutela di un interesse generale e non meramente privatistico”.

agevolmente ricondotte alla protezione di interessi e valori generali di volta in volta individuati nella tutela del risparmio (così Cass. sent. n. 5114/2001), nella stabilità del sistema finanziario (così Cass. sent. n. 5114/2001; Trib. Alessandria, sez. I, ord. del 17/06/2024), nell'integrità ed efficienza del mercato (Così Cass. civ. sez. I, ord. n. 2338/2024²¹), nella sicurezza dei mercati (così Trib. Reggio Emilia, sent. n. 229/2008; Trib. Piacenza, sent. n. 140/2016) o, ancora, nello sviluppo dell'economia nazionale (così App. Roma 21/10/1987).

Le cose, però, non stanno proprio così.

Abbiamo infatti avuto modo di evidenziare (*supra*, cap. I, par. 2) come non ogni norma deputata alla protezione di un interesse generale sia idonea a rendere *virtualmente* nullo un contratto, in quanto – e lo ribadisce la più recente giurisprudenza di legittimità – “in relazione all’interesse tutelato, qualsiasi disposizione di legge, in quanto generale ed astratta, presenta profili di interesse pubblico, ma ciò non basta a connotarla in termini imperativi, dovendo pur sempre trattarsi di «preminenti interessi generali della collettività» o «valori giuridici fondamentali»; [perciò] il mero riferimento alla rilevanza economica (nazionale e generale) delle attività bancarie e finanziarie non vale di per sé a qualificare in termini imperativi tutta l’ indefinita serie di disposizioni del c.d. «diritto dell’economia», contenute in interi apparati normativi (come il T.U.B. o il T.U.F.)”²². Pertanto, dobbiamo concludere che, sì, la vocazione pubblicistica del diritto bancario influenza il giudizio di nullità, ma, al contrario di quanto

²¹ In particolare, la prima sezione afferma che le nullità negoziali nei rapporti con le banche hanno come fine ultimo quello di tutelare da un lato l’interesse generale all’integrità e all’efficienza del mercato, dall’altro quello particolare dei clienti/consumatori.

²² Cit. Cass., Sez. I, ord. n. 7243/2024

sembrerebbe di primo acchito, non lo fa ampliando i confini della nullità virtuale, bensì imponendo all'interprete una (ancora più) attenta valutazione degli interessi alla cui tutela è deputata la norma violata, in quanto, sebbene quasi tutte le norme del diritto bancario possano essere astrattamente ricondotte alla tutela della concorrenza, del mercato, dell'economia nazionale e via discorrendo, ciò non basta a qualificarle come imperative.

Ma vieppiù. Il medesimo ragionamento può compiersi anche in relazione alla seconda caratteristica idonea ad influenzare il giudizio di nullità, ossia la natura fortemente regolamentare dell'ordinamento bancario (e finanziario). La presenza di numerose fonti di carattere secondario e di un articolato apparato sanzionatorio amministrativo rendono, infatti, la valutazione di congruità della nullità con la *ratio* della norma – imposta, come si è visto, dall'inciso finale dell'art. 1418, comma 1, “salvo che la legge disponga diversamente” – estremamente complessa e legittimano un ampio ricorso al criterio del c.d. minimo mezzo²³.

Alla luce delle circostanze suesposte, ci sia consentito di sottolineare come l'interpretazione dell'art. 1418, comma 1, appaia ancor più circondata da un fitto alone di incertezza. Il rischio è, infatti, che, prescindendo da una valutazione concreta dell'assetto degli interessi in gioco, ci si lasci trascinare da facili e comode generalizzazioni giungendo così, per esempio, a privare di rilevanza civilistica dell'intero corpo di disposizioni bancarie (e finanziarie), confinando acriticamente la loro tutela al sistema di controlli

²³ Si veda *supra*, cap. I.

facenti capo della autorità di vigilanza²⁴. Così facendo, peraltro, si perde di vista la dimensione “funzionale” della nullità, intesa come strumento duttile che permette al giudice di allontanarsi dal piano della fattispecie per approdare a quello degli interessi, unico e solo in grado di consentire l’erogazione di un’adeguata e ragionevole tutela giurisdizionale

1.2. *Tutela del contraente debole: la nullità virtuale di protezione*

Accanto alle norme deputate alla tutela di interessi riferibili alla collettività, di cui si siamo appena occupati, dall’analisi delle caratteristiche più rilevanti dell’ordinamento bancario si è visto come, nella legislazione più recente in materia bancaria, sia emersa una diversa categoria di norme che, pur essendo finalizzate alla tutela del singolo, affondano le loro radici nell’esigenza di tutela del mercato concorrenziale e nella protezione costituzionale di un’iniziativa economica che sia rispettosa dell’utilità sociale. Si parla, naturalmente, delle c.d. nullità di protezione²⁵.

²⁴ Ci si riferisce a Cass. Sez. III, ord. n. 7243/2024 con nota di De Poli M., *Nullità virtuale e diritto dell’economia: il caso dei crediti cartolarizzati*, in *Le società*, 8, 2024, pp. 983-993.

²⁵ In dottrina si è affermato che scorretto è parlare – con riferimento alle nullità di protezione – di nullità *eccezionali*. Il punto ci interessa particolarmente dato che la possibilità di ammettere la virtualità delle nullità di protezione, come si dirà, comporta necessariamente un abbandono dalla teoria della fattispecie, teoria che, per l’appunto, le ricostruisce come nullità (non speciali ma) *eccezionali*. Si è, infatti, osservato (Passagnoli G., *op. cit.*, p. 13) che, se ci si allontana dalla teoria della fattispecie e si guarda al fenomeno della nullità come “disciplina di effetti del contratto rilevante, in tutto o in parte non congruenti col regolamento, in tal senso non vincolante, posto dai privati, tramite congegni tecnici differenziati, in ragione della diversa composizione di interessi gradatamente realizzata dalla norma”, si comprende come le c.d. nullità

Preso atto dell'importanza che l'istituto della nullità di protezione assume all'interno dell'ordinamento bancario, un'indagine sulla nullità virtuale nei contratti bancari non può, evidentemente, prescindere dal trattare il tema della nullità virtuale di protezione. Nell'economia di questo discorso, però, non è pensabile, né sarebbe utile ripercorrere nel dettaglio il lungo e complesso dibattito sulle nullità di protezione all'interno del codice del consumo e del T.U.B. Perciò, si rinvia per questi aspetti alla dottrina più autorevole²⁶, limitandoci qui a delineare il quadro normativo di riferimento in poche righe.

Quando si discute di nullità di protezione nell'ordinamento bancario ci si riferisce ai casi in cui la legge prevede dei parametri di trasparenza (che possono essere vincoli formali o sostanziali nella redazione del contratto oppure obblighi di comportamento), sanzionandone la violazione con la nullità, dai quali la banca e gli intermediari finanziari possono discostarsi esclusivamente *in melius*,

di protezione non sono qualificabili come norme eccezionali, insuscettibili di analogia ed inadeguate a dar criterio ad ipotesi di nullità virtuale.

Con riguardo alle nullità di protezione, la dottrina non ha mancato di osservare che l'importanza fondamentale che viene ad assumere lo scopo di protezione sottrae infatti la nullità “alla uniforme e omogenea staticità della fattispecie e la proietta in una prospettiva necessariamente mutevole di funzionalizzazione al tipo e alla natura della operazione economica sottesa” (Scalisi V., *Inefficacia*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Giuffrè, Milano 1971, pp. 368-369).

²⁶ Si veda in tal senso Dolmetta A.A., *op. cit.*; Alpa G. *La trasparenza bancaria*, Cacucci, Bari 2003; Civale F., AA. VV., *op. cit.*; De Poli M., *op. cit.*; Capobianco E., *op. cit.*; Girolami M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, Padova 2008; *Ead.*, *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2, 2015, pp. 172-214; Mirone A., *La trasparenza bancaria*, Cedam, Padova, 2012; Lener R., *op. cit.*, p. 231 ss.; Albanese A., *Contratto mercato responsabilità*, *cit.*, p. 56 ss.

ossia per migliorare la posizione negoziale della controparte. Contemporaneamente la legge prevede che anche la nullità debba operare ugualmente nella stessa logica del *favor* verso il cliente, potendo la nullità in tal senso essere rilevata officiosamente dal giudice²⁷. Le disposizioni in materia di trasparenza si articolano all'interno del titolo VI del T.U.B.²⁸ dedicato, per l'appunto, alla trasparenza bancaria, la cui norma di chiusura – l'art. 127 contenuto nel capo III, intitolato “regole generali e controlli” – sancisce in via generale che tutte le ipotesi di nullità menzionate nel titolo VI *operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio del giudice* (art. 127 co. 2 T.U.B.), fermo restando che le disposizioni sulla trasparenza sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente. Il quadro normativo, però, non è omogeneo, atteso che talvolta la nullità colpisce una singola clausola del contratto, talvolta, invece, travolge l'intero contratto²⁹. Inoltre, in dottrina si è osservato che la natura schiettamente protezionistica del cliente della banca delle norme di cui al titolo VI T.U.B è dimostrata non tanto dal comma 2 dell'art. 127 quanto, invece, dal comma 1 in forza del quale “le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente”. È dunque l'inderogabilità di tali disposizioni ad essere la dimostrazione più

²⁷ Girolami M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit. pp. 171-173

²⁸ La dottrina (Mirone A., *op cit.*) nota come all'interno del titolo VI del T.U.B. le disposizioni in materia di trasparenza si articolano in tre diversi corpi normativi e mette in evidenza come esistano delle linee interpretative comuni su cui confluiscono tutte e tre le discipline, pur sottolineandone le differenze.

²⁹ Dolmetta A.A., *op. cit.*, p. 5 ss.; Girolami M., *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)* cit. pp. 171-173.

netta del bisogno di protezione della clientela³⁰ che questo settore dell'ordinamento mira a soddisfare, anche se l'inderogabilità non sempre è la prova della funzione protettiva della norma: lo è quando, come nel caso in esame, si attegga a derogabilità *in melius*³¹. Ed è proprio la natura di derogabilità solo migliorativa delle disposizioni del titolo VI che legittima, dunque, l'assunzione della disciplina consumeristica quale parametro di lettura di questa disciplina³².

Così delineato il quadro normativo della nullità di protezione nella normativa bancaria, è possibile ora affrontare il tema della configurabilità di una nullità per violazione di norme imperative di protezione. Nell'affrontarlo si prenderanno le mosse da quella ricostruzione dottrinale che nega l'esistenza di una nullità *virtuale* di protezione e si cercherà, confutandola, di dimostrarne l'ammissibilità.

Si è già detto più volte che la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza tendono ad utilizzare come criterio da cui desumere l'imperatività della norma *ex art.* 1418 c.c. il fatto che quest'ultima sia posta a tutela di interessi generali della collettività.

³⁰ In dottrina (Dolmetta A.A.; *op. cit.*, p. 5) si osserva come la *ratio* della normativa sulla trasparenza non sia quella di far scendere la forza contrattuale dell'impresa per far salire quella della parte c.d. debole, quanto piuttosto l'interesse a che il "potere d'impresa, volto a costruire e gestire prodotti e servizi [...] sia esercitato in modo conforme a determinati obiettivi e secondo date regole (a contenerlo, a correggerne a e indirizzarne l'uso): prima di ogni altro, in ordine logico, ci sarà l'interesse a che questo potere non si trasformi, nel farsi del suo esercizio, in una massa di abusi (in termini, se non altro, di approfittamento da posizione)". In senso critico si veda Ferro-Luzzi P. *Lezioni di diritto bancario*, I, *Parte generale*, Giappichelli, Torino 2012, p. 167 ss.

³¹ De Poli M., *op. cit.*, pp. 153-154.

³² *Ibidem*.

Si è già detto anche che gli interessi tutelati dalla normativa di protezione sono gli interessi del contraente debole che, almeno apparentemente, si pongono al di fuori di quegli *interessi pubblici fondamentali*³³ di cui parla la giurisprudenza.

Si aggiunga ora che:

a) La nullità di protezione è, sì, rilevabile d'ufficio dal giudice ma, dovendo operare a solo vantaggio del consumatore, essa può essere dichiarata d'ufficio dal giudice solamente se sia congrua con la scelta processuale del consumatore. Ciò significa che la nullità di protezione appare, potenzialmente, come una nullità “sanabile”³⁴, ossia come uno strumento di cui il contraente debole può “disporre”³⁵.

³³ Si veda in tal senso la nota numero 20.

³⁴ Secondo Girolami M., *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)* cit., pp. 192-193, questa affermazione deve essere letta con la massima attenzione, in quanto è necessario valutare molto attentamente se il contraente debole abbia manifestato una volontà sanante consapevole e ponderata nel momento in cui esercita il diritto a cui è collegata la comminatoria di nullità. In una prospettiva analoga si veda Pagliantini S., *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Le forme della nullità*, Pagliantini S. (a cura di), Torino 2009, 48 ss.

³⁵ Si tratta di espressioni che, in un certo senso, sono improprie e che necessitano di una serie di puntualizzazioni che si svolgeranno a breve. Sulla sanabilità della nullità di protezione si veda Perlingieri G., *La convalida della nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli 2001.

b) La nullità di protezione è, tendenzialmente³⁶, una nullità necessariamente parziale³⁷, atteso che la caducazione dell'intero contratto più che giovare al contraente debole, spesso gli nuoce. Ad esempio, non avrebbe senso che il cliente si vedesse caducato l'intero contratto, dovendo magari restituire *in toto* immediatamente la somma di denaro ricevuta, poniamo a titolo di mutuo fondiario, dopo aver denunciato che la banca aveva applicato condizioni più sfavorevoli rispetto a quelle pubblicizzate (non a caso infatti l'art. 117 co. 6 T.U.B. prevede in questo caso una nullità di protezione parziale con sostituzione automatica della clausola nulla).

Tutto ciò premesso, si capisce facilmente su quali basi una parte della dottrina, escluda, o comunque metta in dubbio, la configurabilità di una nullità di protezione virtuale³⁸.

³⁶ Vi sono, infatti, anche delle ipotesi in cui la nullità di protezione travolge l'intero contratto. Ad esempio l'art. 117 co. 3 T.U.B. prevede la nullità dell'intero contratto per inosservanza della forma prevista o per difformità dal contenuto tipico determinato dalla Banca d'Italia per alcune fattispecie negoziali (co. 8). La dottrina (Girolami M., *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, *cit., passim*) afferma che la rilevanza della nullità di protezione nella normativa sulla trasparenza bancaria si coglie pienamente (solamente) nei casi in cui l'invalidità colpisce l'intero negozio giuridico.

³⁷ E così, per esempio, è prevista la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati, nonché di quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti rispetto a quelli pubblicizzati (art. 117 co. 6 T.U.B.); ugualmente debbono considerarsi nulle le clausole di remunerazione degli affidamenti o degli sconfinamenti che prevedono oneri diversi o non conformi alla legge (e l'art. 117-bis co. 3 T.U.B. specifica che in questi casi la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto).

³⁸ Ci si riferisce alla ricostruzione prospettata da D'Amico G., *Nullità non testuale*, in *ED, Annali IV*, Giuffrè, Milano 2011.

Anzitutto, l'interesse tutelato dalle norme di protezione, si dice, è un interesse di natura individuale e, per questa ragione, si dubita che “una norma che tutela (per definizione) un interesse privato e particolare possa provocare la nullità del contratto (salvo che questa conseguenza non sia espressamente disposta dal legislatore)”³⁹. Inoltre, si argomenta che, anche a voler abbandonare la logica dell'interesse pubblico in favore di quella tesi⁴⁰ che ravvisa nell'indisponibilità dell'interesse tutelato dalla norma il criterio dirimente per stabilire se possa predicarsi la nullità virtuale di un contratto, proprio la circostanza che la nullità di protezione, ancorché sia rilevabile d'ufficio, possa essere dichiarata dal giudice solamente quando sia congrua con la scelta processuale del consumatore⁴¹, costituirebbe la

³⁹ La citazione è presa da D'Amico G., *Nullità non testuale*, cit., p. 825, nota numero 151.

⁴⁰ Ci si riferisce qui alla tesi prospettata da Albanese, il quale, come si ricorderà, sostiene che il perseguimento secondo modalità non bene precisate di un interesse socialmente rilevante non è sufficiente per predicare il carattere imperativo di una norma. Secondo la tesi in esame l'elemento distintivo di tutte le norme che prevedono la nullità del contratto, comprese ovviamente quindi quelle imperative, non risiede nel carattere generale dell'interesse tutelato bensì nelle modalità con cui la tutela è attuata dall'ordinamento. E così l'autore afferma che esiste un criterio unitario che consente di individuare l'imperatività della norma, rappresentato dall'indisponibilità dell'interesse protetto dalla norma stessa. Si capisce quindi che l'autore, una volta elaborato tale criterio, ammette senza ombra di dubbio la possibilità di configurare una nullità virtuale di protezione. Si veda Albanese A., *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit.; *Id.*, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit. Si rimanda inoltre alle considerazioni già svolte (cap. I, par. 2).

⁴¹ Dottrina e giurisprudenza sembrano ormai concordi nel ritenere che, quando il giudice si avveda dell'esistenza di una nullità di protezione, debba sottoporre la questione alle parti, stimolando un contraddittorio. A questo punto, se il contraente nei cui confronti è posta la nullità dichiara di volersene avvalere, il giudice la accerterà con sentenza idonea al passaggio in giudicato ex art. 2909 c.c. Si noti però che, con specifico riguardo alla disciplina della

prova che l'interesse tutelato dalla norma di protezione ha natura individuale e disponibile. Così facendo si esclude la configurabilità della nullità virtuale di protezione sia che si aderisca alla tesi della natura dell'interesse (essendo quello protetto dalla normativa di protezione un interesse individuale), sia che si aderisca alla teorica dell'indisponibilità dell'interesse (essendo quello protetto un interesse disponibile).

La tesi in esame prosegue poi notando come il disposto testuale dell'art. 1418 co. 1 c.c. (“È nullo il contratto...”) faccia ritenere che la nullità virtuale debba (o possa) riguardare l'intero contratto, ponendosi così in antitesi alla tendenziale natura parziale della nullità di protezione (si veda il punto *b) supra*). Ma non solo: si afferma che, considerata la circostanza per cui nella maggior parte dei casi le norme di protezione hanno ad oggetto un dovere di comportamento e non di validità, predicare l'esistenza di una nullità virtuale di protezione significherebbe assoggettare all'art. 1418 co. 1 c.c. anche la violazione di norme di comportamento. Cosa che la tesi considerata esclude⁴².

Dunque, così argomentando, parte della dottrina arriva alla conclusione che “l'idea di sanzionare attraverso la disposizione in esame [l'art. 1418, co. 1, c.c.] la violazione di «norme imperative di protezione»

trasparenza bancaria, la dottrina (si veda Dolmetta AA. *op. cit.*; Girolami M., *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, *cit.*, p. 202) afferma che, essendo evidente il pregiudizio per il cliente delle clausole sanzionate con la nullità di protezione, il giudice, avvedutosi dell'esistenza di un'ipotesi di nullità, dovrebbe senz'altro procedere a dichiararla d'ufficio e a sostituire la clausola secondo i criteri previsti dalla legge.

⁴² D'Amico G., *Nullità non testuale*, in *ED, Annali IV*, *cit.*, p. 825. Ad ogni modo, la questione è controversa e ce ne occuperemo *infra*, par. 1.3.

urta contro ostacoli (teorici e pratici) che sembrano assolutamente insuperabili”⁴³.

La tesi qui esposta appare *prima facie* molto rigorosa ed ancorata sia al dato normativo che alla ormai consolidata ricostruzione teorica delle nullità di protezione.

Eppure, ad un’analisi più approfondita, così pare non essere. Procediamo con ordine: la tesi che stiamo analizzando afferma che, sia adottando il criterio della natura dell’interesse sia aderendo alla teorica dell’indisponibilità, non è possibile configurare una nullità per violazione di norme imperative di protezione. Tralasciamo per il momento la tesi dell’indisponibilità e soffermiamoci più approfonditamente sulla natura dell’interesse tutelato dalla normativa di protezione.

⁴³ Citazione presa da D’Amico G., *Nullità non testuale*, in *ED, Annali IV*, cit., p. 826. Si noti, inoltre, che il medesimo autore, in *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *I contratti*, 7, 2008, pp. 732-744, dopo aver evidenziato che uno dei problemi fondamentali in materia di nullità di protezione riguarda la possibilità che le nullità di protezione, oltre che *testuali*, possano essere anche *virtuali*, propone una distinzione tra la “nullità di protezione *virtuale*” e “nullità *virtuale* di protezione”. Nel primo caso *virtuale* non è la nullità – che viene testualmente prevista dal legislatore –, bensì il suo carattere protettivo: si tratta cioè di ipotesi in cui ci si trova davanti ad una nullità *testuale* in relazione alla quale si prospetta il dubbio se applicare le norme generali del codice civile ovvero il regime della nullità di protezione. In questo caso la lacuna riguarderebbe non la previsione del rimedio (nullità) bensì la disciplina di esso. Nel secondo caso – quello da noi qui considerato – *virtuale* è la nullità: si tratta dell’ipotesi in cui il legislatore abbia dettato una norma imperativa senza indicare espressamente la nullità quale rimedio per la sua violazione. Secondo la ricostruzione dell’autore in questione – che noi qui non condividiamo –, solo la nullità di protezione *virtuale* sarebbe ammissibile. Nelle pagine che seguono, dunque, ci si riferirà esclusivamente alla seconda ipotesi prospettata, ossia alla nullità *virtuale* di protezione.

Ebbene, vero è che quest'ultima è prioritariamente deputata alla tutela di un interesse privato, com'è quello del cliente della banca, e che non è corretto affermare tautologicamente che ogni interesse protetto si tramuta in "generale" per il solo fatto che l'ordinamento lo considera meritevole di protezione: in tal modo si finirebbe, infatti, per trasformare arbitrariamente in valori dell'intera collettività gli interessi di una categoria di soggetti che il legislatore protegge rendendoli indisponibili⁴⁴. Ciò non significa, però, che si debba necessariamente escludere in radice che la normativa di protezione sia del tutto estranea alla tutela di interessi generali. Per questi motivi riteniamo si renda necessario un ripensamento della dicotomia interesse pubblico – interesse privato. Invero, a tal proposito si è osservato che, se già nello stesso codice civile il parallelismo tra nullità e interessi superindividuali incontra numerose soluzioni di continuità⁴⁵, a maggior ragione la successiva normativa speciale, anche di matrice comunitaria, induce a ritenere "non coerente ogni tentativo di ridurre lo strumento della nullità a presidio dei soli «interessi pubblici» nella loro accezione più tradizionale e a ipotizzare che possa essere qualificata come imperativa la norma che tende a rimuovere lo squilibrio contrattuale tra due soggetti in posizione economica, culturale e contrattuale differenziata"⁴⁶. Del

⁴⁴ Albanese A., *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., pp. 507-508; si veda anche la più volte citata Cass., Sez. III, ord. n. 7243/2024.

⁴⁵ Polidori S., *op. cit.*, p. 24; Passagnoli G., *op. cit.*; Gentili A., *La nullità di protezione*, cit..

⁴⁶ Valentino D., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1999, p. 261; si veda anche Gentili A., *Le invalidità*, cit.; *Id.*, *La nullità virtuale di protezione*, cit.; Passagnoli G., *op. cit.*

resto, è proprio questa la *ratio* a cui è ispirata l'intera disciplina sulla trasparenza: proteggere il contraente debole – identificato nel cliente – partendo dall'idea che, per quanto possa intuire le logiche economiche-giuridiche del mercato, egli non potrà mai eguagliare la competenza della banca nel settore del credito e del risparmio⁴⁷. Ecco che allora si rende necessario un ripensamento del concetto di interesse pubblico nel campo economico che tenga conto sia dei principi comunitari – primo tra tutti l'esistenza di un mercato libero e concorrenziale a tutela sia delle imprese che dei consumatori – sia dei principi costituzionali – tra cui quello dell'art. 47 Cost. che tutela l'iniziativa economica rispettosa dell'utilità sociale. Sono infatti tali principi che costituiscono le radici assiologiche della tutela normativa del contraente debole⁴⁸ e che ne permeano ogni aspetto. Tale ricostruzione consente di affermare la stretta connessione tra interesse pubblico e privato in campo economico e di evidenziare l'imprescindibile rilievo che in questa materia hanno assunto i principi comunitari.

Si è quindi osservato che tutti questi fattori “determinano progressivamente la concezione di ordine pubblico come presidio di interessi anche, ma non esclusivamente, pubblici: perché anche individuali, purchè fondamentali”⁴⁹ (e tali in quanto espressione di valori costituzionali primari dell'ordinamento⁵⁰). In altre parole, si consolida così l'opinione

⁴⁷ Girolami M., *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, cit., p. 173.

⁴⁸ Di Marzio F., *Contratto illecito e disciplina del mercato: profili attuali della invalidità contrattuale: nullità speciali, ordine pubblico e attività d'impresa*, cit., p. 67.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Le Sezioni Unite individuano quali interessi perseguiti dalla normativa di protezione “il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i

che riconosce la compatibilità tra valori di ordine pubblico (economico) e protezione di interessi individuali. La dottrina più autorevole non ha mancato di sottolineare che le nullità di protezione sono, nel discorso del legislatore comunitario e nazionale, strumento anzitutto di governo degli scambi, ma anche di tutela degli interessi di una parte. Queste nullità sono sicuramente anche espressione di ordine pubblico di protezione: difendono una delle parti del contratto (il c.d. contraente debole) dalle forme di irrazionalità che ne inquinano la scelta negoziale, come la sorpresa, la distanza, la disinformazione, la mancanza di alternative di mercato e via dicendo⁵¹. Tali nullità “non sono speciali, non sono di sola protezione ma anche di ordine pubblico [di direzione], e, in dipendenza del diverso modo di intrecciarsi dell’interesse privato protetto con l’interesse generale, non hanno una disciplina eguale in tutti i casi”⁵². Non a caso sono le stesse Sezioni Unite⁵³ ad affermare che ciò che differenzia le nullità di protezione dalla nullità di cui agli articoli 1418 ss., c.c., è la peculiare doppia natura che caratterizza le prime, rendendole strumenti di tutela non solo degli interessi generali del mercato (come accade per la nullità codicistica tradizionale), bensì, al contempo, anche delle istanze individuali del soggetto debole della contrattazione.

presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese” (cfr. punto 3.12.1. motivazione Cass. SS. UU. sent. 26242/2014).

⁵¹ Gentili A., *La nullità di protezione, cit., passim.*

⁵² *Ivi*, p. 91.

⁵³ Ci si riferisce alle celebri sentenze n. 26242 e 26243 delle Sezioni Unite del 2014 (cosiddette “sentenze gemelle”; cfr. punto 3.13.2. della motivazione uguale per entrambe).

Ecco che allora le nullità di protezione possono essere ridefinite come “nullità comminate in ragione della violazione di norme imperative di protezione, poste cioè a tutela non tanto (o non solo) di interessi generali, bensì (anche) di interessi particolari, o meglio “seriali”, riferibili cioè a categorie o classi di contraenti, che condividono il ruolo di soggetti in situazione di “strutturale” debolezza negli scambi del mercato”⁵⁴. Si deve dunque abbandonare la contrapposizione tra interesse pubblico e interesse privato tipica della teoria della fattispecie⁵⁵, in favore di una nuova concezione di nullità orientata verso un approccio funzionale che valorizzi il fine anzitutto di protezione del privato, e, di riflesso, dell’interesse generale. In quest’ottica “nelle nullità che definiamo di

⁵⁴ Gentili A., *Rimedi*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo V., vol. 4, 2° ed., Giuffrè, Milano 2022, p. 174.

⁵⁵ Sul punto si veda Passagnoli G., *op. cit.*, p. 14 ss. laddove afferma che a nulla vale la tradizionale distinzione tra interesse pubblico (alla cui protezione è deputata la nullità) e interesse privato (alla cui protezione sono deputati altri strumenti). L’autore rileva che va colto il diffondersi di ipotesi di nullità che sembrano alterare il fondamento sostanziale della nullità, che non appare più radicato in un interesse pubblico sovraordinato e necessariamente astratto rispetto a quello delle parti contraenti, bensì strumentale alla soddisfazione di un interesse particolare di una di esse, a cui il legislatore “più attento alle concrete esigenze di disciplina che alle simmetrie del sistema appresta tutela anche in punto di validità del contratto” (cit. p. 29). Dello stesso avviso è Gentili A., *La nullità di protezione, cit.*, a cui si riferisce l’argomentazione sopra svolta. Entrambi gli autori, inoltre, sottolineano non solo la *non eccezionalità* ma anche la *non specialità* delle nullità di protezione. In particolare Gentili sostiene il concetto di *specialità* (nella struttura, in quanto si tratta di una nullità necessariamente parziale e rilevabile d’ufficio solo se essa appare congrua con la scelta processuale del contraente debole, e nella funzione, in quanto posta a diretta tutela di un interesse privato e non pubblico) della nullità di protezione sia strettamente ancorato ad un approccio strutturale che, al posto di adeguare lo strumento della nullità alle nuove esigenze che nel corso del tempo emergono, cerca di ricondurre quest’ultime al paradigma della nullità codicistica pura (peraltro, rileva l’autore, anche nel sistema del codice civile vi sono nullità con funzione protettiva). Una volta esclusa la specialità delle nullità di protezioni sia Gentili che Passagnoli ne ammettono pacificamente la virtualità.

protezione è proprio l'ordine pubblico che richiede la protezione dell'interesse privato. È *rei publicae interest* che il privato sia protetto⁵⁶. Quando la scelta economica sottesa al patto è irrazionale, infatti, “la legge, che la sostiene per l'utilità che può dare e per la libertà che esprime, consente di invalidarla, perché non è veramente libera e non è in grado di dare utilità”. Ma – e questo è il punto – la protezione è concessa anche perché le scelte negoziali irrazionali sono nocive non solo per chi le compie ma anche nell'ottica di un “giusto ed efficiente sistema di governo degli scambi”. Il fine ultimo della normativa di protezione è dunque la tutela dell'ordine e dell'efficienza del mercato. Ciò è dimostrato dal fatto che all'interno delle nullità di protezione vi sono due anime: quella repressiva, espressione dell'ordine pubblico economico *di direzione* e quella protettiva, espressione dell'ordine pubblico economico *di protezione*⁵⁷. Il diritto privato europeo ha infatti costruito un ordine giuridico del mercato dove il perseguimento dell'utilità generale (l'efficienza del mercato) avviene mediante la tutela della razionalità (o, se si preferisce, la repressione dell'irrazionalità) delle scelte negoziali dei singoli⁵⁸.

Una volta dimostrato che anche la normativa di protezione tutela interessi generali si è superata la prima obiezione mossa da chi nega l'esistenza di una nullità virtuale di protezione. E lo si è fatto senza svalutare quel criterio, evidentemente caro alla giurisprudenza e alla dottrina maggioritaria, basato sull'interesse tutelato in favore della

⁵⁶ Gentili A., *La nullità di protezione*, cit., p. 107, a cui si riferiscono anche le successive citazioni; *Id.*, *Le invalidità*, cit., p. 1501 ss.

⁵⁷ Sul punto rimandiamo al paragrafo 2 di questo capitolo.

⁵⁸ *Ivi*, p. 109 ss.

ricostruzione che vede nella modalità di protezione dell'interesse l'elemento in grado di giustificare la nullità del contratto anche in assenza di una specifica comminatoria.

Passiamo ora al secondo argomento utilizzato da coloro che sostengono la tesi che qui si cerca di sottoporre a revisione.

Questi sostengono che, quand'anche si aderisse alla tesi dell'indisponibilità dell'interesse, in ogni caso non potrebbe predicarsi la nullità virtuale di un contratto che violi la normativa di protezione in quanto proprio il fatto che il giudice possa rilevare la nullità di protezione solamente se la rilevazione officiosa appare congrua con le scelte processuali del consumatore denoterebbe la disponibilità dell'interesse tutelato.

Orbene, quanto sopra prospettato può essere criticato sotto due distinti aspetti: l'uno attenente all'indisponibilità dell'interesse, l'altro alla rilevabilità d'ufficio. Quanto al primo aspetto, si deve rilevare che, nella ricostruzione considerata⁵⁹, l'indisponibilità assume un significato ampio, che non si risolve certo nella trasferibilità o irrinunciabilità di un diritto, bensì si traduce nella nullità del contratto che lede l'interesse protetto. Infatti, secondo la tesi in esame, l'indisponibilità dell'interesse protetto non sempre trova origine in una sua caratteristica intrinseca ma talvolta discende da una precisa scelta del legislatore, la quale si manifesta nella previsione di una determinata modalità di tutela⁶⁰. *Re melius perpensa*, se l'indisponibilità dell'interesse tutelato dalla norma può essere desunta dalla modalità di protezione dell'interesse, allora l'esistenza di una nullità,

⁵⁹ Ci si riferisce alla tesi di Albanese sull'indisponibilità dell'interesse. Si veda cap. I, par. 2.

⁶⁰ Albanese A., *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale, cit., passim.*

ancorché di protezione, è condizione sufficiente a dimostrare l'indisponibilità degli interessi tutelati dalle norme di protezione.

Si è quindi superata in prima battuta l'obiezione secondo cui gli interessi tutelati dalla normativa di protezione sarebbero disponibili.

Venendo ora alla relazione tra rilevabilità d'ufficio e indisponibilità dell'interesse, si deve qui notare che chi sostiene la teorica dell'indisponibilità ricostruisce la stessa rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione proprio come un indice di indisponibilità dell'interesse tutelato. Di conseguenza afferma che “una volta appurato che la nullità di protezione può (e deve) essere rilevata solo a vantaggio del contraente protetto, non si può negare che la tutela così predisposta dall'ordinamento possa operare, anche contro la volontà da questi manifestata, e che in questo modo sia sottratta al suo potere di disposizione”⁶¹. Particolarmente interessante è notare che, anche aderendo alla ricostruzione tradizionale basata sulla natura dell'interesse tutelato, la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione non è una prova convincente per argomentare che questa sia preposta alla tutela di interessi individuali, in quanto la rilevabilità d'ufficio delle clausole abusive o vessatorie è un mezzo scelto dal legislatore che si giustifica nell'ottica di tutelare principi di ordine pubblico economico quali, da un lato, la tutela del consumatore come contraente debole e la competitività del mercato dall'altro⁶². Infatti, sono gli stessi giudici di legittimità ad affermare che il potere di rilievo ufficioso delle nullità di protezione “appare essenziale al perseguimento di interessi pur sempre

⁶¹ *Ivi*, pp. 517-518.

⁶² Capobianco E., *op. cit.*, pp. 414-421.

generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti”⁶³.

Inoltre, affermare che il giudice non possa pronunciare la nullità del contratto quando questa pregiudichi il consumatore ovvero quando quest’ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, intenda opporsi alla sua disapplicazione, esprimendo in tal senso un consenso libero e informato alla clausola di cui trattasi, non significa perciò ridurre la nullità di protezione a strumento di cui il contraente debole può disporre liberamente, bensì risponde ad un’esigenza di razionalità che il sistema impone.

Peraltro, nell’ambito della disciplina sulla trasparenza bancaria il problema circa la rilevabilità d’ufficio delle clausole abusive non sembra nemmeno porsi in quanto, dato il contenuto pregiudizievole di tali clausole, difficilmente è immaginabile un interesse contrario del cliente a mantenere un contratto che lo danneggia, avvantaggiando la banca⁶⁴.

Rimangono due ulteriori profili da considerare ora: il primo attiene alla necessaria parzialità della nullità di protezione, il secondo, invece, attiene alla violazione di norme di comportamento.

Partiamo da quest’ultimo: si è già detto che chi nega la configurabilità di una nullità virtuale di protezione lo fa (anche) sul presupposto che, almeno tendenzialmente, la normativa di protezione ha ad oggetto doveri di comportamento la cui violazione, pertanto, non parrebbe poter essere sanzionata con la nullità per violazione di norme

⁶³ Cass. SS. UU. Sent. n. 26242/2014 punto 3.13.3.

⁶⁴ Girolami M., *Le nullità dell’art. 127 T.U.B. (con l’obiter delle Sezioni Unite 2014)*, cit., p. 202.

imperative. Si tratta però di una questione assai controversa che affronteremo *infra*. Ci sia perciò consentito di limitarci in questa sede a notare come il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento nella legislazione di settore e, in particolare, nella normativa di protezione, risulta sempre più sfumato e meritevole di revisione⁶⁵. Per queste ragioni vi sono degli interpreti che si spingono fino ad estendere l'applicabilità dello statuto della nullità (anche virtuale) di protezione ad ipotesi di violazione di semplici regole di comportamento⁶⁶.

Veniamo ora all'ultimo aspetto considerato, ovverosia la necessaria parzialità della nullità di protezione. Come si ricorderà, infatti, chi nega la figura della nullità virtuale di protezione afferma che la nullità virtuale, stando al tenore dell'art. 1418 c.c., dovrebbe involgere l'intero contratto mentre, al contrario, le nullità di protezione sono quasi sempre nullità parziali.

A bene vedere se tale argomentazione, ad un primo sguardo, pare essere estremamente aderente al testo della norma in realtà, ad un esame più approfondito, si rivela inconsistente⁶⁷. Invero, l'articolo 1419 c.c. nel disporre che “la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”

⁶⁵ In tal senso si veda Scognamiglio C., *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Europa e diritto privato*, 5, 2008, pp- 599-635.

⁶⁶ Ad esempio, Gentili A., *Le invalidità*, cit.; *Id. La nullità virtuale di protezione*, cit.; Passagnoli G., cit.; Perlingieri G., *Inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit.

⁶⁷ Albanese A., *Non tutto ciò che è virtuale è razionale*, cit., p. 519.

sembra proprio intendere che la nullità del contratto può essere totale o parziale, e che quest'ultima, quella parziale, in quanto espressione del principio generale di conservazione del contratto⁶⁸ (*utile per inutile non vitiatur*), non costituisce l'eccezione, bensì la regola⁶⁹. Per questa ragione, anche la giurisprudenza⁷⁰ considera l'estensione della nullità a tutto il contratto un evento eccezionale.

Ecco che è pur vero che le nullità di protezione sono *tendenzialmente* nullità parziali ma questo non osta alla possibilità di applicare l'articolo 1418 co. 1 c.c. che, dove si riferisce al "contratto", non postula necessariamente che la nullità debba estendersi all'interezza dell'atto, in quanto la regola generale è proprio quella della nullità parziale.

Inoltre, accogliendo la ricostruzione proposta da parte della dottrina⁷¹, nell'ambito della contrattazione diseguale, l'illiceità non sarebbe un predicato dell'atto ma della condotta contrattuale di una delle parti. In questo senso, se l'illiceità è predicato della condotta di una parte, allora la nullità che da essa discende – in un'ottica di efficiente calibrazione dell'estensione del rimedio – non può travolgere, senza contrastare la ragione della legge stessa, anche gli interessi della parte che l'ordinamento ha inteso tutelare.

Abbiamo così tentato di dimostrare che nemmeno la parzialità della nullità, vuoi perché espressione di una regola generale dell'ordinamento

⁶⁸ Si veda in tal senso: Di Marzio F., *La nullità del contratto*, cit., p. 392; *Nullità parziale*, in *Comm. breve al codice civile*, Cian e Trabucchi, Cedam, Padova 2022, p. 1547; Polidori S., *op. cit.*, p. 190 ss.

⁶⁹ Albanese A., *Non tutto ciò che è virtuale è razionale*, cit., p. 519.

⁷⁰ Si veda in tal senso Cass., III sez., sent. n. 11673/2003.

⁷¹ Di Marzio F., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 43.

che risponde al principio di conservazione del contratto, vuoi perché nella contrattazione diseguale l'illiceità è predicato della condotta e non dell'atto, osta all'applicazione dell'art. 1418 co. 1 c.c.

Ricapitolando, si è cercato in queste pagine di dimostrare come all'interno dell'ordinamento bancario (e non solo) sia configurabile la figura della nullità di protezione per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c. atteso che: (i) all'interno della normativa di protezione vi è una compenetrazione di interessi individuali (tutela del contraente debole) e generali (efficienza e competitività del mercato); (ii) che la rilevabilità d'ufficio solo a vantaggio del cliente, oltre a non porre particolari problemi all'interno del sistema delle nullità di protezione del T.U.B., non indica la disponibilità dell'interesse tutelato né collide con la legittimazione relativa; (iii) che la parzialità della nullità non osta all'applicazione dell'art. 1418 co. 1 c.c.; (iv) e che, benché parte della dottrina – anche quella favorevole alla nullità virtuale di protezione – non abbia mancato di evidenziare che, laddove si ammetta che sia l'interprete a dover calibrare la disciplina della nullità concretamente applicabile, a questo si attribuirebbe una amplissima discrezionalità in quanto egli dovrebbe in via preliminare accertare la nullità, indagando lo scopo della norma imperativa imperfetta violata nel contratto, e poi convincersi della natura protettiva della norma e della medesima natura protettiva della nullità che reagisce alla sua violazione⁷², nonostante questo, si diceva, nell'ambito della contrattazione bancaria, nel caso di violazione dalla normativa sulla trasparenza –

⁷² Di Marzio F., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 251.

della cui natura protettiva non si dubita⁷³ –, lo statuto della nullità è articolato dall'art. 127 T.U.B. Di talché, l'interprete dovrebbe limitarsi ad individuare la fattispecie della nullità virtuale, essendo poi la natura protettiva della norma violata condizione sufficiente per l'applicazione della nullità di protezione secondo la disciplina dell'art. 127 T.U.B.

Si noti, inoltre, che abbiamo cercato di dimostrare che è configurabile una nullità virtuale di protezione anche senza “sganciare la nozione di «norma imperativa» dal profilo della natura dell'interesse tutelato”⁷⁴ ed anzi, si è dimostrato che, proprio adottando il criterio dell'interesse tutelato, è ben possibile rispondere affermativamente alla domanda se la nullità protettiva possa essere l'esito del giudizio di nullità virtuale. Alla medesima risposta affermativa, peraltro, è giunta sia la giurisprudenza (Cass. SS. UU. Sent. n. 26242/2014, cfr. punto 3.13.3. della motivazione) sia la dottrina⁷⁵. In particolare, parte della dottrina specialistica, sul presupposto che la “dimensione pubblica degli interessi tutelati dalle disposizioni del T.U.B. rimane integra anche a fronte della disponibilità privata della rilevanza della nullità”⁷⁶, ha ammesso la virtualità della nullità di protezione in una serie di ipotesi nell'ordinamento bancario: così, ad esempio, si è ipotizzata la nullità virtuale –

⁷³ In tal senso De Poli M., *op. cit.*; Girolami M., *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, cit.; Polidori S., *op. cit.*, p. 17.

⁷⁴ D'Amico G., *op. cit.*, p. 825.

⁷⁵ Si veda Albanese A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, *op. cit.*; *Id.*, *Non tutto ciò che è “virtuale” è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit.; D'Adda A., *nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova 2008; De Poli M., *op. cit.*; Di Marzio F., *La nullità del contratto*, cit.; De Poli M., *op. cit.*; Dolmetta A.A., *op. cit.*; Gentili, *Le invalidità*, cit.; *Id.* *La nullità di protezione*, cit.; *Id.*, *Rimedi*, cit.; Girolami M., *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, cit.; Passagnoli G., *op. cit.*

⁷⁶ Si veda De Poli M., *op. cit.*, p. 165.

necessariamente parziale – per violazione dell’art. 120-*bis*, titolo VI, T.U.B. nel caso in cui nel contratto sia inserito il diritto della banca di domandare al cliente, in occasione del recesso di quest’ultimo da un contratto a tempo indeterminato, un somma di denaro a titolo di penalità o di spesa⁷⁷.

Alla luce di quanto esposto, non riteniamo di condividere quella tesi che ravvisa all’interno dell’ordinamento giuridico ostacoli teorici e pratici insuperabili che non permettono la configurabilità della nullità virtuale di protezione⁷⁸. Qualora, infatti, si dovesse ammettere che la nullità protettiva non possa essere configurata quale conseguenza del giudizio di nullità virtuale, la (vasta) categoria delle – come direbbe Francesco Ferrara – norme proibitive imperfette resterebbe del tutto esclusa dai vantaggi e dalle finalità della peculiare disciplina della nullità di protezione. Così facendo, la ricostruzione dell’illiceità all’interno della contrattazione diseguale

⁷⁷ *Ivi*, pp. 160 ss.

⁷⁸Salvo poi pervenire al medesimo risultato ammettendo – sul presupposto che il moltiplicarsi di ipotesi di nullità testuali di protezione rende tali ipotesi non più eccezionali – l’applicazione analogica della nullità di protezione ad ipotesi non testualmente previste. Si tratta però di un procedimento – e lo ammette lo stesso D’Amico G., *Nullità non testuale, cit.*, p. 827 – che rischia di far sì che l’interprete finisca per colmare mediante il ragionamento analogico una lacuna solo apparente, sanzionando con la nullità fattispecie per cui, invece, il legislatore aveva consapevolmente e volontariamente escluso tale rimedio. Secondo il nostro parere, escludere la comminazione della nullità ex art. 1418 co. 1 c.c. per poi ammetterla attraverso il ragionamento analogico non pare molto sensato atteso che nel secondo caso l’interprete si configura come vero e proprio creatore di diritto – il ragionamento analogico è infatti un “argomento produttivo di diritto” (così Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu A., Messineo F., Mengoni L., vol. 1, Giuffrè, Milano 1998, p. 268) – e dunque si finisce proprio per ammettere (in misura maggiore) quella discrezionalità che, invece, si voleva evitare negando la fattispecie della nullità virtuale di protezione.

diverrebbe disarmonica: verrebbe applicato un rimedio palesemente inidoneo – giacché la nullità codicistica applicata ad ipotesi di abuso contrattuale, come si è visto, più che tutelare il contraente debole finirebbe per danneggiarlo – o rimarrebbero del tutto prive di protezioni situazioni che invece, compatibilmente con gli obiettivi e gli interessi tutelati dalla normativa di protezione, potrebbero (e dovrebbero) trovare idonea tutela⁷⁹. In questi casi il *vulnus* non sarebbe arrecato solamente agli interessi individuali dei contraenti deboli bensì ad un bene pubblico di primaria importanza, ossia il mercato stesso⁸⁰.

1.3. Norme di validità e norme di comportamento

Nel paragrafo dedicato alle caratteristiche dell'ordinamento bancario si è avuto modo di notare come la normativa sulla trasparenza ponga in capo alle banche (ma, *mutatis mutandis*, lo stesso vale per gli intermediari finanziari) principalmente doveri di comportamento. Ci si chiede ora, perciò, se dinanzi alla violazione di un dovere di comportamento non altrimenti sanzionata possa trovare spazio l'applicazione dell'art. 1418, c.c., oppure se il principio della c.d. non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento ne osti l'applicazione.

La configurabilità della nullità virtuale per violazione di una norma di comportamento è una questione complessa su cui si è sviluppato un intenso dibattito dottrinale (non tanto giurisprudenziale, in quanto – come

⁷⁹ Di Marzio F., *Contratto illecito e disciplina del mercato: profili attuali della invalidità contrattuale: nullità speciali, ordine pubblico e attività d'impresa*, cit., p. 250.

⁸⁰ Così De Poli M., *op. cit.*, p. 165; Gentili A., *La nullità di protezione*, cit., p. 91 ss.

vedremo – la giurisprudenza, specie quella di legittimità, pare essere compatta nell'affermare la non interferenza tra norme di validità e norme di comportamento), acuito dall'avvento del “nuovo diritto dei contratti”⁸¹.

Con “principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità” si fa riferimento alla questione se “la violazione di una disposizione che prescrive al contraente una certa condotta, per lo più nella fase antecedente alla stipula del contratto, possa determinare, in mancanza di una specifica previsione di legge, non soltanto una sanzione risarcitoria ma, in alternativa, l'invalidità del contratto”⁸².

⁸¹ D'amico G., *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2002, p. 37-61. La distinzione nasce, originariamente, per contrapporre le regole di validità alle regole di buona fede. Si tratta di un ragionamento che ha padri nobilissimi e che conduce a ritenere che “in nessun caso, comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni” (così Mengoni L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, I, 1997, p. 11).

⁸² Perlingieri G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità*, *cit.*, p. 11. Si noti come egli sottolinei che di principio di non interferenza ha senso parlare solamente quando il rimedio non è espressamente previsto dal legislatore. In questo senso, secondo l'autore, non avrebbe senso discutere di nullità testuale per violazione di norme di comportamento.

Inoltre, la condotta precontrattuale imposta dal legislatore (o, come più spesso, accade da autorità amministrative indipendenti) può essere *specificata* (si pensi, ad esempio, all'obbligo di fornire informazioni circa un prodotto finanziario o un'autorizzazione al momento della stipula del contratto) oppure *generica* (si pensi al disposto dell'art. 1337 c.c. che impone l'osservanza dell'obbligo di buona fede e correttezza).

Ebbene, la dottrina prevalente, forte anche dell'intervento delle Sezioni Unite⁸³, che in modo solenne hanno statuito che “in nessun caso la violazione di un dovere di comportamento può determinare, in mancanza di espressa previsione di legge, l'invalidità del contratto”, appare compatta nel ritenere che le regole di condotta agiscano sempre su un

⁸³ Ci si riferisce alle celebri “sentenze Rordorf”, nn. 26724 e 26725 del 2007 (si veda Cap. I, par. 2) in cui la Corte di Cassazione ha escluso la nullità dei contratti di derivati stipulati senza le informazioni che l'articolo 6 della legge n. 1/1991 imponeva all'intermediario finanziario (nel caso concreto trattasi di una banca) di fornire al cliente. La Corte incentra la sua argomentazione sul principio di non interferenza tra norma di validità e norme di comportamento e così afferma che tale distinzione (quella tra norme di comportamento e di validità) è fortemente radicata nei principi del codice civile ed è difficilmente contestabile. Si afferma che lo stesso codice fa discendere dalla violazione del fondamentale obbligo, che grava su ogni contraente, di comportarsi secondo correttezza e buona fede, fondato sull'art. 2 Cost., conseguenze che comportano una responsabilità risarcitoria e che non possono essere “mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto, ancorché l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo”. Inoltre, i giudici ritengono che l'assunto secondo cui, nella legislazione moderna, la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe sbiadendo non sia sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento di tale principio. La Corte coglie inoltre l'occasione per ribadire che idonee a cagionare la nullità del contratto solo solamente quelle norme imperative che attengono alla struttura o al regolamento del contratto (sebbene – e lo riconosce la stessa – la portata applicativa dell'art. 1418 comma 1, c.c. è stata ampliata ammettendo la nullità virtuale anche nel caso di violazione di norma che impongono requisiti soggettivi di uno dei contraenti, oppure nel caso di mancanza di una prescritta autorizzazione a contrarre etc.). Poi, alla domanda se nel settore dell'intermediazione finanziaria sia riscontrabile un principio di segno diverso che imponga una rilettura del principio di non interferenza, i giudici danno una risposta negativa (ma non mancano di ribadire che, laddove si ammettesse la nullità virtuale, essa sarebbe *di protezione*, rendendo la questione ancora più problematica la questione). Da ultimo, gli Ermellini non mancano di rilevare come non conti il fatto che gli obblighi di condotta posti in capo agli intermediari siano funzionali alla tutela del buon funzionamento dell'intero mercato, essendo “preordinati alla tutela di siffatto interesse il sistema di controlli facente capo all'autorità di vigilanza ed il regime delle sanzioni che ad esso accede”.

piano distinto – com'è quello della responsabilità contrattuale o precontrattuale, a seconda che la violazione avvenga nella fase attuativa o prenegoziale – rispetto a quello dell'invalidità⁸⁴.

La questione attorno alla quale ci sembra ruotare sia la giurisprudenza che parte della dottrina – al netto delle diverse argomentazioni utilizzate – attiene alla tutela del principio di certezza del diritto⁸⁵, declinato nelle sue articolazioni del principio di legalità e di prevedibilità delle decisioni giurisdizionali.

Ci pare, infatti, che tutte le tesi che predicano una rigida applicazione del principio di distinzione tra norme di validità e di comportamento lo facciano sul presupposto che questo costituisce un diretto precipitato del principio di legalità⁸⁶, volto ad escludere che il giudice possa comminare giudizialmente la nullità del

⁸⁴ Così ad esempio Trabucchi A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, CEDAM, Padova 1937, p. 105 ss., ritenuto uno dei padri della distinzione tra norme di validità e di comportamento; Benatti F., *La responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2, 1956, p. 360 ss.; Nappi F., *Responsabilità precontrattuale: il dictum delle Sezioni Unite al collaudo di un giudizio applicativo*, in Tatarano G., Perchinunno R. (a cura di), *Studi in memoria di Giuseppe Panza*, Napoli 2010, p. 470 ss.; Castronovo C., *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II, Un contratto per l'Europa*, XXIV, Giuffè, Milano 2001; Scognamiglio C., *op. cit.*; Maggiolo M., *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Trattato dir. civ. comm.*, Cucu A., Messineo F., Mengoni L., continuato da Schlesinger P., Giuffrè, Milano 2012, p. 498; Albanese A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto, cit.*; *Id.*, *Contratto mercato responsabilità, cit.*, p. 198 ss.

⁸⁵ Anche Castronovo C., *Principi di diritto europeo dei contratti, cit.*, evidenzia come il principio di non interferenza tra regole di validità e di comportamento sia funzionale a garantire l'esigenza di certezza del diritto.

⁸⁶ Così Pagliantini S., *Nullità virtuali di protezione?*, in *I contratti*, 9, 2009, pp. 1040-1055. Si veda anche Albanese A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corriere Giuridico*, I, 2008 pp. 107-122.

contratto dinanzi ad una clausola generale (ma anche di una regola specifica) di comportamento. E così si afferma che “non ha senso accostare nullità virtuale di protezione e obblighi di condotta: per l’elementare ma decisiva ragione che il significato autentico del principio di non interferenza tra le due regole si coglie nell’enucleazione di un divieto di comminare giudizialmente la nullità del contratto che violi una clausola generale di comportamento”⁸⁷. Tale argomentazione non ci pare convincente. Se effettivamente nel nostro sistema giuridico l’impiego di clausole generali è sempre stato circondato da un atteggiamento di diffidenza, non può certo dirsi, però, che le regole di comportamento imposte dalla normativa di protezione si traducano in clausole generali (al contrario, si tratta di norme talvolta estremamente tecniche e specifiche)⁸⁸.

⁸⁷ *Ivi*, p. 1041.

⁸⁸ Su questo concorda D’Amico G., *Nullità non testuale, cit.*, p. 826 che afferma quanto segue: “il contenuto e la funzione di tale principio [quello di separazione della regole di validità e di comportamento] non sono quelli di escludere la possibilità che la nullità consegua alla violazione di una (qualsivoglia) regola di comportamento magari specificamente individuata e formulata dal legislatore (corsivo nostro), ma piuttosto quelli di impedire che un simile rimedio sia fatto discendere dalla violazione di una regola di comportamento ricavata dal giudice in sede di concretizzazione di una clausola generale”. L’autore poi, com’è ben noto, esclude la possibilità di una nullità (necessariamente di protezione) virtuale sulla base degli argomenti che abbiamo ampiamente analizzato *supra*. Cionondimeno, sembra ammettere la possibilità di una nullità di protezione per violazione di norme di comportamento ricavata in via di interpretazione analogica (si veda *supra*, nota n. 78). Sembra inoltre sfuggire, sia a parte della dottrina sia anche alle Sezioni Unite, il fatto che un conto sono le regole di condotta *ex fide bona*, che per loro natura sono connotate dalla vaghezza tipica delle clausole generali, un conto sono le regole di condotta *in generale*, che non necessariamente sono connotate da vaghezza o incertezza. Quest’ultime infatti sono norme analitiche, frutto di una politica di vertice

Da un'altra prospettiva, si è argomentato, in modo più convincente, che la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento opera su un piano logico: “essa è specchio di una distinzione tra ciò che nel contratto appartiene all'atto, e ciò che appartiene alla regola”⁸⁹. In altri termini, l'invalidità concerne la regola, non l'atto. Viceversa, la violazione di norme di condotta incide sull'atto, non sulla regola.

Ma nemmeno questo pare essere un criterio dirimente. Sappiamo infatti che, ad esempio, l'incarico al mediatore non iscritto all'albo, o il subappalto di opera pubblica non autorizzato dalla p.a. sono nulli *ex art.* 1418, comma primo. Lo sono perché violano quella norma imperativa che vieta la conclusione del contratto senza autorizzazione o iscrizione. Invece, non è nulla la vendita di prodotti finanziari senza l'adeguata informazione al cliente⁹⁰. Eppure, non potrebbe forse dirsi che, anche in questo caso, il contratto è nullo perché viola quella norma che vieta la sua stipulazione in assenza dell'adeguata informazione al cliente?⁹¹

Se così fosse allora la *ratio* del principio di interferenza andrebbe cercata altrove. E parte della dottrina l'ha rinvenuta nel “carattere

sottratta, come tale, alla discrezionalità giudiziale. Sul punto si veda Natoli R., *Sul dialogo tra diritto civile e diritto dei mercati finanziari in punto di regole di validità e regole di responsabilità*, in *Le invalidità nel diritto privato*, cit., p. 417 ss.

⁸⁹ Sul punto Gentili A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, IV, 2008, pp. 393-402 (cit. p. 398).

⁹⁰ Lo affermano chiaramente le Sezioni Unite nelle “sentenze Rordorf” (si veda *supra*, nota numero 84).

⁹¹ Si tratta dell'interrogativo che si pone anche Roppo V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 542.

non documentale della violazione”⁹². Secondo questa ricostruzione, pertanto, il principio di non interferenza ha senso di esistere e viene applicato in modo sistematico dalla giurisprudenza non perché risponda ad una distinzione di carattere logico, bensì perché, predicare la nullità dell’atto dinanzi a violazioni che sono prive del carattere di “documentarietà” e che pertanto richiedono un’istruzione probatoria (anche non documentale), significherebbe rendere il giudizio di nullità un giudizio prevalentemente di fatto, in relazione al quale sarebbe mal conciliabile il principio di rilevabilità d’ufficio della nullità⁹³. In quest’ottica, la distinzione sarebbe non più quella tra norme di validità e norme di comportamento, ma tra norme la cui violazione è suscettibile di evidenza documentale e norme la cui violazione non è suscettibile di evidenza documentale.

Ci sia consentito di fare due osservazioni in merito: anzitutto sembra che anche questa tesi sia riconducibile alla necessità di circoscrivere il potere decisorio del giudice al fine di garantire il principio di certezza dei traffici giuridici, evitando di subordinare la validità di un atto ad un giudizio di natura (anche) fattuale il cui esito diviene (ancor più)

⁹²*Ivi*, p. 542, il quale afferma che, mentre è accertabile documentalmente se l’operatore incaricato di un contratto di mediazione è o non è iscritto all’albo, e così ugualmente nel caso della sussistenza di una autorizzazione da parte della p.a., diversamente avviene nel caso della violazione di obblighi di informazione precontrattuale, il cui accertamento richiede un’istruzione probatoria che non è strettamente documentale.

⁹³ Si afferma in tal senso che “escludere le norme sull’informazione precontrattuale (e tutte le altre che parimenti non sono suscettibili di evidenza documentale delle corrispondenti violazioni) è criterio di giudizio che si giustifica essenzialmente perché il suo opposto avrebbe come risultato un serio scardinamento della dimensione e della figura processuale del giudizio di nullità, per come il sistema ce lo consegna” (Roppo V, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf, cit.*, p. 542, par. 9).

imprevedibile; in seconda battuta, probabilmente tale ricostruzione coglie nel segno laddove spiega l'atteggiamento adottato dalla giurisprudenza nel 2007 e riconfermato anche nel 2022⁹⁴.

In merito alla correlazione tra principio di non interferenza e certezza del diritto, della stessa nostra opinione è anche parte della dottrina⁹⁵ che, nel sostenere l'inesistenza della distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, non manca di sottolineare più volte come tale distinzione non trovi alcun fondamento positivo nell'ordinamento giuridico ma sia frutto di un'elaborazione teorica (ancorata alla teoria della fattispecie) dettata dal timore di un "decisionismo giudiziale" che si avrebbe laddove si superasse il principio di non interferenza. In realtà, sostiene questa tesi, ogni regola, anche la più chiara e definita, passa da un controllo sistematico e quindi da un'attività interpretativa: certo, il giudice non può creare regole di validità ma la concretizzazione del rimedio invalidante è attività rimessa sempre all'interprete, salvo che non si voglia tornare all'idea del giudice "bocca della legge". Non esiste ipotesi di nullità (virtuale ma anche

⁹⁴ Ci si riferisce alla sentenza della Sezioni Unite n. 33719/2022. Ma sul punto si veda *supra*, cap. I e *infra* cap. III.

⁹⁵ Perlingieri G., *Inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, *cit.*, *passim*. Si noti che l'autore afferma il principio di distinzione tra norme di validità e norme di comportamento ha senso soltanto se capace di risolvere i casi nei quali non è previsto espressamente dal legislatore uno specifico rimedio demolitorio. Critico sul punto è Nappi F., *op. cit.*, p. 1195, secondo cui la norma di comportamento può essere elevata a norma di validità solamente dal legislatore, il quale disponga espressamente la nullità. L'autore sembra affermare che la nullità per violazione di norme di comportamento può esservi ma solo nella sua forma testuale.

testuale) che si predichi a prescindere dall'analisi del caso concreto. Non esiste, infatti, nessuna norma che dispone, a priori, che in caso di violazione di una regola di condotta non possa predicarsi l'invalidità dell'atto. Ed anzi, il principio di non interferenza in questo senso appare di per sé in contrasto con il disposto dell'art. 1418, co. 1, il quale discorre semplicemente di "norme imperative" senza alcuna ulteriore specificazione o distinzione, che, in quanto tale, ha natura prettamente teorica⁹⁶.

Ciò non significa – specifichiamo – che allora dinanzi ad una qualsiasi violazione di una norma di comportamento si debba predicare la nullità dell'atto. Spetta, infatti, al giudice – valutati in concreto gli interessi in gioco – stabilire quale rimedio appaia più ragionevole e proporzionato rispetto alla *ratio* della norma⁹⁷.

Ci permettiamo di rilevare che, al di là di alcune differenze, la tesi di Perlingieri non appare poi così dissimile rispetto a quella di Gentili⁹⁸, il quale – pur ribadendo che la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento opera sul piano logico – pone comunque in capo al giudice il compito di verificare se, nel caso concreto, "il comportamento sia occasione di un'alterazione della regola", ossia se il comportamento

⁹⁶ *Ivi*, p. 2. Diversa, invece, è la tesi di Albanese, *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale*, *cit.*, p. 535, secondo cui "nell'art. 1418, co. 1, cod. civ., trova accoglimento la distinzione tra regole di responsabilità e regole di validità, in conformità con un più generale principio che impedisce di considerare nullo il contratto ove la norma violata, ancorché imperativa, riguardi la mera condotta delle parti nella fase precontrattuale o esecutiva, prescindendo da qualsiasi considerazione riguardante l'oggetto della pattuizione o il suo contenuto concreto".

⁹⁷ *Ivi*, p. 93.

⁹⁸ Gentili A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, *cit.* a cui si riferisce la successiva citazione.

illecito interferisca con la corretta formazione della regola, potendo in questi casi il giudice invalidare l'atto.

Secondo la nostra opinione, la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento – laddove si sia convinti che trovi un fondamento sul piano logico – non può essere interpretata rigorosamente, negando *ex ante* che dinanzi alla violazione di una norma di condotta si possa far ricorso al rimedio dell'invalidità (che, nella maggior parte dei casi, dovrà necessariamente essere una nullità di protezione). Infatti, se le norme del “nuovo diritto dei contratti” sono deputate ad assicurare la razionalità delle scelte individuali perché solo così può essere tutelato l'ordine del mercato⁹⁹, allora rimanere inerti dinanzi, ad esempio, alla sistematica violazione degli obblighi di pubblicità precontrattuale, significa in ultima battuta comprimere l'interesse – che è necessariamente pubblico – all'efficienza e alla concorrenzialità del mercato¹⁰⁰. E non capiamo come ciò possa essere ammesso.

⁹⁹ In tema di correlazione tra normativa di protezione e interesse pubblico si veda *supra*, par. 1.3.

¹⁰⁰ De Poli M., *op. cit.*, p. 165 ma sembra pervenire alla medesima conclusione Gentili A., *La nullità di protezione*, *cit.*, p. 109-110. Ci paiono dello stesso avviso anche Perlingieri G., *Inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, *cit.* e Passagnoli G., *op. cit.*

1.4. La nullità virtuale nell'ordinamento bancario – ricapitolazione

Giunti fin qui è necessario fare una breve ricapitolazione prima di proseguire.

Nelle precedenti pagine si è cercato di mostrare la complessità e gli aspetti problematici dell'istituto da noi preso in considerazione. Sono proprio queste, infatti, che giustificano il nutrito dibattito giurisprudenziale e dottrinale che attorno ad esso si è creato.

In particolare, abbiamo avuto modo di tratteggiare le caratteristiche fondamentali di un settore ordinamentale così peculiare com'è il diritto bancario dove, si è visto, s'intersecano fonti normative comunitarie, principi costituzionali, leggi nazionali, normative secondarie delle autorità di vigilanza e strumenti di *soft law* (raccomandazioni, *best practices* etc.); dove, in forza della più recente legislazione di protezione, vi è una profonda commistione tra interessi individuali del contraente in quanto tale, interessi del contraente in quanto appartenente ad una categoria generale, interessi nazionali e sovranazionali.

A partire da queste considerazioni abbiamo tentato di mostrare come, nell'esaminare la nullità virtuale all'interno del contesto in esame, si debba tenere conto di una serie di aspetti quali (i) la natura pubblica, privata, o mista dell'interesse tutelato dalla norma; (ii) la distinzione tra regole di condotta e di comportamento ai fini del giudizio di validità; (iii) la congruità dell'invalidità con l'assetto di interessi tutelato dalla norma e (iv) la possibilità di configurare una nullità virtuale di protezione.

In relazione a quest'ultimo aspetto si è avuto modo di notare come il moltiplicarsi di figure di nullità che, accanto al paradigma codicistico

della nullità come strumento preordinato esclusivamente alla tutela di interessi generali, appaiono funzionalizzate alla protezione di un interesse (anche) privato, e, in particolare, all'interesse del contraente che non stipuli su base paritaria, giustifichi oggi più che mai una riflessione sulla possibilità di predicarne la virtualità. Abbiamo pertanto preso in analisi la disciplina di cui al titolo VI del T.U.B. (c.d. normativa sulla trasparenza) la cui funzione protettiva è inequivocabile e ci siamo interrogati se all'interno di essa sia o meno configurabile una nullità *virtuale* di protezione, arrivando a dare una risposta affermativa. Ci siamo poi interrogati sull'esistenza di una distinzione tra norme di condotta e norme di comportamento e sulla sua idoneità ad orientare il giudizio di nullità, finendo per concludere che – ammessa l'esistenza di tale distinzione – essa non può trasformarsi in un criterio che, applicato rigidamente, pregiudichi proprio quegli interessi che le norme intendono tutelare.

Nel fare ciò si è, inoltre, cercato di porre le basi teoriche per affrontare il prosieguo della nostra analisi che ci condurrà a capire se – allo stato del diritto vivente – la “bancarietà” di un contratto sia o meno idonea ad influenzare il giudizio di nullità *ex art. 1418*, comma primo.

2. Nullità per violazione di norme imperative e ordine pubblico economico: un problema definitorio

Nel discorrere della nullità virtuale di protezione e nell'intitolare questo scritto ci siamo riferiti in maniera diretta alla formula “ordine pubblico economico”. Ci sia pertanto qui

consentito di spiegare tale scelta e di inquadrarla alla luce delle conclusioni a cui siamo fin qui pervenuti.

Il tema dell'ordine pubblico economico è estremamente complesso e in merito si contrappongono svariate tesi. Il nostro obiettivo non è quello di delinearne un quadro completo ed esaustivo, bensì quello di cercare capire se tale formula possa assurgere a parametro di valutazione dell'imperatività della norma nel giudizio di nullità virtuale. In altri termini, vogliamo capire se, proprio come avviene per la clausola di ordine pubblico *tout court*, sia possibile affermare che, ai fini dell'applicazione dell'art. 1418, co. 1, imperativa sia la norma “contraria all'ordine pubblico economico”.

La risposta, lo anticipiamo subito, dipende da come s'intende tale clausola.

Partiamo con il dire che la formula “ordine pubblico economico” proviene dalla letteratura giuridica francese¹⁰¹ degli anni '30 del secolo scorso e sempre in tale ambiente trova una sua ampia elaborazione. È in quel contesto, infatti, che la formula inizia ad assumere una propria autonomia e si distanzia dal concetto classico di *ordre public*, proprio del *code civil*.

“Con la formula dell'ordine pubblico economico, la dottrina francese intende inizialmente registrare i significativi riflessi, anche nei rapporti tra i privati, di un fenomeno più generale che attraversa tutti i sistemi capitalistici dello scorso secolo e che può essere sinteticamente compendiato nel titolo della nota conferenza di Jhon Maynard Keynes: “*the end of laissez-faire*” [...]. Si prende atto dell'affermarsi del modello di

¹⁰¹ Inventore della formula è Ripet, il quale la utilizza nel saggio *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, Paris, 1934. Il concetto trova poi una sistemazione organica nella celebre opera di Farjat, *L'ordre public économique*, Paris 1963.

Stato dirigista, caratterizzato anche da interventi sempre più penetranti della legge sull'autonomia privata, attraverso prezzi e condizioni contrattuali imposti (legislazione vincolistica), divieti valutari, misure di sostegno all'occupazione, prime discipline sui cartelli d'impresa e sulla tutela della libertà di concorrenza, tutela attraverso misure imperative di certe categorie di contraenti nell'ambito del rapporto contrattuale” (Angelo F., *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Giappichelli, Torino 2018, p. 145).

Nella dottrina italiana, invece, manca uno studio tematicamente dedicato all'ordine pubblico economico, le cui problematiche vengono pertanto affrontate all'interno di studi dedicati al concetto di ordine pubblico *tout court*¹⁰², con esiti spesso contrastanti. Anzitutto, vi è chi contesta la categoria e nega che possa essere utilizzata autonomamente, secondo alcuni perché essa riguarda situazioni fra di loro diversissime e non riconducibili ad una categoria unitaria¹⁰³, secondo altri perché non sarebbe ravvisabile alcuna differenza sul piano sostanziale tra il concetto di ordine pubblico economico e quello generale di ordine pubblico¹⁰⁴.

¹⁰² Così Angelo F., *op. cit.*, p. 111 ss.

¹⁰³ Ferri G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano 1970, p. 15 ss.; *Id.*, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, p. 1038 ss., il quale afferma che “tutta quella serie di interventi attuati, in materia economica, dalle varie legislazioni speciali”, da cui dovrebbe emergere la nozione di ordine pubblico economico, “si presenta come un insieme certamente non armonico, se non, a volte, caotico”. Per queste ragioni, l'autore conclude che la formula “ordine pubblico economico” si configura come del tutto “generica ed inutilizzabile”.

¹⁰⁴ Panza G., *Buon costume e buona fede*, Jovene, Napoli 1973, p. 5 ss; *Id.*, voce *Ordine pubblico (teoria generale)*, XII, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1991.

Tra chi, invece, ammette l'autonomia della figura dell'ordine pubblico economico¹⁰⁵ si è osservato esso si caratterizza per la sua portata propulsiva, distinguendosi in ordine pubblico economico di *direzione*, espresso dagli interventi legislativi di indirizzo e sviluppo economico, e ordine pubblico economico di *protezione*, figlio degli interventi legislativi inquadrabili nella c.d. tutela del contraente debole.

L'ordine pubblico economico di direzione, dunque, “rappresenta il fondamento dei «principi giuridici di carattere generale» dell'ordine pubblico in senso economico, i quali assicurano il bilanciamento tra lo sviluppo sociale ed il progresso

¹⁰⁵ Ad esempio, Trimarchi P., *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1995 p. 235; Paladin L., voce *Ordine pubblico*, in *Nss. Dig. It.*, XII, Utet, Torino 1965, p. 130 ss.; Di Marzio F., *La nullità del contratto*, *cit.*, p. 225; *Id.*, *Contratto illecito*, *cit.*, p. 72 il quale, però, ritiene sia più corretto parlare di “ordine pubblico del mercato”, allontanandosi così dalle implicazioni ideologiche determinate dalla formula dell'ordine pubblico economico (sul questo punto specifico si veda Di Marzio F., *Contratto illecito*, *cit.*, p. 176 nota 22, p. 177); Angelo F., *op. cit.*, p. 145 ss. il quale però conclude che, allo stato attuale, la formula necessita di una rimediazione; Bianco G., voce *Ordine pubblico economico*, in *Digesto delle materie privatistiche – sezione commerciale*, Wolters Kluwer (One legale), 2005; D'amico G., *Ordine pubblico, illiceità contrattuale, illiceità, immeritevolezza, nullità*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2004; *Id.*, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, p. 625-661. Si veda anche Roppo V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale. Genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, pp. 769-790 secondo cui “l'ordine pubblico è la serie dei principi politici, sociali, economici che sono a base dell'ordinamento giuridico in un determinato momento storico” e gli stessi possono essere ripartiti in “diverse categorie, in ragione della natura degli interessi e dei valori tutelati”.

economico; tra l'economia di mercato e la garanzia costituzionale dei diritti sociali e dell'intervento pubblico in economia"¹⁰⁶.

L'ordine pubblico economico di protezione, invece, ha lo scopo di proteggere il contraente debole dinanzi all'imposizione di condizioni contrattuali inique determinate dallo squilibrio di potere contrattuale¹⁰⁷. Com'è ormai noto, l'idea di un ordine pubblico economico di protezione diviene centrale nel dibattito giuridico a partire dagli anni '90 e coincide con il superamento dell'idea dello "Stato come arbitro dell'economia"¹⁰⁸ e con la nascita del diritto dei contratti di derivazione comunitaria. Del resto, si è già osservato come, proprio a partire dagli anni '90 dello scorso secolo, la legislazione di matrice europea improntata alla tutela del "contraente debole" abbia assunto un ruolo via via sempre più importante fino a divenire elemento fondamentale della protezione del carattere concorrenziale del mercato¹⁰⁹.

In questo senso si capisce perché la dottrina oramai vada affermando che "proprio la recente vicenda del diritto comunitario dei contratti parrebbe [...] segnalare l'impossibilità [...] di tenere nettamente separati i due ordini di principi [ossia, ordine pubblico economico di

¹⁰⁶ Bianco G., *Considerazioni su ordine pubblico economico, Costituzione economica e diritto comunitario della concorrenza*, in *Archivio Giuridico F. Serafini*, 1995, p. 175 ss., cit. in Bianco G., *Ordine pubblico economico, cit.*, p. 2.

¹⁰⁷ Angelo F., *op. cit.*, p. 139; Bianco G., voce *Ordine pubblico, cit.*, p. 4; Di Marzio F., *Contratto illecito, cit.*, p. 67 ss. Si richiamano qui tutte le osservazioni, compresi i riferimenti bibliografici, fatte *supra* sulle norme poste a tutela del contraente debole.

¹⁰⁸ Così Mengoni L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1, 1997, pp. 2-20.

¹⁰⁹ Così Di Marzio, *Contratto illecito, cit.*, p. 175.

direzione e ordine pubblico economico di protezione] e gli strumenti per realizzarli”. Da un lato, infatti, la “tutela del mercato” non è più solamente “tutela della concorrenza” (tra imprenditori) ma altresì “tutela della libertà negoziale degli utenti e dei consumatori”; e, dall’altro, “gli interventi sul contratto (e, dunque, sulla libertà contrattuale) si rivelano sempre più funzionali (anche) all’obiettivo della strutturazione del mercato (concorrenziale)”¹¹⁰.

Veniamo ora al tema che qui ci occupa.

Per quanto riguarda il rapporto tra nullità virtuale e ordine pubblico *in generale*, evidenziamo che dall’adesione, sia della dottrina¹¹¹ che della giurisprudenza maggioritarie, alla teoria della natura

¹¹⁰ Cit. D’Amico G., *L’abuso di autonomia negoziale*, cit., p. 653.

Del resto, si è oramai concordemente ammessa la compatibilità tra valori di ordine pubblico e protezione di interessi individuali. Così Di Marzio, *Contratto illecito*, cit., p. 67; Passagnoli G., *Nullità speciali*, cit., p. 123; Polidori S., *op. cit.*, p. 25 ss.; Gentili A., *Nullità di protezione*, cit., p. 114 ss. Nella dottrina più risalente si veda Ascarelli T., *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell’unificazione*, in *Id. Saggi di diritto commerciale*, Giuffè, Milano 1955, p. 18 (cit. in Di Marzio, *Contratto illecito*, cit., p. 67) il quale spiega che il consumatore “è alla fine l’indifferenziato consociato il cui interesse viene considerato generale”. Sul punto si rimanda, inoltre, al par. 1.3. di questo capitolo.

¹¹¹ In particolare, si veda la tesi di Moschella G., *op. cit.*, p. 311 ss. In senso critico si veda Lonardo L., *op. cit.*, p. 85 ss. il quale, come già ricordato, nega che vi possa essere un collegamento tra ordine pubblico e imperatività della norma.

La questione circa la sovrapposizione tra co. 1 e co. 2 dell’art. 1418 c.c. è del resto molto controversa e sul punto si contrappongono diverse tesi. Per quel che a noi interessa, basti dire che, ricostruita la nullità *ex art.* 1418, co.1, c.c. in termini di nullità per illiceità si può ritenere che l’art. 1418 co. 1 sia funzionale ad ampliare i casi di illiceità di cui al co. 2 senza che si configurino indebite sovrapposizioni. Sul punto si veda sul punto anche Di Marzio, *Contratto illecito*, cit., p. 72 ss.; Sacco R., De Nova G., *Il contratto*, II, Utet, Torino 1993, p. 71 secondo cui il 1° comma si riferisce a divieti condizionati dalla qualità delle parti, dagli atti amministrativi etc. mentre il comma 2 si riferisce a forma di illiceità che sono rilevabili dallo stesso testo contrattuale.

dell'interesse consegue l'impiego della clausola generale dell'ordine pubblico come parametro del giudizio di imperatività. In questo senso si è correttamente osservato che “allora l'art. 1418, 1° comma cod. civ., finisce per essere letto come se dicesse: «è nullo il contratto contrario all'ordine pubblico»”¹¹²; che “la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza” concepisce le norme imperative quali norme d'ordine pubblico o ispirate esclusivamente all'interesse pubblico e “affida a tale qualificazione in senso pubblicistico il criterio fondamentale per distinguere, dalle norme imperative (o tra le norme imperative) previste dell'art. 1418, comma 1, quelle che importano [...] la nullità del contratto anche in assenza di esplicita previsione”¹¹³, o, ancora, che la giurisprudenza fa ricorso alla clausola di ordine pubblico “per verificare la natura derogabile o meno, ovvero il carattere imperativo della disciplina di diritto positivo”¹¹⁴.

Per quanto riguarda, invece, la clausola di ordine pubblico *economico*, la questione è maggiormente complessa. Anzitutto si è già notato come non tutta la dottrina sia concorde nell'ammetterne la cittadinanza all'interno del nostro ordinamento giuridico. Inoltre, anche tra chi ne ammette l'impiego si notano diversi atteggiamenti. Da un lato vi è chi ammette la nozione ai soli fini descrittivi¹¹⁵; dall'altro, vi è chi nega che essa possa essere uno strumento in grado di portare all'interno del contratto determinati valori ed in grado di determinare un particolare statuto della nullità, dandone valore sostanziale

¹¹² De Nova, *op. cit.*, p. 442.

¹¹³ Lonardo L., *op. cit.*, p. 71.

¹¹⁴ Federico A., *op. cit.*, pp. 150-151.

¹¹⁵ Ad esempio, Trabucchi A., *op. cit.*, p. 164.

solamente in quanto limite negativo all'autonomia contrattuale¹¹⁶. Vi è poi parte della dottrina e della giurisprudenza che riconosce l'utilità della clausola come strumento in grado di portare di valori *nuovi* all'interno del contratto¹¹⁷. Non manca, infine, chi, con riferimento alle nuove normative in tema di contratti, ricostruisce l'ordine pubblico economico più come strumento per rinvenire una *ratio* comune alle diverse disposizioni che come parametro di valutazione della liceità contrattuale¹¹⁸.

Come si vede, le opinioni sono molte e discordanti. Crediamo però si possa concordare con chi afferma che l'ordine pubblico, che sia *economico* o meno, assume ad oggi una funzione di tutela non tanto dell'ordinamento dal contratto, bensì della parte debole all'interno del contratto e che, in questo senso, esso concorre alla tutela del mercato. Così, nel tutelare la razionalità della scelta del singolo, esso tutela la razionalità e l'efficienza del mercato in *generale*¹¹⁹.

All'interno di un panorama interpretativo così disarticolato ciò che ci è dato osservare è dunque che, comunque inteso, l'ordine pubblico economico “partecipa delle sorti e del destino della clausola dell'ordine pubblico in cui è inserito”¹²⁰, clausola che è stata definita come tra le più inquisite sotto il profilo dell'indeterminatezza¹²¹.

Per i fini che qui ci occupano possiamo quindi concludere che la clausola dell'ordine pubblico economico non assume alcuna specifica

¹¹⁶ Si veda Ferri G.B., voce *Ordine pubblico* (dir. priv.) p. 1056.

¹¹⁷ Si veda Roppo E., *op. cit.*, p. 769 ss.

¹¹⁸ Così Federico A., *op. cit.*, p. 164.

¹¹⁹ Così di Marzio F., *Contratto illecito, cit.*, p. 177; Gentili A., *La nullità di protezione, cit.*, p. 100 ss.

¹²⁰ Federico A., *op. cit.*, p. 163.

¹²¹ Lonardo L., *op. cit.*, p. 12.

valenza distintiva rispetto a quella generale di ordine pubblico quando viene declinata all'interno del giudizio di nullità virtuale. Ed infatti, in dottrina si discorre, in tema di nullità virtuale, di ordine pubblico *economico* con riferimento all'individuazione della natura degli interessi di volta in volta tutelati¹²² ma non ci sembra che questo avvenga in modo diverso da quanto avviene quando si parla di *interessi di ordine pubblico* o di *interessi generali*. La giurisprudenza segue la dottrina e non riesce a ricostruire uno statuto teorico solido e coerente della clausola in questione. In tema di nullità virtuale sembra non volersene servire¹²³, forse per non alimentare ulteriori dispute ed incertezze all'interno di un dibattito, com'è quello sulla nullità virtuale, che di certezze ne ha ben poche.

Crediamo dunque che, con riferimento al giudizio alla nullità virtuale nell'ordinamento bancario, ci si possa senz'altro servire dell'espressione "ordine pubblico economico" ma con la consapevolezza che si tratta di un'espressione di sintesi attraverso la quale ci si riferisce alla *natura*, direttamente o indirettamente, *pubblicistica* di tutti quegli interessi e valori – emergenti soprattutto

¹²² Gentili A, *La nullità di protezione*, cit., p. 114, il quale afferma che le norme di matrice comunitaria sono poste a "tutela del privato e a difesa dell'ordine pubblico economico" e che le nuove nullità da esse scaturenti sono "parte dell'ordine pubblico economico" (corsivi nostri).

¹²³ Ci limitiamo a segnalare Cass., Sez. I, ord. n. 16706/2020 dove, nell'argomentare la sussistenza di un'ipotesi di nullità virtuale, i giudici esplicitamente fanno riferimento al fatto che la norma violata sia posta a tutela "dell'ordine pubblico economico". Inoltre, si trovano tracce della formula "ordine pubblico economico" nella giurisprudenza in materia societaria e di liquidazione giudiziale (Cass., Sez. I, ord. n. 28365/2023; Cass., sez. I, ord. n. 14919/2019; Cass. sent. n. 30020/2011) e nella giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato sent. n. 6340/2024; Cons. Stato sent. n. 6317/2023).

dal diritto dei nuovi contratti – che sono posti come parametro del giudizio di imperatività. Ma allora, a questi fini, che lo si chiami “ordine pubblico economico”, “ordine pubblico del mercato”¹²⁴ o, addirittura, “ordinamento pubblicistico dell’economia”¹²⁵ poco cambia: bisogna solamente definire il significato che se ne vuole dare. Ed è all’accezione appena ricostruita a cui noi abbiamo inteso riferirci nell’intitolare il presente scritto.

¹²⁴ Si tratta dell’espressione suggerita da Di Marzio F., *Contratto illecito, cit.*, p. 177.

¹²⁵ Si tratta dell’espressione suggerita da Ferri G.B., voce *Ordine pubblico* (dir. priv.), *cit.*, p. 1056.

CAPITOLO III

-

GIUDIZIO DI NULLITÀ VIRTUALE E “BANCARIETÀ” DEL CONTRATTO

Sommario: 1. Sui criteri di selezione della fattispecie considerata – 1.1. Il concetto di “bancariet ” del contratto – 1.2. La fattispecie considerata: il contratto bancario “a geometria variabile” – 2. L’influenza della “bancariet ” del contratto sul giudizio di nullit  virtuale – 3. Conclusioni

Nel presente capitolo, premessa la definizione di contratto bancario, si cercher  di rispondere alla domanda se e in che modo la “bancariet ” di un contratto sia in grado di influenzare le acquisizioni giurisprudenziali in tema di nullit  virtuale per violazione di norme imperative, ai sensi dell’articolo 1418, comma primo, del codice civile.

1. Sui criteri di selezione della fattispecie considerata

1.1. Il concetto di “bancarietà” del contratto

La risposta al quesito che qui ci occupa – ossia se la “bancarietà” di un contratto sia o meno un elemento in grado di influenzare il giudizio di nullità virtuale – parte della definizione di contratto bancario. Dobbiamo, perciò, ora capire specificamente a cosa ci riferiamo quando discorriamo di “bancarietà” di un contratto.

È impensabile, e non sarebbe utile per i nostri fini ripercorrere, in questa sede, l'evoluzione storica e le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che gravitano attorno alla nozione di contratto bancario. Ciononostante, riteniamo comunque utile, per comprendere appieno le ragioni che ci spingono a delimitare in un determinato modo la fattispecie da noi considerata, dare conto – sia pure in modo estremamente sintetico – dei problemi interpretativi che si celano dietro tale nozione.

Definire che cosa sia il contratto bancario e distinguerlo da altre fattispecie contermini è operazione particolarmente complessa, dal momento che le espressioni “contratto bancario”, “contratto delle banche”, “contratto finanziario” vengono sovente utilizzate in senso sinonimico. In effetti, il legislatore non si è mai preoccupato di fornire una definizione chiara e precisa di contratto bancario¹, nemmeno quando, nel codice del 1942, ha

¹ Né nel codice di commercio del 1985 né in quello del 1882 la materia dei contratti bancari fu oggetto di specifica disciplina. Probabilmente si pensava che

introdotto, all'interno del libro IV, il capo XVII, intitolato per l'appunto "dei contratti bancari"².

Di fronte al problema dell'individuazione della fattispecie del "contratto bancario" sono perciò storicamente sorte in dottrina due diverse macro-tesi.

fossero sufficienti a regolare la materia gli usi mercantili o la legge civile ma, soprattutto, si pensava che la scelta migliore fosse quella di lasciare all'autonomia contrattuale delle parti la determinazione di regole – regole che poi si sarebbero consolidate, trasformandosi in usi mercantili o clausole d'uso (sul punto si veda Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1993 p. 75 ss.). Volendo, perciò, trovare una ragione che spieghi il disinteresse del legislatore nel disciplinare la materia dei contratti bancari, essa può a buona ragione rinvenirsi nella fiducia, tipica del periodo ottocentesco, nella capacità del mercato di auto regolarsi, trovando soluzioni eque ai conflitti di interesse. In realtà, però, nemmeno la legge bancaria del 1933 si preoccupò di disciplinare le operazioni bancarie, limitandosi a prevedere la possibilità per Banca d'Italia di intervenire, tramite l'emanazione istruzioni, sull'attività negoziale delle banche quando questo fosse giustificato dall'esigenza di tutelare un interesse pubblico (art. 32 comma 1, R.D. n. 1736/1933) e lasciando il problema della disciplina del contratto bancario ancora aperto. Sul punto si veda De Poli M., *Il "contratto bancario" tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2004 pp. 261-294; *Id.*, *op. cit.*, p. 4 ss. e tutti i riferimenti bibliografici ivi indicati, nonché Capriglione F., *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2006, pp. 29-54; *Id.*, *Manuale di diritto bancario e finanziario*, *cit.*, p. 241 ss.; Bontempi P., *op. cit.*, pp. 277-278.

² Con il codice civile gli schemi contrattuali che già si erano affermati nella prassi vengono "giuridicizzati". Nemmeno, però, in questo caso il legislatore è riuscito a delineare chiaramente le caratteristiche del contratto bancario, atteso che la disciplina codicistica si limita a raggruppare una serie di contratti – che rimangono disciplinati nella loro individualità – sotto un *nomen* comune. A sostegno di quanto detto depono la circostanza che, nel capo del codice civile dedicato ai contratti bancari, non compaiono disposizioni trasversali ai diversi contratti. Sul punto De Poli M., *Il "contratto bancario" tra tutela della liquidità e trasparenza*, *cit.*, p. 279 ss.

Inoltre, come si è già avuto modo di sottolineare *supra* (cap. II, par. 1, nota numero 5), la disciplina codicistica non servì nemmeno a riequilibrare la disparità di potere contrattuale tipica del rapporto banca-cliente.

A quella “soggettiva” (Messineo, Pavone La Rosa), secondo cui la nozione di contratto bancario presuppone quella di attività bancaria³, si è contrapposta quella “oggettiva” (Minervini), secondo cui non è la banca a qualificare il contratto bancario, bensì è il contratto bancario che qualifica la banca quale soggetto che pone in essere professionalmente contratti bancari⁴.

³ In tal senso si è affermato che i contratti bancari disciplinati dal codice civile trovano la loro ragion d'essere in un elemento comune, ossia nella tutela della liquidità. Secondo questa tesi (sostenuta *in primis* da Libonati B., *Contratto bancario e attività bancaria*, Giuffrè, Milano 1965), dunque, il tratto accomunante le norme in materia di contratti bancari sarebbe rinvenibile nella necessità di tutelare la necessità della banca di ottenere il rimborso delle somme concesse a prestito (cioè della liquidità) e, pertanto, la disciplina codicistica dei contratti bancari sarebbe applicabile esclusivamente all'esercizio dell'attività bancaria in senso stretto, ossia all'attività di intermediazione nel credito.

Critico rispetto a questa tesi è De Poli M., *Il “contratto bancario” tra tutela della liquidità e trasparenza*, cit., pp. 282-287; *Id.*, *La contrattazione bancaria tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, cit., p. 33 ss. il quale rileva come “il *favor creditoris* e la più efficace tutela del meccanismo restitutorio”, che caratterizzano la disciplina dei contratti bancari, non siano funzionali alla tutela della liquidità della banca quanto, invece, a “rendere l'operazione più fluida perché si presume che la stessa sia consona ad un esercizio *professionale ed in serie*, ossia in condizioni di alta rischiosità, della singola operazione”. Inoltre, secondo la tesi qui in commento, alla predetta circostanza si deve aggiungere anche il fatto che “dalla disciplina codicistica non è dato trarre alcun indice del fatto che ciascun singolo tipo contrattuale ivi regolato, presupponga il compimento dell'attività di raccolta del risparmio in funzione di una sua parziale confluenza verso i richiedenti di credito”. Sulla base di queste argomentazioni la tesi esaminata pertanto conclude che “la chiave di lettura della tutela della liquidità quale *ratio* del sistema e indice dell'applicabilità alla banca delle disposizioni codicistiche va dunque abbandonata”.

⁴ Sul punto Capriglione F., *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, cit.; Bontempi P., *op. cit.*, pp. 277-278; De Poli M., *Il “contratto bancario” tra tutela della*

Questo, dunque, era il panorama interpretativo all'indomani dell'intervento del legislatore del '42.

Va ora rilevato che, a seguito della stagione interventista (in particolare con la normativa sulla trasparenza bancaria di cui al titolo VI del T.U.B.)⁵, con l'ampliarsi dei servizi, anche di natura finanziaria⁶, prestati dalle banche, si è assistito (e tutt'ora assistiamo) sempre più ad una perdita da parte del contratto bancario di identità e di rilevanza⁷. Invero, si è osservato che quest'ultimo “tende a confluire verso il contratto (o, meglio ancora, il servizio) latamente finanziario”⁸. In questo contesto appaiono evidenti i limiti della regolazione contenuta nel codice civile, ritenuta “specchio non più fedele del moderno *agere* bancario”⁹. A confermarlo, del resto, è lo stesso articolo 115 del d.lgs. n. 385/1993, il quale dispone che le norme in materia di trasparenza si applichino “alle attività svolta nel territori della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari”.

Per questi motivi, se già prima si metteva in dubbio che, anziché di “contratto bancario”, dovesse parlarsi di “contratti bancari”, ora, con l'avvento della disciplina sulla trasparenza e la possibilità per le banche di

liquidità e trasparenza, cit., p. 281 ss.; *Id.*, *La contrattazione bancaria tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza, cit.*, p. 33 ss.

⁵ Sulle ragioni che hanno indotto il legislatore ad intervenire in modo pesante sulla disciplina delle *operazioni contrattuali* della banca ci siamo già soffermati nel secondo capitolo, a cui pertanto si rimanda, anche per i riferimenti bibliografici.

⁶ Per un quadro generale sui servizi finanziari non possiamo che rimandare ad Annunziata F., *La disciplina del mercato mobiliare*, 11° ed., Giappichelli, Torino 2021.

⁷ Capriglione F., *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale, cit.*, p. 52, e riferimenti bibliografici ivi indicati; De Poli M., *La contrattazione bancaria tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza, cit.*, *passim* (ma soprattutto cap. II).

⁸ De Poli M., *Il “contratto bancario” tra tutela della liquidità e trasparenza, cit.*, p. 291.

⁹ Capriglione F., *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale, cit.*, p. 52.

svolgere attività finanziaria, si spiega perché i contratti *bancari* siano divenuti i *contratti delle banche*, ossia quei contratti tramite cui le banche offrono ai clienti i propri servizi, che possono essere “bancari in senso stretto” o “finanziari in senso lato”¹⁰.

1.2. *La fattispecie indagata: il contratto bancario a “geometria variabile”*

Così sinteticamente ricostruito il quadro interpretativo generale in tema di contratti bancari, procediamo ora ad individuare la fattispecie di cui ci occuperemo nel corso della nostra indagine.

Considerato che (1) oggi si dubita che possa parlarsi di una vera e propria autonomia del contratto bancario; che (2) le caratteristiche che contraddistinguono l’ordinamento bancario considerato nel suo complesso e che si riverberano sull’istituto della nullità virtuale, individuate nei precedenti capitoli, non appaiono a loro volta strettamente connesse alla nozione di “bancarietà” e che (3), per i nostri fini, la distinzione tra attività bancaria e attività finanziaria è quasi impalpabile, tanto che –

¹⁰ Ancora De Poli M., *La contrattazione bancaria tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, cit., p. 289. La dottrina più recente, inoltre, afferma che “si ritiene [...] che non vi sia un’essenza del fenomeno definito dall’art. 10 t.u.b., né del concetto a cui allude né del soggetto che la esercita. Sul piano giuridico la banca è un soggetto dotato di una capacità operativa modulare snodata su una serie di autorizzazioni delle quali una sola è coesistente alla qualificazione appunto come banca. La banca è tipologicamente caratterizzata dalla sua disciplina come l’intermediario finanziario con il massimo grado di polifunzionalità potenziale” (Capriglione F., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, cit., p. 236). Sul punto si veda anche Mazzini F., voce *Contratti bancari. Tutela del cliente*, cit., p. 3, secondo cui la nozione di contratto bancario risulta ormai “frammentata e composita”.

abbiamo visto – la giurisprudenza non sottilizza e parla genericamente di “disposizioni del c.d. diritto dell’economia” e la dottrina oramai definisce la banca come “l’intermediario finanziario con il massimo grado di polifunzionalità potenziale”, ci pare ragionevole adottare in questa sede una nozione estesa di contratto bancario.

Pertanto, con “contratto bancario” nel prosieguo intendiamo riferirci a tutti quei contratti che sono soggetti alla disciplina della trasparenza di cui all’art. 115 d. lgs. 385/1993.

Così delineato in via generale l’oggetto della nostra analisi, ci sia consentito di fare alcune osservazioni.

Il nostro obiettivo, com’è noto, è quello di capire se la “bancarietà” di un contratto in qualche modo influenzi il giudizio di nullità virtuale. Per raggiungerlo abbiamo scelto di adottare una nozione di contratto bancario senz’altro ampia, ma comunque in un certo senso ristretta se si considerano le osservazioni sopra fatte, in particolare al punto numero tre. Ed infatti, escluse dall’ambito di applicazione del titolo VI del T.U.B. sono proprio le attività *più finanziarie*¹¹, ricomprese nell’art. 24, comma 3, del d. lgs. 58/1998 (T.U.F.).

Per questa ragione ci chiediamo se non sia più utile per i nostri fini adottare una nozione di contratto bancario “a geometria variabile”. Spieghiamoci meglio: crediamo che sia funzionale rispetto al nostro obiettivo adottare due distinte nozioni di contratto bancario. L’una¹², più ristretta, che identifica il contratto bancario in quei contratti sottoposti alla

¹¹ Così Dolmetta A.A., *op. cit.*, pp. 15-16. Si tratta, ed esempio, di obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati etc.

¹² Per semplicità espositiva ci sia concesso di riferirci in seguito ad essa con l’espressione “contratto bancario in senso stretto”.

disciplina della trasparenza *ex art. 115 T.U.B.*; l'altra¹³, più ampia, che lo indentifica nel *contratto di cui parte è una banca*. Adottiamo, cioè, in questo secondo caso, un approccio soggettivistico, intendendo per contratto bancario qualsiasi contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi di natura bancaria o finanziaria, a condizione che di esso sia parte una banca¹⁴.

1.3. Premessa metodologica

Prima di addentrarci nella nostra indagine si rende necessario fare una breve premessa metodologica. Nel prosieguo prenderemo dapprima in considerazione il contratto bancario in senso stretto, e cercheremo di comprendere se, nel giudizio di nullità virtuale, sia possibile rinvenire un tratto distintivo che lo differenzi rispetto al contratto bancario in senso ampio.

Laddove questa ricerca dovesse dare esito positivo, concluderemo che effettivamente la “bancarietà”, in senso stretto, di un contratto è idonea ad influenzare il giudizio di nullità del contratto. Laddove, invece, questa ricerca dovesse dare esito negativo – con ciò significando che allora contratto bancario in senso stretto e contratto bancario in senso ampio, per i nostri fini, coincidono – procederemo a verificare se, invece, sia il contratto bancario in senso ampio ad essere idoneo a differenziare, caratterizzandolo, il giudizio di nullità virtuale.

¹³ Per semplicità espositiva ci sia concesso di riferirci in seguito ad essa con l'espressione “contratto bancario in senso ampio”.

¹⁴ Così anche Bontempi P., *op. cit.*, p. 279.

Nell'affrontare questa indagine, inoltre, scegliamo di considerare principalmente le pronunce dei giudici di legittimità, tralasciando l'esame della giurisprudenza di merito laddove pervenga alle medesime considerazioni di quella di legittimità.

In particolare, nel prendere in considerazione il contratto bancario in senso stretto, ci riferiremo alle numerose pronunce in tema di mutuo fondiario che si sono susseguite negli ultimi dieci anni nella giurisprudenza di legittimità. Benché esse si riferiscano ad un solo contratto, quello di mutuo fondiario, al loro interno vengono in luce tutti i principali profili interpretativi controversi in tema di nullità virtuale dei contratti bancari. Per questa ragione riteniamo che esse debbano costituire oggetto privilegiato della nostra indagine.

Da ultimo, specifichiamo che di seguito daremo per presupposto tutto quanto affrontato diffusamente nei precedenti capitoli a cui, pertanto, in relazione alle questioni già trattate, anche in nota, rimandiamo.

2. L'influenza della "bancarietà" del contratto sul giudizio di nullità virtuale

Così definita la fattispecie presa in considerazione, la nostra analisi può avere inizio.

Ricordiamo che il primo obiettivo che ci poniamo è quello di capire se, all'interno del diritto vivente, sia rinvenibile una distinzione tra "bancarietà" in senso stretto e "bancarietà" in senso ampio con riferimento al giudizio di nullità virtuale.

Nel fare ciò crediamo che la strada più agevole sia quella di assumere un parametro di riferimento in relazione al quale valutare se, e come, varino i principi posti dalle pronunce che considereremo.

Come parametro di riferimento assumiamo le sentenze delle Sezioni Unite numeri 26724 e 26725 del 2007 (di seguito “sentenze Rordorf” o “sentenze gemelle”), le quali rappresentano il punto di arrivo dell’elaborazione giurisprudenziale in tema di nullità virtuale dei contratti bancari intesi in senso ampio.

Le pronunce che andremo ad analizzare, invece, sono tutte decisioni particolarmente interessanti per i nostri scopi, dal momento che in esse la Cassazione si confronta con tutti gli aspetti maggiormente controversi del giudizio di nullità virtuale da noi ormai già diffusamente trattati, e sono le seguenti: Cass., Sez. I, sent. n. 26672/2013; Cass. Sez. I, sent. n. 17352/2017; Cass. Ord. n. ord. n. 4117/2022; Cass. SS.UU. sent. n. 33719/2022¹⁵; Cass. Sez. I, ord. n. 4760/2018.

¹⁵ Il tema affrontato da queste pronunce è quello dei c.d. mutui fondiari “eccedentari”, ossia quei mutui che non rispettano il parametro dell’80% della finanziabilità in base al valore dell’immobile dato in garanzia *ex* art. 38 T.U.B. Per dare al lettore un quadro più completo, di seguito si riassume brevemente la disciplina del mutuo fondiario. Il credito fondiario trova la sua disciplina agli artt. da 38 a 41 del Titolo II, Capo VI, Sezione I, del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Il disposto testuale dell’articolo 38, comma uno, T.U.B. così sancisce: “il credito fondiario ha per oggetto la concessione da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili”. Al comma due, invece, prescrive che “la Banca d’Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l’ammontare massimo dei finanziamenti, individuando in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti”. Dunque, affinché una concessione sia “fondiaria” esse deve essere una concessione: (i) da parte di una banca, essendo riservata alle stesse la concessione di credito fondiario; (ii) di un finanziamento, inteso qui in senso più economico che giuridico atteso che, a differenza di quanto previsto dalla

Posto che esse attengono tutte alla medesima fattispecie, scegliamo di considerare unitariamente le pronunce in tema di mutuo fondiario (ossia Cass., Sez. I, sent. n. 26672/2013; Cass. Sez. I, sent. n. 17352/2017; Cass. Ord. n. ord. n. 4117/2022; Cass. SS.UU. sent. n. 33719/2022)¹⁶.

Nell'individuare le questioni che hanno impegnato dapprima le Sezioni I e III e, successivamente, le Sezioni Unite

preesistente normativa che contemplava due tipologie contrattuali ben definite – il mutuo e l'anticipazione –, l'attuale disciplina, nel riferirsi genericamente a “finanziamenti”, consente l'utilizzo di ogni schema negoziale, tipico o atipico; (iii) a medio-lungo termine, ossia, secondo l'interpretazione più accreditata, avente una durata superiore a 18 mesi; (iv) che sia garantito da ipoteca di primo grado e che (v) sia rispettoso del coefficiente di concessione così come stabilito dalla Banca d'Italia in conformità con la deliberazione del CICR (art. 38 co. 2 T.U.B.). Così ricostruita la fattispecie considerata, si noti che ad un primo orientamento del 2013 in cui la Cassazione esclude la nullità del mutuo fondiario eccedentario se ne contrappone un altro (quello del 2017), contrario, che ne sancisce la nullità per violazione di norma imperativa. Nato sul punto un vero e proprio contrasto giurisprudenziale, la prima Sezione, con ordinanza interlocutoria n. 4117 del 9 febbraio 2022, rimette la questione della Sezioni Unite. Queste – come abbiamo già rilevato nel corso dei precedenti capitoli – mettono un punto fermo alla questione sancendo, con la pronuncia numero 33719 del 2022, la validità del mutuo fondiario eccedentario. Si richiamano qui tutte le considerazioni già svolte e i riferimenti bibliografici già citati nel corso del cap. I, par. 2.2.

¹⁶ Si noti che, come rilevato nella precedente nota, il mutuo fondiario è un contratto la cui stipulazione è riservata alle banche e pertanto rientra a pieno titolo all'interno del nostro campione di analisi (in tema di mutuo fondiario si vedano Aratari F., Romano G., AA.VV., *Il Diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali*, Wolters Kluwer, 2023, pp. 256-259; *Mutuo e credito fondiario in Comm. breve al codice civile*, Cian G., Trabucchi A., Cedam, Padova 2022, p. 1995; Capobianco E., *op. cit.*, p. 1703 ss.).

scegliamo di seguire le orme della prima Sezione, che correttamente le individua nella sua ordinanza interlocutoria¹⁷:

a) Giudizio di imperatività della norma.

Sia l'orientamento 2013 sia quello del 2017¹⁸ ricostruiscono l'imperatività della norma a partire dalla valutazione degli interessi alla cui protezione è preordinata¹⁹.

In tal senso i giudici rinvennero nella “protezione del sistema bancario” (Cass. sent. n. 26672/2013) e nel perseguimento di “obiettivi economici generali” (Cass. sent. n. 17352/2017) il fondamento della norma in esame (art. 38 T.U.B.) e da tali circostanze ne deducono l'imperatività. Chiediamoci, dunque, ora se nel ragionamento della Corte la “stretta bancarietà” sia un elemento dirimente. In altre parole, vediamo che cosa accade se alle decisioni in esame sottraiamo la “bancarietà” in senso stretto e la sostituiamo con una “bancarietà” in senso ampio. Ebbene, non faticiamo a trovare la risposta, in quanto sono gli stessi Ermellini a darla laddove, nel valutare l'imperatività della norma, richiamano – e danno attuazione a – principi espressi in pronunce che hanno ad oggetto contratti bancari in senso lato (Cass. sent. n. 26672/2013 punto n. 2; Cass. sent. n. 17352/2017, punto n. 6; Cass. SS. UU. sent. n. 33719/2022, punto n. 8.1).

¹⁷ Ci si riferisce chiaramente all'ordinanza della prima Sezione n. 4117/2022. Si veda sul punto l'attenta analisi di Princivalle S., *La nullità del mutuo “eccedentario” in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite: i contrasti fra le sezioni*, in *Notariato*, 4, 2022, pp. 353-360

¹⁸ Lo fanno anche le SS.UU. del 2022 ma in senso contrario. Si veda subito sotto.

¹⁹ Si richiamano qui cap. I, parr. nn. 2.1 e 2.2.

Se, infatti, poniamo attenzione al ragionamento che svolge la Corte capiamo come esso ricalchi la medesima argomentazione utilizzata dalle Sezioni Unite nelle “sentenze Rordorf”, ove il carattere imperativo della norma lì esaminata viene desunto dal fatto che essa è dettata “nell’interesse generale all’integrità dei mercati finanziari”. A loro volta, poi, le sentenze Rordorf richiamano la pronuncia della Cassazione numero 5052 del 2001, in tema contratti finanziari, che deduce l’imperatività della norma ivi considerata dalla circostanza che essa sia posta a tutela “del risparmio pubblico” o “della stabilità del sistema finanziario”. Analogo ragionamento può svolgersi per la pronuncia Sezioni Unite del 2022 ove, questa volta in senso contrario²⁰ ma utilizzando la stessa *ratio decidendi*, l’imperatività della norma viene esclusa sul presupposto che essa non appare espressione della “politica economica” o di “obiettivi economici generali”.

Ebbene, alla luce di quanto esposto ci pare arduo sostenere che la “bancarietà in senso stretto” sia idonea ad influenzare il giudizio di imperatività, atteso che – al netto di minime distinzioni di natura meramente terminologica –, nella giurisprudenza relativa ai contratti bancari in senso stretto, non registriamo alcuna differenza rispetto al giudizio di imperatività riferito al contratto bancario in senso ampio, né nei principi che concretamente vengono applicati né nelle loro modalità di applicazione.

b) Violazione di norme di comportamento.

²⁰ A differenza dell’orientamento del 2013 e del 2017, ove si afferma l’imperatività della norma, pur prevenendo poi a conclusioni opposte, le Sezioni Unite, invece, negano in radice la sua imperatività ma lo fanno – e questo è ciò che per noi conta – applicando la medesima argomentazione.

Punto centrale delle pronunce qui analizzate è il tema della distinzione tra norme di validità e norme di comportamento²¹. Di nuovo, sia pure con esiti diversi nel 2017, ci pare che i giudici non facciano altro che richiamarsi integralmente ai principi espressi nelle “sentenze gemelle” del 2007, aventi ad oggetto contratti bancari in senso lato. Infatti, il ragionamento fatto dalle Corti nelle sentenze Rordorf e in quelle relative al mutuo fondiario è speculare. Punto di partenza è l’assunto che norme imperative la cui violazione determina la nullità virtuale del contratto sono solo quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale predisposto dalle parti (Cass. SS. UU. sent. n. 33719/2022 punto 8.1; Cass. SS. UU. sent. n. 26724/2007 punto 1.7). Da ciò se ne deduce che le norme considerate, sia da un lato sia dall’altro, non sono in grado di determinare la nullità del contratto in quanto si tratta di norme “di buona condotta” (Cass. sent. n. 26672/2013 punto 2; Cass. SS. UU. sent. n. 26724/2007 punto 1.7) che attengono, da un lato, al “rapporto dell’organismo di vigilanza con le banche vigilate” e, dell’altro, al “sistema di controlli facenti capo all’autorità pubblica di vigilanza” (Cass. SS. UU. sent. n. 33719/2002 punto 8.2; Cass. SS. UU. sent. n. 26724/2007 punto 1.8). La perfetta specularità delle decisioni in esame vale ad escludere, anche in questo caso, che la “bancarietà” in senso stretta costituisca un *proprium* delle decisioni considerate.

c) Interpretazione dell’inciso finale dell’art. 1418, comma primo.

²¹ Per ogni altra considerazione sul tema si rimanda a cap. II, par. 1.3.

Intendiamo qui verificare se vi è una differenza tra “bancarietà in senso stretto” e “bancarietà in senso ampio” nel giudizio di congruità della sanzione rispetto alla *ratio* della norma²².

Anche in questo caso ci pare che la risposta da darsi sia negativa. Sia nelle citate sentenze relative al mutuo fondiario sia nelle sentenze del 2007, la giurisprudenza appare concorde nel ritenere che, dinanzi alla violazione delle norme che concernono la fase esecutiva o attuativa del contratto ovvero quella prenegoziale, non può predicarsi la nullità virtuale del contratto. In entrambi in casi la Cassazione²³ afferma che, ovviamente, tali norme non possono ritenersi prive di una sanzione e che essa va ricercata nel sistema di controlli facenti capo all'autorità pubblica di vigilanza ed nel regime delle sanzioni che ad esso accede (Cass. SS. UU. 26724/2007; cfr. Cass. sent. n. 26672/2013 dove si parla di “sanzioni previste dall'ordinamento bancario”; cfr. Cass. Sez. III, ord. n. 7509/2022 punti 10-12). Come si vede, anche in questo caso possiamo senza difficoltà sottrarre l'elemento “bancarietà stretta”, sostituendolo con “bancarietà ampia” senza che il risultato cambi.

Abbiamo così dimostrato che, ai fini della nostra indagine, non sussistono differenze tra una “bancarietà” intesa in senso ampio e una “bancarietà” intesa in senso stretto.

Passiamo ora a valutare se, allora, la “bancarietà” in senso ampio sia in grado di caratterizzare il giudizio di nullità virtuale. In questo caso saranno oggetto di diretta considerazione, oltre alle pronunce già prese in

²² Sul punto si rimanda a cap. I, par. 2.2.

²³ Sul punto in realtà non si soffermano molto le Sezioni Unite del 2022 le quali, escluso in radice che l'art. 30 T.U.B. sia una norma imperativa, non si preoccupano di applicare il criterio del “minimo mezzo”. Si tratta di una conclusione, a nostro giudizio, quantomeno discutibile su cui avremo modo di soffermarci, sebbene sinteticamente, *infra*.

esame, anche le già citate sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007, nonché Cass. sent. n. 19024/2005²⁴.

Della gran parte delle pronunce considerate si è già dato conto nel corso dei capitoli; pertanto, ci sia qui concesso di passare direttamente ad enucleare alcune linee interpretative comuni che, a nostro giudizio, possono ricavarsi dal loro studio congiunto.

Di seguito, in sintesi, si enunciano tali comuni linee interpretative:

a) Applicazione estensiva dell'inciso finale dell'art. 1418, primo comma.

Si coglie nella giurisprudenza considerata la tendenza a delegare la tutela di interessi di natura prettamente pubblicistica – come, ad esempio, la “tutela dei risparmiatori”, la “tutela del risparmio pubblico nell’ottica della salvaguardia dell’economia nazionale” oppure la “stabilità del sistema finanziario” – al sistema di controlli a cui sono deputate le autorità di vigilanza.

²⁴ In questa decisione la S.C. ha escluso che l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dall'art. 6 l. n. 1/1991 in tema di compravendita di valori mobiliari possa cagionare la nullità del negozio sulla base del principio che la nullità del contratto per violazione di norme imperative postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie. In questo senso, affermano i giudici, l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non è idonea ad integrare l'ipotesi di cui all'art. 1418, primo comma.

A tal proposito si veda il commento di Poliani F., *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*, in *I contratti*, V, 2006, pp. 446-459 la quale correttamente rileva che “ricostruire l'inottemperanza all'art. 6 alla stregua di un inadempimento della buona fede *in contrahendo* non significa oppugnare il carattere imperativo della norma richiamata. Quel che qui si confuta è il rimedio civilistico della nullità che dovrebbe colpire il contratto”.

Tale atteggiamento è senza dubbio inquadrabile nella teorica del “minimo mezzo” che, come abbiamo visto, trova il suo fondamento direttamente nell’inciso finale dell’art. 1418, comma primo²⁵. L’applicazione “estensiva” di tale criterio non ci pare essere prerogativa esclusiva delle pronunce in tema di contratti bancari, essendo riscontrabile, infatti, anche in altri settori dell’ordinamento²⁶. Ad ogni modo, va detto che la presenza di un apparato amministrativo sanzionatorio e di vigilanza, come abbiamo già rilevato nel secondo capitolo, agevola l’applicazione, talvolta distorta²⁷, del criterio del minimo mezzo. Ciò, però, non ci pare in

²⁵ Si tratta insomma dell’applicazione di un criterio generale dell’ordinamento che impone che il contratto “contrario ad una norma imperativa non comport[i] automaticamente la nullità virtuale qualora tale rimedio costituisca un esito sovrabbondante rispetto all’attuazione degli interessi protetti dalla norma violata” (Perlingieri G., *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento*, cit., p. 101).

²⁶ A titolo esemplificativo si vedano Cass. sent. n. 5270/1982 dove, in tema di vendita di un fondo compiuta senza il rispetto delle norme sul diritto di prelazione, la Cassazione ha ritenuto che tale violazione non comporta invalidità del contratto, essendo essa già sanzionata con la previsione del diritto di riscatto del fondo da parte degli aventi titolo alla prelazione; Cass. sent. n. 12327/1999 secondo cui la frode fiscale diretta ad eludere le norme tributarie sui trasferimenti dei beni trova solamente nel sistema delle disposizioni fiscali la sua sanzione, la quale non è sanzione di nullità del negozio giuridico; Cass., Sez. III, ord. n. 525/2020 in tema di vendita di immobile in violazione della normativa antiriciclaggio, ove la Corte ha escluso la nullità virtuale ritenendo che la violazione fosse già sanzionata in via amministrativa.

Siamo, dunque, davanti all’applicazione di un criterio generale dell’ordinamento che impone al giudice di compiere un giudizio di proporzionalità e ragionevolezza della sanzione. Si tratta, in altre parole, della tema della scelta del “giusto rimedio” (Perlingieri G., *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento*, cit., p. 84) che è insito nella formulazione della norma stessa.

²⁷ L’applicazione del criterio del minimo mezzo diviene un’applicazione distorta laddove essa si traduca in una negazione *a priori* del rimedio della nullità virtuale dinanzi a norme la cui violazione appare sanzionata attraverso diversi rimedi, la cui compatibilità con la sanzione della nullità non viene però concretamente vagliata.

alcun modo legato alla “bancarietà” del contratto, neppure intesa in senso ampio, dal momento che non solo l’attività bancaria²⁸ è sottoposta ad un sistema di vigilanza e ad un conseguente regime sanzionatorio amministrativo e che la giurisprudenza si mostra coerente nell’applicare la medesima *ratio decidendi* anche, ad esempio, dinanzi a contratti di cui parte non è la banca bensì un altro intermediario finanziario (a sostegno di ciò si vedano Cass., Sez. III, ord. n. 7243/2024; Cass. sent. n. 5052/2001 in tema di intermediari finanziari).

b) Applicazione del principio di non interferenza tra norme di validità e nome di comportamento.

Nella giurisprudenza qui considerata notiamo, da un lato che, nel perimetro di operatività dell’art. 1418, comma primo, vengono fatte rientrare anche a norme che non si riferiscono direttamente alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale, come sono quelle che subordinano l’esercizio dell’attività bancaria o finanziaria ad un’autorizzazione (così Cass., Sez. I, ord. n. 4760/2018; Cass. sent. n. 19024/2005); dall’altro, un atteggiamento molto rigoroso nell’applicazione del principio di non interferenza tra regole di condotta e di validità.

Quanto al primo profilo, tale tendenza è registrabile non solo nelle pronunce che hanno ad oggetto contratti stipulati da una banca, ma anche da intermediari finanziari diversi dalle banche (Cass. sent. n. 5051/2001) e in tutti i casi in cui vi è la mancanza di un’autorizzazione a contrarre (Cass. sent. n. 20261/2006; Cass. sent. n. 4853/2012) o dei necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti (Cass. sent.

²⁸ Ci riferiamo qui ad una nozione di attività bancaria ampia, che ricomprende anche quella finanziaria.

n. 16281/2005; Cass. Sez. lav. sent. n. 0866/2016) o nel caso di aggiramento del divieto di contrarre (Cass. sent. n. 11131/2003). Non siamo, dunque, davanti ad un elemento idoneo a caratterizzare le decisioni in tema di contratti bancari.

Quanto al secondo profilo, non possiamo che affermare che – a nostro parere – l’atteggiamento della giurisprudenza nell’applicazione rigorosamente il principio di non interferenza non dipende dalla “bancarietà” del contratto. Se infatti si analizzano le due pronunce chiave in tema di violazione di norme di comportamento nei contratti bancari – le innumerevoli volte richiamate sentenze Rordorf – ci si accorge che l’elemento *banca* non è elemento distintivo del ragionamento dei giudici, ed anzi potremmo sostituire la *banca* con un qualsiasi altro intermediario finanziario senza che l’esito del giudizio e le argomentazioni ivi presenti subiscano alcuna modificazione. Ciò che, infatti, viene in luce è l’applicazione di principi generali che trovano spazio in tutto

l'ordinamento²⁹: il principio di legalità e quello di certezza del diritto³⁰. Del resto, come in realtà abbiamo già sottolineato nel secondo capitolo, l'applicazione rigorosa del principio di non interferenza tra norme di validità e di comportamento non trova la sua spiegazione nella “bancarietà” del contratto, ma nemmeno nella sua “finanziarietà” o nella sua pertinenza al diritto dell'economia, bensì si spiega con l'esigenza di limitare la discrezionalità dell'interprete nel “creare” nuove ipotesi di

²⁹ E così, del tutto al fuori dall'area dei contratti bancari, la IV Sezione della Cassazione, in applicazione del principio di non interferenza tra norme di validità e norme di comportamento, con l'ordinanza n. 26999 del 2021, ha stabilito che l'inottemperanza dell'obbligo del gestore della lotteria “gratta e vinci”, previsto dal d. lgs. 258/2012, di stampare sui tagliandini l'avviso relativo alle probabilità di non vincita non determina la nullità del contratto di scommessa, dal momento che tale obbligo si configura come una regola di condotta, inidonea, in quanto tale, a riflettersi sul piano della validità del contratto. In particolare, la Corte, in applicazione del criterio del “minimo mezzo”, afferma che il suddetto decreto legislativo non prevede alcun divieto di vendita dei prodotti privi delle indicazioni necessarie ma, al contrario, che, comminando una sanzione amministrativa in caso di violazione, mostra la volontà del legislatore di ritenere che la violazione del suddetto obbligo “non deve riverberare effetti sulla validità del contratto”. Diverso è, invece, il caso affrontato dalla prima Sezione della Corte con la sentenza numero 11256 del 2003, dove essa ha ritenuto corretta la decisione del giudice di merito, il quale aveva dichiarato nullo il contratto di compravendita di caffè senza l'indicazione della data di scadenza imposta dall'art. 3 del D.P.R. n. 332/1982. In quel caso – osserva la Cassazione – il giudice di merito ha correttamente comminato la nullità del contratto in forza del fatto che le norme del citato D.P.R. sono norme imperative deputate alla protezione di interessi generali e impongono un divieto di vendita dei prodotti difformi dalle loro prescrizioni. Nessuno, infatti, – concludono i giudici – si sognerebbe mai di ritenere valido un contratto che ha ad oggetto una *res extra commercium*.

³⁰ Inteso come “obiettiva prevedibilità delle conseguenze che l'ordinamento giuridico determina per i nostri comportamenti”. Si veda in tal senso Margiotta S., *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 1, 2021, pp. 1-37.

invalidità dinanzi ad una legislazione speciale composta da un reticolo fittissimo di norme di condotta³¹.

Allo stesso modo si spiega l'ultima caratteristica comune che prendiamo in considerazione.

c) Limitazione dell'ambito di applicazione della nullità virtuale al (dichiarato) fine di “non minare la sicurezza dei traffici giuridici”.

Si tratta di una tendenza generale che – nemmeno in questo caso – è direttamente correlabile con la circostanza che parte del contratto sia una banca. Quasi *ad abundantiam* richiamiamo, per dimostrarlo, Cass. SS.UU. sent. n. 8742/2022 in tema di nullità della fideiussione rilasciata da un confidi minore; Cass. sent. n.

³¹ Si noti che, *supra* cap. II, par. 1.4., abbiamo dato conto di quella tesi dottrinale (Roppo) che rinviene il fondamento del principio di non interferenza nell'esigenza di evitare che il giudizio di nullità divenga un giudizio di fatto, basato su violazioni non documentali, in contrasto con la stessa rilevabilità d'ufficio della nullità. In quella sede abbiamo detto che questa osservazione ci sembra cogliere nel segno laddove cerca di spiegare l'atteggiamento della giurisprudenza più recente. Qui lo ribadiamo. Ci pare, infatti, che le Sezioni Unite del 2022 (n. 33719) cerchino in tutti i modi di dimostrare un esito che di per sé pare già deciso (il contratto *non* è nullo) e lo facciano aggrappandosi, tra l'altro, alla documentalità della violazione. Infatti, esse non mancano di riferirsi più volte alla “sicurezza dei traffici giuridici”, citando pesantemente la sentenza, sempre delle Sezioni Unite, n. 8472/2022. Inoltre, i giudici ribadiscono che ammettere la nullità per violazione dell'art. 38, co. 2, T.U.B., significherebbe dare ingresso nel giudizio di nullità ad un elemento non immediatamente percepibile dal testo contrattuale – la stima – e rimesso a “valutazioni tecniche opinabili” (cfr. Cass. SS. UU. sent. n. 33719/2022 punto 8.3.).

Non spetta a noi giudicare la bontà di queste argomentazioni, anche se non nascondiamo la nostra perplessità in merito. Ad ogni modo, ciò che rileva per i nostri fini è che, dall'analisi di questa pronuncia, emerge chiaramente ciò che abbiamo tentato di dimostrare, ossia che l'utilizzo stringente della distinzione tra norme di validità e di comportamento è finalizzato al restringimento del perimetro della nullità virtuale, in funzione di una (*forse troppa?*) tutela del principio di certezza del diritto.

17568/2022 in tema di nullità del contratto per violazione di norma penale; Cass., Sez. III, ord. n. 7243/2024 in tema di recupero dei crediti cartolarizzati; Cass. sent. n. 26999/2021 in tema di violazione di norme di condotta. Tutte queste pronunce danno atto di una tendenza, trasversale a tutti i settori ordinamentali, a restringere l'alveo di applicazione della nullità *non testuale*. Tale atteggiamento – riscontrabile anche in buona parte della dottrina – si spiega, secondo il nostro giudizio, a causa di una sorta di timore del sopravvento di un “decisionismo giudiziale”³² che aleggia attorno alla figura della nullità virtuale, i cui confini sono sempre stati, e rimangono, decisamente incerti.

Non abbiamo noi di certo l'ambizione di risolvere il “mistero della nullità virtuale” ma ci sia consentito di sottolineare in chiusura che certo è che, così interpretata, la nullità virtuale, da rimedio generale quale la configura il legislatore all'art. 1418, comma 1, diviene un rimedio a cui si ricorre come *extrema ratio*. E non crediamo che questa sia la strada giusta. A meno che non si voglia tornare all'idea del giudice *bouche de la loi*.

3. Conclusioni

Terminata così la nostra analisi, procediamo ora a sintetizzarne i risultati. Abbiamo cercato di evidenziare come, attorno alla nozione di contratto bancario, si sviluppino molteplici e complesse teorie dottrinali ed elaborazioni

³² Si veda Perlingieri G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento*, cit., p. 43, il quale prende proprio come esempio di tale timore le argomentazioni contenute nelle sentenze Rordorf.

giurisprudenziali. Si è, inoltre, cercato di argomentare come oggi quello di “bancarietà” del contratto sia divenuto un concetto multiforme, i cui contorni sono sempre più sbiaditi e di difficile individuazione. Forti di questa considerazione, abbiamo allora scelto di adottare una nozione di contratto bancario “a geometria variabile”. Dapprima abbiamo concluso che, per i nostri fini, contratto bancario in senso stretto e contratto bancario in senso ampio si equivalgono. In un secondo momento siamo giunti ad affermare che, allo stato dell’elaborazione giurisprudenziale, la “bancarietà in senso ampio” di un contratto non ci sembra un elemento in grado di differenziare il giudizio di nullità virtuale.

Ad ogni modo non ci asteniamo dal rilevare che, secondo la nostra opinione, è evidente che ad oggi il “diritto dell’economia” costituisce il “banco di prova” della tenuta dei principi sanciti dalla giurisprudenza e delle teorie prospettate dalla dottrina in tema di nullità virtuale. Invero, all’interno di esso si intersecano, quasi come tessere di un mosaico, tutti quegli aspetti che rendono complessa l’interpretazione della norma: la natura tecnica e regolamentare di buona parte dell’apparato normativo; la contrapposizione tra norme poste ad esclusiva tutela di interessi pubblici e norme poste a tutela di interessi particolari del contraente debole ma, indirettamente, di interessi generali; l’incidenza del diritto comunitario e il tema della non interferenza tra norme di comportamento e norme di condotta.

CONCLUSIONI

Siamo ora giunti alla conclusione della nostra discussione sulla nullità virtuale.

A muoverci è stata la necessità di rispondere ad un interrogativo che, allo stato, non trova uno studio tematicamente dedicato e alla cui mancanza abbiamo cercato in qualche modo di supplire.

La domanda a cui abbiamo cercato di dare risposta è se la “bancarietà” di un contratto possa definirsi un elemento in grado di influenzare il giudizio di nullità virtuale.

Per rispondere all'appena menzionato quesito abbiamo condotto uno studio che, inevitabilmente, ci ha condotto, nella parte iniziale, a confrontarci con lo “stato dell'arte” di dottrina e giurisprudenza in riferimento alla nullità virtuale generalmente intesa. Abbiamo così avuto modo di ricostruire le principali teorie dottrinali e giurisprudenziali in tema di nullità virtuale e, fin da subito, accantonata la teoria della fattispecie, ci siamo avveduti che la tesi della *natura pubblica* dell'interesse tutelato è quella che ha trovato larga adesione sia in dottrina che in giurisprudenza. Non abbiamo mancato di notare che, però, c'è chi si è spinto oltre ed ha affermato che, nel comminare la nullità, spetta al giudice una valutazione di politica di diritto attraverso cui verificare se il rimedio sia o meno congruo per il raggiungimento di quello specifico risultato che il legislatore si era prefissato nell'emanare la norma. Ci siamo poi confrontati con l'atteggiamento della giurisprudenza, la quale non ci è sembrata incline ad accogliere una ricostruzione così lontana dalla dogmatica ma, paradossalmente, così vicina al pensiero del legislatore. Ciononostante, abbiamo visto come anche i giudici pongano al centro dei loro

ragionamenti due fattori fondamentali, comuni alla maggior parte delle ricostruzioni: la *natura pubblica* dell'interesse che si assume lesa e la congruità del rimedio rispetto alla *ratio* della norma.

Concluso così lo studio preliminare, abbiamo volto la nostra attenzione all'ordinamento bancario. Ci siamo interrogati su quali fossero le caratteristiche del diritto bancario idonee ad intersecarsi con l'istituto della nullità virtuale. Le abbiamo individuate nella sua vocazione marcatamente pubblicistica, nella sua natura prevalentemente regolamentare e nell'esistenza di un articolato *corpus* normativo a tutela del c.d. contraente debole. Abbiamo così ricostruito le principali questioni interpretative che da quest'ultime sono alimentate.

Si è così giunti a dimostrare come, a partire da un'attenta analisi degli interessi tutelati, non vi siano ostacoli teorici nel predicare la virtualità delle nullità di protezione. Ed anzi, al contrario, abbiamo concluso che negarla ci pare del tutto irragionevole e pregiudizievole nei confronti della razionalità e dell'efficienza del mercato nel suo complesso. Abbiamo, inoltre, cercato di mettere in evidenza come, secondo la nostra opinione, se una distinzione tra norma di validità e norme di condotta può ravvisarsi sul piano logico – cosa di cui non siamo certi –, questa non può divenire, in nome della tutela del principio di certezza del diritto o del timore di uno sconfinamento verso un “dirigismo giudiziale”, pretesto per negare *ex ante*, astenendosi così da un rigoroso giudizio di proporzionalità e di ragionevolezza del rimedio rispetto alla *ratio* della norma, il rimedio dell'invalidità – anche nella forma della nullità di protezione.

Una volta poste le basi teoriche per la nostra analisi, abbiamo identificato con precisione la fattispecie oggetto d'indagine. Ci siamo cioè chiesti a cosa ci si riferisce quando si discute di nullità virtuale *nei contratti bancari*.

Preso atto della “perdita d'identità del contratto bancario” abbiamo scelto di adottare una nozione di contratto bancario che si è definita “a geometria variabile” e ne abbiamo di conseguenza enucleato due nozioni, l'una, più ristretta, che lo identifica come contratto sottoposto al regime della trasparenza *ex art. 115 T.U.B.* e l'altra, più ampia, che lo identifica come contratto tramite cui *una banca* presta ai clienti i propri servizi, bancari o finanziari che siano. In questo senso si è prima dimostrato che contratto bancario in senso stretto e contratto bancario in senso ampio, ai fini del giudizio di nullità virtuale, risultano perfettamente sovrapponibili. Forti di questa conclusione preliminare abbiamo pertanto preso in considerazione la nozione di contratto bancario in senso ampio e, attraverso uno studio della giurisprudenza in materia, siamo giunti alla conclusione che la “bancarietà” del contratto non pare essere un elemento idoneo a caratterizzare il giudizio di nullità virtuale.

Per tutte queste ragioni, alla domanda posta in apertura abbiamo dato una risposta negativa: la “bancarietà” del contratto non è elemento idoneo ad influenzare, caratterizzandolo, il giudizio di nullità virtuale.

Giunti a questa conclusione, ci sia ora consentito di fare alcune considerazioni di carattere generale sul tema.

Quello della nullità virtuale è un tema attorno al quale, si è visto, certezze ve ne sono ben poche. Dinanzi ad una lettera normativa così vaga è inevitabile che si sia sviluppato un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Dall'analisi delle pronunce giurisprudenziali e di buona

parte delle teorie dottrinali ci sembra che, in tema di nullità virtuale, il *leitmotiv* sia costituito dalla tutela del principio di certezza del diritto.

L'idea di fondo, ci pare, è quella secondo cui la nullità virtuale deve operare come una sorta di *extrema ratio*, a cui ricorrere in casi *eccezionali* ove non sia possibile intervenire con nessun altro rimedio se non quello della nullità. E ciò perché subordinare la comminazione della nullità all'applicazione di una norma, com'è quella dell'articolo 1418 c.c., che impone addirittura due ordini di "virtualità", esporrebbe il contratto ad una, giudicata intollerabile, incertezza circa la sua validità, pregiudicando così il principio di certezza dei traffici giuridici.

Non siamo del tutto persuasi delle conclusioni a cui sono arrivati coloro i quali ragionano in questo modo. Così facendo, si snatura la stessa norma, configurata dal legislatore come principio generale operante *di regola* ogni qualvolta ci si trovi dinanzi ad una *lex imperfecta*.

Crediamo che, se una strada giusta debba esserci, questa dovrebbe essere la strada che conduce al piano degli interessi. In questo senso, al centro del ragionamento vi deve essere una valutazione degli *interessi*, considerati in relazione agli obiettivi di fondo che hanno spinto il legislatore ad intervenire. Il legislatore, si è osservato, non ragiona in termini di *struttura* ma in termini di *funzione*: emana cioè una serie di norme perché le ritiene *funzionali* al perseguimento degli obiettivi che l'hanno indotto ad intervenire. Al contrario, la dottrina e la giurisprudenza, specie in tema di invalidità, hanno anteposto la *struttura* alla *funzione*, e, anziché

adattare la teoria dell'invalidità alle nuove tecniche legislative, hanno cercato – e cercano – di adattare quest'ultime a quella.

Non abbiamo dipanato il “mistero della nullità virtuale” ma speriamo di aver in qualche modo contribuito ad indicare, tra le più, la strada, già in parte tracciata da autorevolissimi interpreti, per farlo. E quest'ultima è quella che conduce ad allontanarsi da una concezione di tipo prettamente *strutturale* in favore di una logica che operi sul piano *funzionale*. Del resto, come si suol dire, spesso vecchi problemi richiedono nuove soluzioni.

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

1. Diritto nazionale

Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia T.U.B. (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)

Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, T.U.F. (d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385)

Costituzione della Repubblica Italiana

Codice civile (R. D. 16 marzo 1942, n. 262)

GIURISPRUDENZA

Cass. sent. n. 1951/1960

Cass. sent. n. 2697/1972

Cass. sent. n. 5311/1979

Cass. sent. n. 6601/1982

Cass. sent. n. 3642/1985

Cass. sent. n. 12327/1999

Cass. sent. n. 5114/2001

Cass. sent. n. 5052/2001

Cass. sent. n. 11673/2003

Cass. sent. n. 19024/2005

Cass. sent. n. 7033/2006

Cass. SS. UU. sent. n. 26724/2007

Cass. SS. UU. sent. n. 26725/2007

Cass. sent. n. 3683/2007

Cass., Sez. lav., sent. n. 28345/2010

Cass. sent. n. 2522/2010

Cass. sent. n. 30020/2011

Cass. sent. n. 26672/2013

Cass. SS. UU. n. 26242/2014

Cass. SS. UU. n. 26243/2014

Cass. sent. n. 13164/2016

Cass. sent. n. 1735/2017

Cass. sent. n. 8499/2018

Cass., sez. I, ord. n. 14919/2019

Cass., Sez. III, ord. n. 525/2020

Cass. sent. n. 26999/2021

Cass. SS. UU. sent. n. 8472/2022

Cass. SS. UU. sent. n. 33719/2022

Cass. sent. n. 15099/2022

Cass. sent. n. 17568/2022

Cass. sent. n. 4117/2022

Cass., Sez. I, ord. n. 28365/2023

Cass., Sez. III, ord. n. 7243/2024

Cass. Sez. I, ord. n. 2338/2024

Cons. Stato sent. n. 6340/2024

Cons. Stato sent. n. 6317/2023

App. Roma 21/10/1987

Trib. Rovigo, sent. n. 31/2001

Trib. Reggio Emilia sent. n. 229/2008

Trib. Roma, Sez. III, sent. n. 6069/2011

Trib. Milano, sent. n. 10703/2018

Trib. Alessandria, Sez. I, ord. 17/06/2024

PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITÀ

Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio – CICR.
deliberazione del 22 aprile 1995 intitolata “attuazione dell’art. 38, comma
2, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico sulle leggi
in materia bancaria e creditizia). Credito fondiario.”

BIBLIOGRAFIA

Albanese A. *Contratto, mercato, responsabilità*, Giuffrè, Milano 2008.

Id., *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2012, pp. 510-546.

Id., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli 2003.

Id., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corriere Giuridico*; 1, 2008 pp. 107-122.

Alpa G., *La trasparenza dei contratti bancari*, Cacucci, Bari 2003.

Id., *Manuale di diritto privato*, 6° ed., CEDAM, Padova 2009.

Amato G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 18 ss.

Annunziata F., *La disciplina del mercato mobiliare*, 11° ed., Giappichelli, Torino 2021.

Aratari F., Romano G., AA.VV., *Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali*, Wolters Kluwer, Bari 2023.

Barcellona M., *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, in *Le invalidità nel diritto privato*, Bellavista A., Plaia A. (a cura di), Giuffrè, Milano 2011.

Baroncelli S., *Costituzione commentata*, Bifulco R., Ceolotto A., Olivetti M. (a cura di), *Articolo 47*, Wolters Kluwer (One legale).

Baviera G., *Leges imperfectae, leges minus quam imperfectae e perfectae*, in *Scritti giuridici*, vol. 1, Palermo 1909.

Bellavista A., Plaia A., *Le invalidità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano 2011.

Benatti F., *La responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2, 1956, pp. 360-375.

Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1994

Bianca M. C., *Il contratto*, vol. 3, *Il contratto*, Bianca M. C. (a cura di), Giuffrè, Milano 2017.

Bianco G., *Considerazioni su ordine pubblico economico, Costituzione economica e diritto comunitario della concorrenza*, in *Archivio Giuridico F. Serafini*, 1995, p. 175 ss.

Bianco G., voce *Ordine pubblico economico*, in *Digesto delle materie privatistiche – sezione commerciale*, Wolters Kluwer (One legale), 2005.

Bontempi, P., *Diritto bancario e finanziario*, 4° ed., Giuffrè, Milano 2019.

Di Majo A., *La nullità*, in *Il contratto in generale*, vol. 8, Di Majo A., Ferri G.B., Franzoni M. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, M. Bessone (diretto da), XII, Torino 2002.

Calvo R. *L'equità nel diritto privato: individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Giuffrè, Milano 2010.

Capobianco E., *Contratti bancari*, Wolters Kluwer, Milano 2021.

Id., Longobucco F., voce *Trasparenza bancaria*, in *Digesto delle materie privatistiche – sezione commerciale*, Wolters Kluwer (One legale) 2012.

Capriglione F., *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova 1994.

Id., *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2006, pp. 28-54.

Id., [et al.], *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 3° ed., Cedam, Padova 2012.

Carraro L., *Il negozio in frode alla legge*, Cedam, Padova 1943.

Castronovo C., Mazzamuto S., *Manuale di diritto privato europeo*, vol. 2, *Proprietà obbligazioni contratti*, Giuffrè, Milano 2007.

Id., *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II, Un contratto per l'Europa*, Giuffrè, Milano 2001.

Cavalli G., Callegari M., *Lezioni sui contratti bancari*, 3° ed., Zanichelli, Bologna, 2019.

Checchini A., Amadio G., *Lezioni di diritto privato*, 11° ed., Giappichelli, Torino 2017.

Cian G., Trabucchi A., *Commentario breve al codice civile*, Cedam, Padova 2022.

Cividale F., AA.VV., *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Giuffrè, Milano 2013.

Corsi F., D'Angelo F., *Lezioni di diritto bancario*, Giuffrè, Milano 2002.

Costa C., *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: d. lgs. 1° settembre 1993 , n. 385 e successive modificazioni*, Giappichelli, Torino 2013.

D'Amico G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2005, pp. 625-661.

Id., *Nullità non testuale*, in *ED, Annali IV*, Giuffrè, Milano 2011.

Id., *Nullità virtuale, nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *I contratti*, 7, 2009, pp. 732-44.

Id., *Ordine pubblico, illiceità contrattuale, illiceità, immeritevolezza, nullità*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2004.

Id., *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2002, pp. 37-61.

De Poli M., *La contrattazione bancaria tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Cedam, Padova 2012.

Id., *Il “contratto bancario” tra tutela della liquidità e trasparenza* in *Rivista di diritto civile*, 2, 2004 pp. 261-294.

Id., *Nullità virtuale e diritto dell'economia: il caso dei crediti cartolarizzati*, in *Le società*, 8, 2024, pp. 983-993.

De Nova G., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova 2011.

Di Marzio F., *Contratto illecito e disciplina del mercato: profili attuali della invalidità contrattuale*, Jovene, Napoli 2011.

Id., *La nullità del contratto*, 2° ed., Cedam, Padova 2008.

Dolmetta A.A., *Identità del credito fondiario e premio dell'irragionevolezza*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2, 2014, pp. 123-134.

Id., *Trasparenza dei prodotti bancari: regole, con annessa selezione ragionata delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Zanichelli, Bologna 2013.

Federico A., *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, 2° ed. Giappichelli, Torino 2018.

Ferrara F., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2° ed. riv., Società editrice libraria, Milano 1914.

Ferri, G. B. *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano 1970.

Id., voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980.

Ferro-Luzzi P., *Lezioni di diritto bancario, Parte generale*, vol. 2, 2° ed., Giappichelli, Torino 2004.

Gabrielli G., *Controllo pubblico e norme uniformi bancarie*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1, 1997 p. 257 ss.

Galanti E., *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in *Trattato di diritto dell'economia*, Gabrielli G., Piccozza E. (a cura di), vol. 5, Cedam, Padova 2008.

Galgano F., *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Libro quarto: obbligazioni art. 1414-1446, Galgano F. (a cura di), Zanichelli Editore, Bologna 1998

Id., *Diritto civile e commerciale*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1993.

Gentili A., *La nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giustizia civile*, 4, 2019, pp. 675-707.

Id., *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2013, pp. 1105-27.

Id., *La “nullità di protezione”*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2011, pp. 77-119.

Id., *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2, 2003, pp. 200-205.

Id., *Rimedi*, in *Trattato del contratto*, vol. 4, Roppo V. (a cura di), 2° ed., Giuffrè, Milano 2022.

Id., *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, vol. 2, Gabrielli E. (a cura di), Utet, Torino 2006.

Id., *Invalidità e regole dello scambio*, in *Le invalidità nel diritto privato*, Bellavista A., Plaia A. (a cura di), Giuffrè, Milano 2011.

Id., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, vol. 4, 2008, pp. 393-402.

Giorgianni F., Tardivo C. M., *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Giuffrè, Milano 2012.

Girolami M., *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, 2, 2015, pp. 172–214.

Id., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, Padova 2008.

Guarneri A., *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Cedam, Padova 1974.

Guastini R., *Norma giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, Wolters Kluwer (One legale) 2011.

Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu A., Messineo F., Mengoni L., vol. 1, Giuffrè, Milano 1998.

La Spina A., *Mutuo fondiario eccedentario e necessaria elasticità del rimedio*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2023, pp. 397-406.

Lener R., *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Giuffrè, Milano 1996.

Lonardo L., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1993.

Macario F., *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *Studi in onore di N. Lipari*, 2, Giuffrè, Milano 2008.

Maggiolo M., *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Trattato dir. civ. comm.*, Cucu A., Messineo F., Mengoni L., continuato da Schlesinger P., Giuffrè, Milano 2012.

Maimeri F., *Commento al d. lgs. 9 settembre 1993, n. 385*, vol. 1, Belli F. [et al.] (a cura di), Bologna, Zanichelli 2003.

Malvagna U., *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione ex art. 127 TUB*, in *Rivista di Diritto bancario*, 2015, pp. 1-9.

Margiotta S., *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos, quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale*, 1, 2021, pp. 1-37.

Mariconda V., *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere giuridico*, 2, 2008, pp. 230-238.

Masi A., *Nullità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano 1978.

Mauceri T., *Nullità e violazione del limite di finanziabilità nel mutuo fondiario*, in *I contratti*, 6, 2022, pp. 679-686.

Id., *Una soluzione esaustiva per il nuovo mutuo eccedentario?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2023, pp. 386-396.

Mauro C.A., *La nullità del credito fondiario tra tutela pubblicistica e rimedi privatistici*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 1, 2024, pp. 27-47.

Mazzini F., voce *Contratti bancari. Tutela del cliente*, in *Digesto delle materie privatistiche – sezione commerciale*, Wolters Kluwer (One legale) 2007.

Mengoni L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1, 1997, pp. 1-20.

Miriello C., *La nullità virtuale*, Cedam, Padova 2010.

Mirone A., *La trasparenza bancaria*, Cedam, Padova 2012.

Id., *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, 4, 2014, pp. 377-419.

Moschella G., *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione economica*, Vassalli e Visentini (a cura di), 3, settembre 1978 – Agosto 1979, Milano 1981.

Nappi A., *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giustizia civile*, 5, 2008, pp. 1189-1196.

Natoli R., *Sul dialogo tra diritto civile e diritto dei mercati finanziari in punto di regole di validità e regole di responsabilità*, in *Le invalidità nel diritto privato*, Bellavista A., Plaia A. (a cura di), Giuffrè, Milano 2011.

Paladin L., voce *Ordine pubblico*, in *Nss. Dig. It.*, XII, Utet, Torino 1965

Pagliantini S., *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Le forme della nullità*, Pagliantini S. (a cura di), Torino 2009.

Id., *La validità secca del mutuo fondiario sovrafinanziato: un the end (più) agro (che) dolce*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2023, pp. 527-532.

Id., *Mutuo fondiario e limite di finanziabilità: a passo di gambero*, in *Nuova giurisprudenza commentata*, 2, 2023, pp. 407-411.

Id., *Nullità virtuali di protezione?*, in *I contratti*, 9, 2009, pp. 1040-1055.

Panza G., *Buon costume e buona fede*, Jovene, Napoli 1973.

Passagnoli G., *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano 1995.

Perlingieri G., *Inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Edizioni scientifiche italiane, 2013.

Id., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2° ed., Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2011.

Id., *Negozi illeciti e negozi illegali: una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2003.

Poliani F., *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*, in *I contratti*, 5, 2006, pp. 446-459.

Polidori S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2001.

Prosperi F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contratto e impresa*, 5, 2008, pp. 936-981.

Purpura A., *Mutuo fondiario - La controversa validità del mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità*, in *Giurisprudenza Italiana*, 3, 2023, pp. 532-544.

Putti P. M., *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, Wolters Kluwer (One legale) 1997.

Roppo V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale. Genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, pp. 769-790.

Id., *La nullità virtuale dopo la sentenza Rordorf*», *Danno e responsabilità*, 5, 2008, p. 536-546.

Russo E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2001, pp. 573-599.

Sacco R., *Nullità e annullabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, Utet, Torino 1995.

Scalisi V., *Inefficacia*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Giuffrè, Milano 1971, pp. 368-369

Schlesinger P., *Problemi relativi alla c.d. trasparenza bancaria*, in *Corriere giuridico*, 1989, p. 230 ss.

Scognamiglio, C., *Le sezioni unite e l'art. 38 t.u.b.: un altro tassello nel mosaico delle nullità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2023, pp. 412-419.

Id., *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, *Europa e diritto privato*, 3, 2008, pp. 599-634.

Id., voce *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma 1989.

Scognamiglio R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, p. 331-341.

Servida B.I., *Disciplina della nullità contrattuale e paradigma dell'operatività a vantaggio*, tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano, 2019.

Spinelli M., Gentile G., *Diritto bancario*, 2° ed., Cedam, Padova 1991.

Tommasini R., *Nullità (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Giuffrè, Milano 1978.

Trabucchi A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Cedam, Padova 193.

Id., *Istituzioni di diritto civile*, 50° ed., Wolters Kluwer, Milano Cedam, 2022.

Trimarchi P., *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temì*, 1995, p. 191 ss.

Valentino D., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 1999.

Villa G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano 1993.

Vulpiani G., *Nullità virtuale e valutazione degli interessi sottesi*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2022, pp. 755-767.

Zencovich V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”)* in *Giurisprudenza italiana*, 2, 1993, p. 57 ss.

